

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

**El Conflicto de Derechos frente a la Actividad
Extractiva en el Parque Nacional Yasuní**

Ponderación de los derechos constitucionales en el Yasuní ITT

Esteban Javier Canelos Vásquez

Tesis de grado como requisito para la obtención de título de abogado

Director
Dr. Ricardo Crespo

Quito, 20 de julio de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“El conflicto de derechos frente a la actividad extractiva en el parque Nacional Yasuní. Ponderación de los Derechos Constitucionales en el Yasuní ITT”

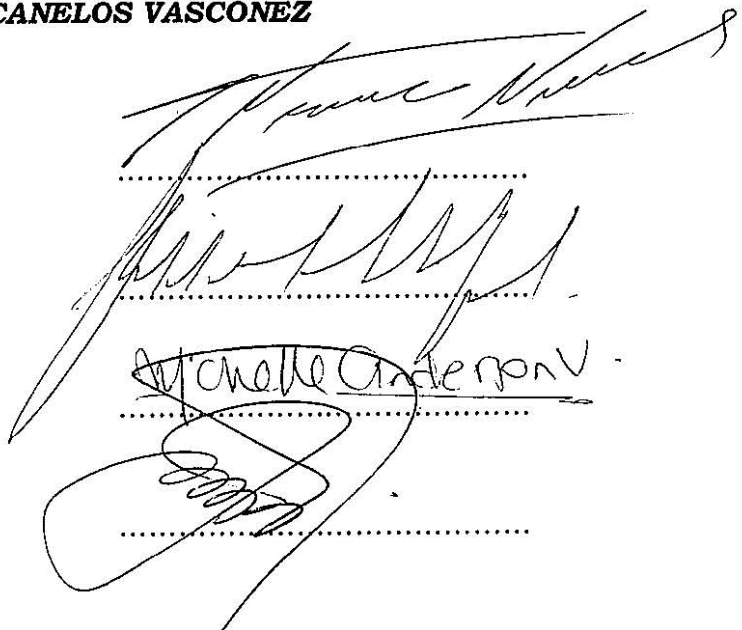
ESTEBAN CANELOS VASCONEZ

Dr. Marco Morales
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Ricardo Crespo
Director de Tesis

Dr. Hugo Echeverría
Delegado del Decano e Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



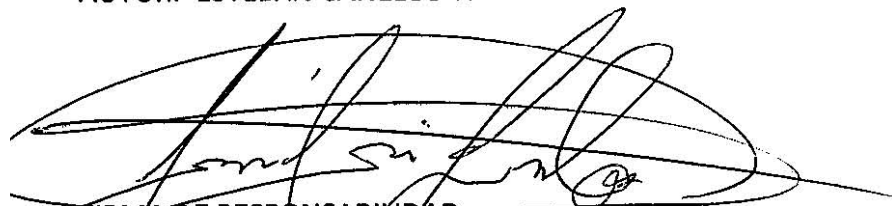
Quito, 10 de Septiembre de 2012

Todo el contenido del presente documento intitulado **"El conflicto de derechos frente a la actividad extractiva en el parque Nacional Yasuní. Ponderación de los Derechos Constitucionales en el Yasuní ITT"** corresponde a las opiniones y criterios personales de su autor, al igual que las ponencias vertidas en su disertación oral y defensa pública.

De ninguna manera éstas representan o reflejan el criterio institucional de la Universidad San Francisco de Quito, como tampoco de su Colegio de Jurisprudencia, del Decano, Vicedecano, planta docente y demás funcionarios. La institución no asume responsabilidad alguna sobre información, opiniones o criterios contenidos en él.

El autor se hace responsable por acción de cualquier naturaleza que pueda derivarse del presente documento.

AUTOR: ESTEBAN CANELOS V.



FIRMA DE RESPONSABILIDAD
CI: 171086526-5

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Esteban Javier Canelos Vásquez

C.I.: 1710865765

Fecha: 10 de septiembre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: EL CONFLICTO DE DERECHOS FRENTE A LA ACTIVIDAD EXTRACTIVA EN EL PARQUE NACIONAL YASUNÍ.

ALUMNO Esteban Canelos

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema presentado tiene importancia porque contribuye al análisis de la ponderación de derechos constitucionales dado el posible conflicto entre derechos de la naturaleza y el derecho del Estado para explotar los recursos naturales no renovables en áreas protegidas.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La trascendencia de los hipótesis planteada puede sentar un precedente de ponderación en favor de la naturaleza y de la biodiversidad frente a las actividades extractivas en áreas protegidas en función del principio de intangibilidad de las áreas protegidas y del principio indubio pro natura.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

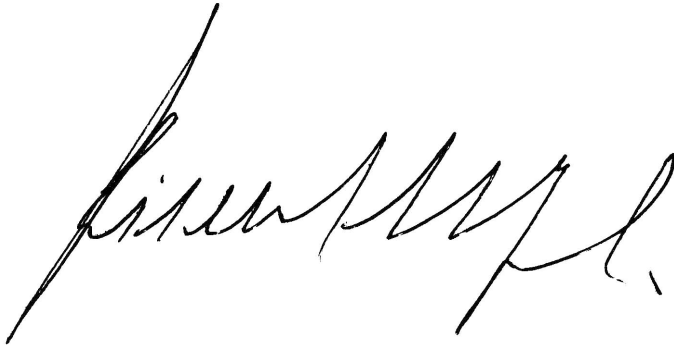
Los documentos y materiales utilizados en la investigación cumplen con la suficiencia necesaria.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La hipótesis planteada se justifica porque el concepto de interés nacional por excepción no debería poner en riesgo la biodiversidad de las áreas protegidas como el Parque Nacional Yasuní. La Constitución de la República establece suficientes garantías y resguardos para precautelar la biodiversidad especialmente aquella que se encuentra en las áreas protegidas. El análisis del investigador pone de relieve la importancia del valor intrínseco de la biodiversidad según el Convenio de Diversidad Biológica, lo cual estaría respaldado por la obligación del Estado de garantizar la intangibilidad de las áreas protegidas.

Al momento de ponderar el interés público de conservar la biodiversidad y el respeto a los derechos de la naturaleza frente a la excepción de interés nacional para realizar actividades extractivas dentro de las áreas protegidas el investigador propone la aplicación de mecanismos como el indubio pro natura y el principio de precaución que operan mediante una presunción en favor de la naturaleza todo lo cual determinaría la inconstitucionalidad de la utilización del interés nacional para realizar actividades extractivas en áreas protegidas. Por lo dicho la hipótesis planteada enriquece el análisis de los temas constitucionales en materia ambiental.

FIRMA DIRECTOR:

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Pisun...'. The signature is written in a cursive style with a large initial 'P' and several loops.

© Derechos de Autor

Esteban Javier Canelos Vásquez

2012

A Dios, a mis Padres, a mi Familia y a Valeria
por su amor y apoyo incondicional en esta hermosa profesión,
que no es de velocidad
sino de resistencia.

A mis profesores, compañeros y amigos
por crecer conmigo y enseñarme
todo lo que aprendí.

Un agradecimiento especial a mi director Ricardo Crespo Plaza
que siempre me apoyo y me enseñó más allá,
el valor universal del Derecho Ambiental;
Y, a la Estación de Biodiversidad Tipituni (USFQ)
por siempre recibirme con los brazos abiertos para
poder respirar el espíritu del Parque Nacional Yasuní.

Resumen

En esta tesina analizaremos el conflicto de derechos que existe frente a la actividad extractiva dentro del Parque Nacional Yasuní, específicamente en el área protegida denominada Ishpingo-Tambococha-Tiputini (ITT). El análisis principal de este conflicto jurídico se evidencia en la explotación petrolera como una atribución del Estado, según lo prescrito en el artículo 408 de la Constitución de 2008; y, como una excepción a la explotación petrolera en áreas protegidas, según el artículo 407 de la misma Constitución. Para poder aclarar este conflicto utilizaremos los principios ambientales básicos aplicables al caso, reglas de ponderación e interpretación del neo constitucionalismo, a los derechos constitucionales de la naturaleza, y al derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Bajo estas prerrogativas y parámetros, tenemos como finalidad principal el estudio del posible conflicto de derechos dentro del Parque Nacional Yasuní, específicamente en el Yasuní ITT.

Abstract

In this thesis we will analyze the conflict of rights that arises due to the extraction activity within the Yasuní National Park, specifically in the protected area called Ishpingo-Tambococha-Tiputini (ITT). The main analysis of this legal issue is evident in the oil industry as an allocation of the State, as prescribed in Article 408 of the 2008 Constitution and, as an exception to oil drilling in protected areas under Article 407 of the Constitution itself. In order to clarify this conflict, we bring into play basic environmental principles applicable to the case, weighting or balancing rules and the interpretation as a tool of neo constitutionalism, the constitutional rights of nature, and the right to live in a healthy and ecologically balanced environment. Under these prerogatives and parameters, we have as main purpose the study of the potential conflict of rights within the Yasuní National Park, exclusively in the Yasuní ITT.

Índice

Introducción	1
1. El Conflicto de Derechos dentro del Parque Nacional Yasuní	9
1.1. El Parque Nacional Yasuní como Valor Intrínseco	9
1.1.1. Antecedentes	9
1.1.2. Marco Legal Aplicable	17
1.1.2.1. Constitución de 2008	17
1.1.2.2. Convenio de Diversidad Biológica	22
1.1.2.3. Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre	22
1.1.2.4. Acuerdos y Resoluciones Ministeriales	24
1.1.3. La Iniciativa ITT	25
1.1.4. Derechos de la Naturaleza como Sujeto de Derechos frente al Conflicto Normativo en el Parque Nacional Yasuní	26
1.1.5. La Intangibilidad del Parque Nacional Yasuní	29
1.1.6. El Dilema frente a la Explotación Petrolera en el Parque Nacional Yasuní	32
1.2. La Tensión entre Ecología y Economía	34
1.2.1. La Economía y los Derechos Ambientales de la Constitución de la República del Ecuador de 2008	36
1.2.2. Explotación versus Conservación	39
1.2.3. El Derecho Ambiental en el Derecho Económico con enfoques Constitucionales	42
1.2.4. Dificultad de separar a la Economía de los Derechos de la Naturaleza	45
1.2.5. El Sistema Estratégico del Estado y el Derecho Ambiental	46
1.2.6. Los Límites Legales Constitucionales frente a la Actividad Extractiva en el Yasuní ITT	48
1.2.7. La Explotación del Yasuní ITT y la Soberanía Popular	50
1.3. La Evaluación de Impacto Ambiental en el Yasuní ITT en el Caso de su Explotación	54
1.3.1. El Derecho Ambiental y las Empresas Privadas	57
1.3.2. Cambio climático frente a la Explotación de Petróleo en el Yasuní	62
2. Análisis de la Normativa Aplicable al Caso frente a los Principios Ambientales	67
2.1. Importancia de los Principios Rectores del Derecho Ambiental y su Relación con el Caso	67
2.1.1. El Principio de Precaución y su Importancia Jurídica frente a la Explotación del Yasuní ITT	71

2.1.2. Principio Ambiental de Quién Contamina Paga. ¿Quién es el responsable de la explotación del Yasuní ITT?_____	76
2.1.3. Principio de Prevención y sus Implicaciones frente al Yasuní ITT_____	77
2.1.4. Otros Principios aplicables al Caso Yasuní ITT_____	79
3. Conclusiones_____	82
3.1. ¿Cabe la excepción del artículo 407 de la Constitución, dado que la obligación del Estado es la de asegurar la intangibilidad de las áreas protegidas según el artículo 397 numeral 4 de la Constitución, lo cual concuerda con el reconocimiento del valor intrínseco de la biodiversidad?_____	82
3.2. ¿Cómo ponderar los derechos de la naturaleza frente a los riesgos de la actividad petrolera en el caso de que se aplique la excepción del artículo 407 de la Constitución?_____	89
3.3. ¿Cabe la declaratoria de inconstitucionalidad en función de lo analizado en esta tesis si el gobierno decide explotar el Yasuní ITT?_____	96
4. Bibliografía_____	101
5. Anexos_____	112

Introducción

“Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el Buen Vivir, Sumak Kawsay.”¹

“La polémica ambiental ha sido asumida por la humanidad en épocas recientes asignándose una trascendencia planetaria.”²

Las ideas sobre la naturaleza nacen con las primeras formulaciones del hombre al preocuparse por su entorno. El desarrollo de la conservación es un proceso histórico y jurídico que se ha fomentado por el empirismo propio de sus acciones. El cuidar de su entorno para su propia supervivencia ha sido una necesidad más que una prioridad. El hombre ha aprendido con castigos muy fuertes y severos que no cuidar de su medio ambiente puede ser perjudicial para su propia subsistencia y su desarrollo como especie.

Ahora, en el siglo XXI, dentro de la actividad extractiva del Parque Nacional Yasuní, existe un conflicto de derechos al encontrarse el ITT dentro de un área protegida y ser además, una reserva de biósfera. Por un lado, la Constitución de 2008, permite su explotación en base al artículo 407 bajo la teoría del interés nacional. Por otro lado, se busca el cumplimiento de los preceptos y principios ambientales de la Constitución según el artículo 408. Analizaremos el conflicto normativo entre la explotación, la preservación o intangibilidad del Yasuní ITT contrarrestando el interés nacional y el interés público. Pero antes, en primer lugar, y para poder entender este conflicto normativo, y tomando en consideración el valor intrínseco del Parque Nacional Yasuní, es esencial tomar en cuenta lo que se entiende por derecho ambiental:

Durante las últimas décadas, el crecimiento del conocimiento público frente a las amenazas al ambiente, informado primordialmente por científicos, ha dirigido a demandar al derecho y a las leyes para que se proteja el medio ambiente del que depende el bienestar común de la humanidad. Bajo la constante presión de la opinión tanto nacional como internacional, los gobiernos empezaron a demostrar su preocupación sobre el estado general ambiental durante la década de 1960, e introdujo

¹ Constitución de la República del Ecuador de 2008. Artículo 14. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

² Jorge Bustamante Alsina. *Derecho Ambiental, Fundamentación y Normativa*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1995, p. 22.

legislación para combatir la contaminación en aguas territoriales, en el océano y en el aire, y para salvaguardar algunas ciudades o áreas³.

Después de entender la concepción de derecho ambiental debemos establecer la diferencia dogmática y teórica entre la protección holística y la concepción antropocéntricas de los derechos de la naturaleza, materia fundamental del conflicto normativo en el Yasuní ITT. Estas cosmovisiones son contrapuestas y han tomado diferentes directrices durante el transcurso espacial del derecho. Dentro del estudio del conflicto de derechos frente a la explotación de recursos naturales, es necesario entender la concepción histórica, tradicional, jurídica y religiosa de lo que significa naturaleza y ver sus implicaciones holísticas o antropocéntricas. En la antigüedad clásica, el hombre buscó siempre la simbiosis de sí mismo con el medio natural. Debemos, para poder explicar esto, explorar el mundo griego, para luego seguir con las formulaciones jurídicas romanas y llegar a una concepción de la naturaleza dentro de un sistema jurídico completamente nuevo: el neo constitucionalismo. Primeramente, los griegos convivían con la naturaleza y se consideraban parte de ella. Buscaron las explicaciones de la *physis*⁴ dando lugar al nacimiento de la filosofía presocrática. Los romanos, por su parte, dejaron de ser parte de ella y le otorgaron generosamente la cualidad de cosa y de *res nullius*. Actualmente, desde 1960⁵, se analiza a la naturaleza desde una nueva concepción, desde la perspectiva de un verdadero sujeto de derechos.

En primer lugar vamos a hablar sobre la concepción de la naturaleza de la antigua Grecia, desde una concepción holística. Los griegos pensaron que la naturaleza era una diosa, la denominaron Gaea, Gea o Gaia⁶. Esta diosa, que forma la cúspide del árbol genealógico de los dioses griegos es la madre de muchos otros dioses como Poseidón y Zeus⁷. Gaea, la diosa naturaleza o madre naturaleza se unió a Urano⁸, dando

³ United Nations Environment Programme. *Judicial Handbook on Environmental Law*. United Kingdom: UNEP. 2005, p. 3

⁴ Enrique Santander Mejía. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Bogotá: ECOE Ediciones, 2002, p. 31.

⁵ La *physis* en la concepción griega representa la totalidad de las cosas y de los entes. Los griegos pensaban que eran uno con la naturaleza y su relación con los recursos naturales era íntima. Los primeros filósofos son llamados los físicos (como Tales de Mileto), porque su preocupación fue explicar la *physis* y lo que la generaba, que constituía lo real, el principio primero de lo real, el *arché* (ἀρχή), *vid.* Clemente Fernández. *Los Filósofos Antiguos*. Madrid: Biblioteca de Autores Católicos, 1974, p. 4.

⁶ Eco Humberto. *El Vértigo de las Listas*. Barcelona: Lumen, 2009, p.19

⁷ David Bellingham. *Los Griegos, Cultura y Mitología*. Londres: Taschen, 2008, pp. 7 - 15.

⁸ Gea alumbró primero al estrellado Urano con sus mismas proporciones, para que la contuviera por todas partes y poder ser así sede siempre segura para los felices dioses. Hesíodo, Teogonía, VV. 126, 127, *vid. supra* nota 4.

origen así a todos los demás dioses que representan todos los elementos y sistemas naturales, desde las montañas y ríos hasta el océano⁹ y la vegetación. La mitología griega constituye un referente fundamental para el mundo occidental –del que somos parte en la concepción del pensamiento- y que podremos analizar oportunamente para entender el conflicto jurídico que existe actualmente al explotar los recursos naturales. Posteriormente, pensadores como Aristóteles, son sin lugar a duda los padres intelectuales o pilares fundamentales de nuestra concepción social y jurídica de la naturaleza. Dentro de su propio y puro pensamiento dentro de la Metafísica¹⁰ expresaron ideas sobre nuestro entorno natural. Actualmente, existen cuerpos normativos que contienen la concepción griega de la naturaleza y que aplican la idea simbiótica del ser humano con lo natural. La Carta de la Naturaleza¹¹ tiene como una de sus principales características el establecer que el hombre es parte de la naturaleza pero que debe respetar a la misma y también a sus procesos esenciales. Igualmente manifiesta o determina que se debe preservar de manera especial a las áreas y ecosistemas únicos así como también a las especies en peligro. Esta es la concepción griega de Gaia que, como podemos analizar si leemos detenidamente la Constitución de 2008, tiene una verdadera y real similitud con el concepto histórico de la Pacha Mama como estudiaremos en la personificación de la naturaleza.

El cambio radical ocurre significativamente con el paso de los griegos como un imperio a los romanos cuando se adueñaron prácticamente de todo el mundo conocido para occidente. Impusieron lo que hace todo imperio, su idioma, su moneda y

⁹ Tales de Mileto considero que el agua es el archeé de todo: “En cuanto al número y a la especie de tal principio, no dicen todos lo mismo, sino que tales, el iniciador de tal filosofía afirma que es el agua (por lo que también declaró que la tierra está sobre el agua); llegando, tal vez, a formar dicha opinión por ver que el elemento de todas las cosas es húmedo y que el calor mismo surge de la humedad y que de ella vive (el principio de todas las cosas es aquello de donde nacen); de ahí vino a formar esa opinión, y del hecho de que las semillas de todas las cosas tienen la naturaleza húmeda, y el agua es el principio natural de las cosas húmedas. Tales de Mileto, citado por Aristóteles en Metafísica A 3,983 b 6 (DK A 12), *vid.* Clemente Fernández. *Los Filósofos Antiguos*. Madrid: Biblioteca de Autores Católicos, 1974, p. 4.

¹⁰ Y es la naturaleza no sólo la materia primera (y ésta, de dos modos: o la primera para el objeto mismo, o la primera absolutamente; por ejemplo, para los objetos hechos de bronce, el bronce es primero para ellos; pero, absolutamente, sin duda el agua, si es que todas las cosas fusibles son agua), sino también la especie y la substancia; y este es el fin de la generación. Y, por extensión, a partir de aquí y en general, toda sustancia se llama naturaleza a causa de esta, porque también la naturaleza a causa de ésta, porque también la naturaleza es cierta substancia. Así, pues, de acuerdo con lo expuesto, la naturaleza primera y propiamente dicha es la sustancia de las cosas que tienen el principio del movimiento en sí mismas en cuanto tales; la materia en efecto, se llama naturaleza por ser susceptible de este principio; y las generaciones y el crecimiento, por ser movimientos a partir de este principio. Y el principio del movimiento de los entes naturales es este, inmanente en ellos de algún modo, o en potencia o en entelequia, *vid.* Aristóteles. *Metafísica*, citado por Clemente Fernández. *Los Filósofos Antiguos*. Óp. cit, p. 368

¹¹ Nos referimos a la Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982.

primordialmente su derecho. Para las leyes romanas la naturaleza ya no era un sujeto personificado con plenos derechos como lo era para los griegos. Se cambia la concepción jurídica de la naturaleza y se adopta la concepción clásica de cosa o de un objeto de derecho. La naturaleza, es para el derecho romano, una cosa valorable en dinero por un lado y una *res nullius* por otro. Para entender mejor esta concepción jurídica de la naturaleza y que nos ayudará a entender mejor el fenómeno jurídico que plantea la explotación de los recursos naturales frente al cumplimiento o incumplimiento de los derechos de la naturaleza, debemos citar a los tratadistas Alessandri y Somarriva y a François Ost. Estos autores, en sus respectivos análisis, estudian los derechos de los animales y, estos perfectamente se acoplan y pueden aplicarse a los derechos de la naturaleza. En primer lugar, Alessandri y Somarriva hablan de la personalidad de los seres humanos y afirman que “los romanos, fundándose en la legislación especial que los rige, establecen diferencia entre hombre y persona. Lllaman hombre al ser que tiene mente racional en cuerpo humano y persona al hombre libre (*homo liber*). Los esclavos (*homines servi*) son hombres, pero no personas, porque carecen del *status libertatis*, y entran en la categoría de cosas: pueden comprarse y venderse como un mueble”¹². Por otro lado, continúan los autores afirmando que “en el mundo moderno con la desaparición de la esclavitud, se borra la diferencia entre hombres y personas; todo individuo de la especie humana por el solo hecho de serlo, es persona”¹³ y que, “los animales o la naturaleza, por el contrario, jurídicamente no están dotados de personalidad; no son sujetos de derecho y obligaciones”¹⁴. Vemos como claramente los romanos separan al hombre de lo natural y hacen una distinción entre su doctrina jurídica y la anterior que era la griega. Es muy importante recalcar la importancia del derecho ambiental enfocado hacia una perspectiva romana de la naturaleza como una cosa para entender la concepción antropocéntrica. Francois Ost al respecto opina que:

Tradicionalmente, y todavía hoy, considerada y tratada como objeto de derecho, “sometida a toda clase de explotación”, la naturaleza tendría en adelante una dignidad propia que reivindicar y unos derechos fundamentales que oponer a los hombres... Es el paso de un universo mental antropocéntrico o humanista a un universo bio o ecocentrista. El humanismo, al menos desde el Renacimiento, hacía del hombre la “medida de todas las cosas”; el hombre era a la vez la fuente del pensamiento y de los valores, y su fin último. A este universo se lo podía llamar “antropocéntrico”; en

¹² Alessandri y Somarriva. *Curso de Derecho Civil, Parte General y los Sujetos de Derecho*. Segunda Parte. Santiago de Chile: Nascimento Chile, 1957, pp. 154 y 155.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Id.*, p. 156.

provecho de una lenta pero muy profunda laicización de las mentalidades y al precio de un progresivo y radical “desencanto del mundo”, el hombre se instala en el medio de las cosas. Por ejemplo, la naturaleza, antes considerada “encantada” por la presencia de fuerzas misteriosas, se reduce a un “medio ambiente”, un conjunto de amenazas que conjurar y de recursos que explotar, siguiendo el modelo de la isla de la Desolación en la que desembarco Robinson Crusoe¹⁵.

Finalmente, el ser humano ve a la naturaleza desde una nueva concepción, desde la perspectiva de un verdadero sujeto de derechos. Esta es la teoría de la personificación jurídica de la naturaleza. Como vimos anteriormente, la doctrina del derecho clásico ve a la naturaleza como a una cosa, algo apropiable por el hombre. Ahora esta apreciación ha evolucionado, volviéndose tal vez a sus raíces griegas para dar el lugar al nacimiento jurídico de la naturaleza como un sujeto de derechos. La teoría del interés de Rudolph von Ihering¹⁶ nos da una explicación doctrinaria de quienes pueden ser sujetos de derechos y, al contrario de la teoría de la voluntad de Savigny, ve el interés superior del sujeto y no la voluntad del mismo para que este pueda ejercer sus derechos. De estas ideas podemos afirmar firmemente que la naturaleza tiene naturaleza jurídica propia como un verdadero sujeto de derechos y no como una cosa. Se protege más su interés superior para la colectividad que su voluntad o capacidad jurídica de expresar por sí misma sus derechos. Se personifica a la naturaleza, a la Pacha Mama, como un verdadero sujeto de derechos y gracias a la Constitución de Montecristi nace a la vida jurídica. Esta personificación de la naturaleza es un fenómeno del siglo XXI y nace mundialmente con la materialización legislativa de la Constitución de 2008 en la República del Ecuador y, posiblemente, gracias a los debates previos a su formulación y redacción con el impulso de la Iniciativa Yasuní ITT. En el primer capítulo de esta investigación nos adentraremos en el estudio del Parque Nacional Yasuní como un Valor Intrínseco¹⁷ para pasar posteriormente al estudio del marco legal aplicable al caso concreto. Tomaremos en consideración a la intangibilidad de las áreas protegidas y su posible afectación frente a su explotación. Dentro de este punto estudiaremos la tensión existente entre la ecología y la economía.

Esta nueva concepción holística de la naturaleza, como valor intrínseco y como sujeto de derechos, nos permitirá estudiar brevemente, en el segundo capítulo los

¹⁵ François Ost. *Naturaleza y Derecho, Para un Debate Ecológico en Profundidad*. A la sombra del Dios Pan: la Deep Ecology. Buenos Aires: Ediciones Mensajero, 2000, p. 146

¹⁶ Hernán Salgado Pesantes. *Introducción al Estudio del Derecho*. Quito: Editora Nacional, 2002, p. 54.

¹⁷ Recogido en el preámbulo del Convenio de Diversidad Biológica de 1992.

principios ambientales básicos aplicables al caso ITT. Esto nos inducirá a entender el conflicto normativo existente entre los derechos de la naturaleza y de Gaia como sujeto de derechos y el interés nacional del Estado de poder explotar recursos naturales en áreas protegidas. Debemos tomar en consideración que, según el tratadista Jorge Bustamante Alsina, “el medio ambiente constituye hoy en día una gran preocupación no solamente en los países ricos o desarrollados, sino también en los países pobres que padecen el subdesarrollo o la marginación.”¹⁸ Este fenómeno, no deja de ser reciente, si tomamos en cuenta que nuestra sociedad tan sólo representa unos minutos del último día de un año cósmico según el calendario geológico de Carl Sagan en su libro *Los Dragones del Edén*¹⁹. Nuestra efímera existencia en este planeta ha dejado más secuelas y más efectos contrarios que cualquier otra especie que haya habitado el planeta tierra. Nos hemos demorado tan sólo fracciones de segundos cósmicos, según el calendario de Sagan, en destruir lo que a la naturaleza le ha tomado millones de años en crear. Nuestro sistema jurídico trata de prevenir una catástrofe futura, pero como veremos, el conflicto normativo es bastante complejo cuando se busca poner un freno saludable a la explotación desmesurada de los recursos naturales. Existe una especie de contrapeso, un factor meta jurídico que impide el pleno cumplimiento de las normas medio ambientales que fomentan la ineficacia de las mismas²⁰. El Ecuador, a pesar de ser un país muy pequeño y con una economía nacional que no se compara siquiera con una empresa del índice Nasdaq o del mismo Dow Jones, ha optado por ser un país pionero en dar un avance legislativo enorme en materia ambiental. Siguiendo el criterio de Jorge Bustamante Alsina sobre la preocupación de los países en vías de desarrollo, la Constitución del Ecuador propone una nueva visión de la naturaleza y la protege desde perspectivas que generan polémica y debate sobre todo desde el punto de vista del derecho romano clásico que considera a la naturaleza como a una cosa. La personificación de la Pacha Mama es uno de los mayores avances normativos que provienen de la Constitución de 2008.

Ahora que, desde la antigua concepción de los griegos de que *Gaia* era la diosa de la tierra, muchos pensadores como James Lovelock la miraron no tan solo como un ser mitológico sino también como un ser lleno de océanos, bosques y vida en sí misma.

¹⁸ Jorge Bustamante Alsina. *Derecho Ambiental, Fundamentación y Normativa*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1995, p. 19.

¹⁹ Carl Sagan. *Los Dragones del Edén, Especulaciones sobre la Evolución de la Inteligencia Humana*. México: Grijalbo, 1984, p. 29.

²⁰ Ver apartado 1.2 sobre la Tensión entre la Ecología y la Economía.

El mismo Lovelock la denomina como Ge²¹. Este autor ambientalista de origen británico y uno de los mayores exponentes científicos sobre materia medio ambiental, propone que *Gaia* o Ge debería ser cuidada desde el aire y observada desde el espacio como un medio óptimo de apreciación de nuestros recursos naturales²². Desde un punto de vista más comprensivo, Gaia es lo que denominamos en nuestro lenguaje como *Madre Naturaleza* y en la Constitución de 2008 de Ecuador como *Pacha Mama*. Ahora recientemente, en las últimas décadas del siglo XX, el mundo empieza a preocuparse verdaderamente por el medio ambiente. Se puede decir que el nacimiento de este cambio de mentalidad humana se da gracias a la cooperación internacional por la creciente preocupación existente sobre nuestro medio natural. La principal fuente de esta congregación de ideas se plasma durante la Conferencia de Estocolmo en el mes de junio de 1972²³. En Suecia, por primera vez en un foro internacional, se discutió seriamente sobre problemas de tanta importancia para la humanidad como la urbanidad y la vida del ser humano en sociedad. Desde este momento histórico, podemos afirmar que nace la definición que dice que el derecho ambiental es aquella rama jurídica que regula la acción humana tendiente a evitar, disminuir, reparar o compensar la contaminación o el deterioro de los recursos naturales. Esta preocupación mundial y universal humana se traduce en la protección o en el aprovechamiento de los recursos naturales. En este caso particular, nos sirve para responder a la hipótesis de si cumple o se incumple con la tutela de los bienes naturales jurídicamente protegidos, en la intangibilidad o en la actividad extractiva de una reserva de biósfera como el Yasuní ITT.

Sea cual sea la concepción de la naturaleza, como sujeto u objeto, o sea la concepción antropocéntrica o ecocéntrica, existe indudablemente un conflicto normativo al buscar explotar sus recursos naturales. El derecho ambiental se encuentra en el justo medio entre el aprovechamiento de los recursos y la prevención de daños irreversibles en el futuro. Es una constante batalla, una tensión entre la ecología y la economía. En el caso del Yasuní ITT, este dilema, este continuo tira y afloja, solo puede

²¹ James Lovelock. *What is Gaia*. "If we are "all creatures great and small," from bacteria to whales, part of Gaia then we are all of us potentially important to her well being." http://www.ecolo.org/lovelock/what_is_Gaia.html (acceso: 03/04/2012).

²² *Ibid.*

²³ La Declaración de Estocolmo de 1972 es uno de los documentos de derecho internacional ambiental más importantes de la historia para poder entender la importancia de la supervivencia del ser humano como especie. Su aplicación en el caso ITT conlleva a entender la preocupación humana latente en la protección de áreas protegidas.

encontrar una solución jurídica bajo las reglas de la interpretación y de la ponderación de los derechos ambientales de la naturaleza y del hombre. Por un lado, debemos satisfacer los derechos humanos mediante recursos naturales limitados y por otro se busca preservar la intangibilidad de zonas protegidas y la protección jurídica de las Reservas de Biósfera. El Parque Nacional Yasuní se encuentra en un limbo jurídico donde se busca preservar su intangibilidad bajo los preceptos de la naturaleza como un sujeto de derechos dentro del Sumak Kawsay frente al interés nacional de su explotación. Este es el conflicto normativo frente a la actividad extractiva del Yasuní ITT. Ahora será misión del Estado ecuatoriano y de la comunidad internacional el decidir el futuro de una de las reservas de biosfera más biodiversas del planeta tierra.

1. El Conflicto de Derechos dentro del Parque Nacional Yasuní

1.1 El Parque Nacional Yasuní como Valor Intrínseco.

1.1.1 Antecedentes

“Los sensatos se adaptan al mundo en que viven, los insensatos pretenden que el mundo se adapte a ellos, por lo tanto, cualquier cambio se lo debemos a los insensatos.”²⁴

“La ética ecológica considera la noción de “valor intrínseco” como un requisito necesario para establecer deberes morales hacia el mundo no humano.”²⁵

El punto central de este estudio consiste en analizar el conflicto jurídico existente entre la explotación petrolera como un derecho del Estado, según el artículo 408 de la Constitución y como un derecho de excepción para la explotación petrolera en áreas protegidas, según el artículo 407 de la misma Constitución; frente a los principios ambientales, a los derechos de la naturaleza, así como con el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Bajo estas prerrogativas, y con este fin, se toma como estudio de caso el posible conflicto de derechos dentro del Parque Nacional Yasuní, específicamente en el área protegida denominada Ishpingo-Tambococha-Tiputini (ITT).

El Parque Nacional Yasuní se ubica en el oriente de la República del Ecuador y fue declarado como Parque Nacional el 20 de noviembre de 1979 mediante el Acuerdo Ministerial 332 publicado en el R. O. No 69 de 20 de noviembre de 1979.²⁶ Dentro del Parque Nacional Yasuní existe un territorio Huaorani, declarado como tal, mediante el Decreto Ejecutivo 552 promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 121 del

²⁴ Esperanza Martínez y Alberto Acosta. *ITT – Yasuní entre el Petróleo y la Vida A modo de Prólogo, ¡Basta a la explotación de petróleo en la Amazonía!* Universidad Politécnica Salesiana. Quito: Abya Yala, 2010, p. 14.

²⁵ Fernando Arribas Herguedas. *Del Valor Intrínseco de la Naturaleza, vid. Isegoría*, n° 34, enero-junio 2006. Universidad Rey Juan Carlos, p. 1

²⁶ Acuerdo Ministerial 322. Registro Oficial 69 del 20 de noviembre de 1979.

02 de febrero de 1999. Por otra parte, el Decreto Ejecutivo 2187 publicado en el Registro Oficial 1 del 16 de enero de 2007 declara como:

Zona Intangible de conservación vedada a perpetuidad a todo tipo de actividad extractiva, las tierras de habitación y desarrollo de los grupos Huaorani conocidos como Tagaeri, Taromenane y otros eventuales que permanecen sin contacto, ubicadas hacia el Sur de las tierras adjudicadas a la nacionalidad Huaorani en 1990 y del Parque Nacional Yasuní; zona, que alcanza aproximadamente 700.000 hectáreas.²⁷

El Decreto Ejecutivo 552, hace referencia al Acuerdo Ministerial 191 del Registro Oficial 408 del 02 de abril de 1990 que establece la delimitación del Parque Nacional Yasuní. Nos encontramos con una zona de intangibilidad²⁸ que fue declarada como tal en 1999 por el gobierno de Jamil Mahuad mediante el ya mencionado Decreto Ejecutivo 552²⁹. Es necesario entender, antes de cualquier análisis jurídico, que los recursos naturales no renovables de Ishpingo, Tambococha y Tiputini, no se encuentran protegidos como una zona de intangibilidad³⁰ vedada a perpetuidad. Adicionalmente, es importante establecer que el Parque Nacional Yasuní está considerado como una Reserva de Biósfera desde 1989 por la UNESCO³¹.

Como podemos analizar en el encabezado, la ética ecológica considera la noción de “valor intrínseco” como un requisito necesario para establecer deberes morales hacia el mundo no humano³², en este caso el mundo natural. Pero además, “se defiende que las apelaciones al valor intrínseco son traducibles a concepciones “ilustradas” del valor instrumental que asuman la incertidumbre derivada de la ciencia ecológica y la inconmensurabilidad de valores que subyace a los problemas ambientales³³. De acorde al Proyecto de Pacto Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la UICN³⁴, la

²⁷ Decreto Ejecutivo 2187. Registro Oficial 1 del 16 de enero de 2007.

²⁸ Decreto Ejecutivo 552. Artículo 1. Suplemento del Registro Oficial No. 121 del 02 de febrero de 1999 prescribe que: “Declárese zona intangible de conservación vedada a perpetuidad a todo tipo de actividad extractiva, las tierras de habitación y desarrollo de los grupos Huaorani conocidos como Tagaeri, Taromenane y otros eventuales que permanecen sin contacto, ubicadas hacia el sur de las tierras adjudicadas a la nacionalidad Huaorani en 1990 y del Parque Nacional Yasuní”.

²⁹ Decreto Ejecutivo 552. Suplemento del Registro Oficial No. 121 del 02 de febrero de 1999.

³⁰ Ver Anexo 1.

³¹ Biosphere Reserve Information. <http://www.unesco.org/> (acceso 12/04/2012)

³² Fernando Arribas Herguedas. Del Valor Intrínseco de la Naturaleza. Universidad Rey Juan Carlos, vid. Científicos por el Medio Ambiente: [http://www.cima.org.es/archivos /Areas/ciencias_sociales/9_humanidades.pdf](http://www.cima.org.es/archivos/Areas/ciencias_sociales/9_humanidades.pdf) (acceso 22/05/2012)

³³ *Ibid.*

³⁴ Draft International Covenant on Environment and Development. *The Environmental Law Programme of the International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources in cooperation with The*

Convención de Berna de 1979 sobre “La Conservación de la Vida Silvestre y Hábitats” es uno de los primeros tratados que fundamenta a la protección jurídica del valor intrínseco. La Reserva de Biósfera que contiene al Yasuní ITT, posee este valor intrínseco³⁵, jurídicamente e internacionalmente reconocido en el Convenio de Diversidad Biológica³⁶. Se reconoce este valor intrínseco de la naturaleza y de la biodiversidad y otros valores dentro de su Preámbulo³⁷. Attfield afirma al respecto que la significación o importancia moral de los intereses de un ser vivo “depende de su valor intrínseco o de su contribución a tal valor”³⁸ y que el valor intrínseco es “una razón para la acción independiente o no derivada y basada solamente en la naturaleza de lo que tiene este valor”³⁹. El Convenio de Diversidad Biológica busca que este valor intrínseco, reconocido por los Estados, tenga como su objetivo la conservación de la diversidad biológica. Esta conservación de la diversidad biológica dentro del Yasuní ITT, es por ende, parte fundamental de su protección jurídica como un valor intrínseco.

En este punto, una vez entendido el valor intrínseco es necesario tomar en consideración a los artículos 407 y 408 de la Constitución de la República de 2008 que disponen literalmente lo siguiente:

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

Artículo 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.

International Council of Environmental Law. Environmental Policy and Law Paper No. 31 Rev. *Óp. cit.*, p. 38.

³⁵ Fernando Arribas Herguedas. *Del Valor Intrínseco de la Naturaleza*. Universidad Rey Juan Carlos, *vid. Científicos por el Medio Ambiente*: http://www.cima.org.es/archivos/Áreas/ciencias_sociales/9_humanidades.pdf (acceso 22/05/2012)

³⁶ Convenio sobre Diversidad Biológica (1992). Registro Oficial 647 del 06 de marzo de 1995.

³⁷ El Preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992). Registro Oficial 647 del 06 de marzo de 1995, establece estos valores al afirmar que: “Las partes Contratantes están conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes”.

³⁸ Draft International Covenant on Environment and Development. *The Environmental Law Programme of the International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources in cooperation with The International Council of Environmental Law*, *Óp. cit.*, p. 10.

³⁹ *Ibid.*

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.

Estos artículos señalan las prerrogativas del Estado para explotar los recursos naturales no renovables aplicables al Yasuní ITT. Para entender mejor el problema jurídico de esta investigación los vamos a contrastar con los artículos 71, 395 numerales 1 y 4 y con el artículo 397 numeral 4 de la Constitución que disponen:

Artículo 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

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

Artículo 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.

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.

Artículo 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. 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 que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

4. Asegurar 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.

El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado.

Por otro lado, la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre publicada en el Registro Oficial Suplemento 418 del 10 de septiembre de 2004 define a un Parque Nacional como a un área extensa con las determinadas características o propósitos: “1. Uno o varios ecosistemas, comprendidos dentro de un mínimo de 10.000 hectáreas”; “2.- Diversidad de especies de flora y fauna, rasgos geológicos y hábitats de importancia para la ciencia, la educación y la recreación”; y, “3.- Mantenimiento del área en su condición natural, para la preservación de los rasgos ecológicos, estéticos y culturales, siendo prohibida cualquier explotación u ocupación”⁴⁰. La Ley Forestal también define al Patrimonio Nacional de Áreas Naturales como:

El conjunto de áreas silvestres que por sus características escénicas y ecológicas, están destinadas a salvaguardar y conservar en su estado natural la flora y fauna silvestres, y producir otros bienes y servicios que permitan al país, mantener un adecuado equilibrio del medio ambiente y para recreación y esparcimiento de la población ⁴¹.

Para nuestro caso de estudio particular también son importantes los artículos 68 y 75 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre por su implicación jurídica con el Yasuní ITT. Estos artículos prescriben:

Artículo 68.- Con el fin de racionalizar el aprovechamiento de los recursos forestales, los Ministerios del Ambiente; de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad; y de Economía y Finanzas, prohibirán temporal o definitivamente la importación o fabricación de maquinaria, equipos, herramientas y demás implementos relacionados con la actividad.

Artículo 75.- Cualquiera que sea la finalidad, prohíbese ocupar las tierras del patrimonio de áreas naturales del Estado, alterar o dañar la demarcación de las unidades de manejo u ocasionar deterioro de los recursos naturales en ellas existentes.

Se prohíbe igualmente, contaminar el medio ambiente terrestre, acuático o aéreo, o atentar contra la vida silvestre, terrestre, acuática o aérea, existente en las unidades de manejo.

El Parque Nacional Yasuní cumple plenamente con estos requisitos y características jurídicas y debe ser conservado inalterado según los artículos 68 y 75 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre. Por ende, existe

⁴⁰ Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre. Artículo 107. Registro Oficial Suplemento 418 del 10 de septiembre de 2004, vid. Acuerdo Ministerial 322 del Registro Oficial 69 del 20 de noviembre de 1979

⁴¹ *Ibíd.*

un conflicto normativo frente a la explotación de sus recursos naturales que se encuentran bajo su subsuelo.

La explotación petrolera, sin embargo, ya se ha dado en el Parque Nacional Yasuní⁴². El Acuerdo Ministerial 153 sobre la Servidumbre para el Oleoducto de la Operadora del Bloque 16 promulgado en el Registro Oficial 324 del 25 de noviembre de 1993 permite la construcción de servidumbre especial de tránsito para la construcción del oleoducto desde Pompeya Sur hasta los campos ubicados en el Bloque 16. Esto se refiere a la vía y oleoducto Maxus que ha tenido repercusiones irreversibles tanto sobre las poblaciones huaorani en aislamiento voluntario como sobre el medio ambiente del Parque Nacional Yasuní. En este caso podemos apreciar plenamente como se han vulnerado desde hace algunas décadas las limitaciones de uso del Parque Nacional Yasuní. Frente a lo señalado, este estudio pretende contestar la siguiente pregunta ¿Existe una contradicción jurídica entre la preservación del Parque Nacional Yasuní y la explotación de sus recursos no renovables?

Es muy importante analizar el problema existente en el choque o conflicto entre los artículos 407 y 408 con los artículos 71, 395 numerales 1 y 4 y 397 numeral 4 de la Constitución de 2008. El artículo 407 establece que se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal sin petición fundamentada del Presidente de la República o ser declarada de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional. Por otro lado, el artículo 71 prescribe que la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Existe un conflicto, un choque normativo entre los intereses económicos del Estado y los derechos de la naturaleza consagrados en la Constitución. El artículo 408 demuestra el fenómeno jurídico del conflicto normativo al establecer que “los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo” pertenecen inalienablemente, imprescriptiblemente e inembargablemente al Estado y que éste “participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota”. Ahora que es el mismo artículo 408 el que dispone en su

⁴² Protegido jurídicamente como tal desde el año 1979, *vid.* Acuerdo Ministerial 322. Registro Oficial 69 del 20 de noviembre de 1979.

último inciso que será el mismo Estado quien 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. Este artículo se debe contrarrestar con el numeral primero del artículo 395 que establece un principio ambiental que garantiza un modelo sustentable de desarrollo, que sea ambientalmente equilibrado, que sea respetuoso con la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y que asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Este modelo sustentable de desarrollo entra en conflicto, en especial con el artículo 408 que permite el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables por parte del Estado. En una mano tenemos el interés económico del Estado de satisfacer las necesidades económicas de la sociedad y por el otro la preservación de las reservas del Yasuní ITT.

Para el análisis de estos preceptos es necesario utilizar el estudio del CEDA⁴³ sobre los Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano Frente a la Constitución Vigente. Este establece que:

A partir de Octubre de 2008 Ecuador cuenta con una nueva Constitución, instrumento que plantea un nuevo paradigma en relación al Estado, así como nuevos postulados de profunda incidencia para el ordenamiento jurídico, destacándose entre ellos el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, un nuevo régimen de tutela de los derechos ambientales, regulaciones sobre la biodiversidad y recursos naturales y una propuesta institucional que reformará la estructura actual.⁴⁴

Este artículo nos demuestra el choque existente entre los intereses económicos del Estado y los derechos de la naturaleza materializados en el ITT. Este nuevo paradigma genera una importante polémica entre satisfacer los derechos de la sociedad o de proteger los derechos constitucionales de la naturaleza. La explotación de la frontera geográfica imaginaria de los pozos petroleros en el Ecuador⁴⁵ y el Yasuní ITT, es sin lugar a dudas, la última barrera del cumplimiento de las normas ambientales frente a la actividad extractiva. El cumplimiento de las normas ambientales de la Constitución de 2008 se ve menoscabado al irrumpir sin tecnología necesaria para no

⁴³ Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental. *Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano frente a la Constitución Vigente*. Quito: CEDA, 2010, p.8

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Ver Anexo 2

afectar el hábitat o el valor intrínseco del ITT. Al respecto de la aplicación del artículo 407 de la Constitución de 2008 el CEDA opina que:

El artículo 407 establece como regla general la prohibición de actividades extractivas de recursos no renovables en áreas protegidas y zonas declaradas intangibles. Sin embargo, de forma excepcional, estos recursos pueden explotarse cuando el Presidente de la República solicita a la Asamblea Nacional una declaratoria de interés nacional... En el caso de explotación de recursos no renovables en áreas protegidas y zonas intangibles no puede decidir cualquier autoridad administrativa, puesto que la propia Constitución faculta exclusivamente al Presidente de la República para iniciar un proceso de excepción bajo petición a la Asamblea Nacional. En todo caso, solo una vez realizada la consulta a las comunidades potencialmente afectadas puede el Presidente proseguir con la petición referida en el artículo 407, puesto que la facultad de realizar esta petición no elimina el derecho constitucional a la consulta de aquellas comunidades... Hay que destacar que la solicitud del Presidente de la República a la Asamblea, referida en el artículo 407, es una “petición fundamentada”. ... En efecto, la Asamblea Nacional, según el artículo 407, deberá evaluar cómo tal autorización de explotación beneficiará al “interés nacional”. Este interés es una noción genérica, incluso vaga, pero ciertamente el “interés nacional” en ningún caso puede ser incompatible con, o conducir a la violación de derechos constitucionales... En otras palabras, una excepción, incluso a nivel constitucional, no puede ser entendida en el sentido de autorizar la violación de derechos. La inadmisibilidad de tal violación se consolida aún más al constatar que la propia Constitución en su artículo 400 declara a la propia conservación de la biodiversidad y todos sus componentes como de interés público.⁴⁶

Este análisis del Ceda representa el conflicto normativo existente entre el interés nacional y el interés público. En una mano tenemos los intereses económicos del Estado y en la otra el interés colectivo de preservar las áreas protegidas. Es el conflicto de derechos existente entre el interés nacional del artículo 407 de la Constitución de 2008 y la preservación de la naturaleza manifestada en la protección de las áreas protegidas del artículo 408. Dentro de la actividad extractiva del Parque Nacional Yasuní los estudios del CEDA nos sirven de claro ejemplo para poder contrarrestar los derechos de la naturaleza con los derechos de explotación económica para satisfacer los intereses del Estado. El análisis del Yasuní ITT debe mantener una postura ecléctica para poder entender el conflicto de derechos existentes frente a la actividad extractiva dentro de un área protegida.

⁴⁶ Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental. *Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano frente a la Constitución Vigente*. Quito: CEDA, 2010, p.21

1.1.2 Marco Legal Aplicable

El marco legal aplicable al presente análisis es el siguiente:

- Constitución de la República
- Convenio de Diversidad Biológica
- Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre
- Acuerdos, Resoluciones Ministeriales y Decretos Ejecutivos

1.1.2.1 Constitución de 2008

La Constitución de 2008 contiene un régimen ambiental muy amplio que incluye el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos así como el derecho a vivir en un ambiente sano junto con otras disposiciones que establecen deberes y obligaciones para el Estado y los particulares. La Constitución además se refiere al Régimen del Buen Vivir o Sumak Kawsay que toma en consideración a la naturaleza como sujeto de derechos. Concepción, que implica lo siguiente:

De acorde al reconocimiento de esta nueva visión ancestral pero a la vez cosmopolita, civilizatoria e incluyente se plasmó en la Constitución de 2008, bajo la denominación de “Sumak Kawsay” o “Buen Vivir”⁴⁷, paradigma que fue explicado por el constituyente de esta forma:

El buen vivir presupone que el ejercicio de los derechos, las libertades, capacidades, potencialidades y oportunidades reales de los individuos y las comunidades se amplíen de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada persona -vista como un ser humano universal y particular a la vez- valora como objetivo de vida deseable. Dicha conceptualización puntualizó además que el desarrollo conservará la biodiversidad y garantizará las funciones de los ecosistemas y de las actividades humanas, al regular y limitar los efectos de dichas acciones, según el caso, lo que implica avanzar hacia una sociedad que garantice la justicia social y ambiental⁴⁸.

⁴⁷ El pie de página de los autores al respecto dice que: “Para las comunidades indígenas, el sumak kawsay “se sustenta en un modo de vida en el que las personas siendo parte de la naturaleza viven bajo principios milenarios y fundamentales que determinan que solo se toma de la naturaleza lo necesario, con una vocación clara para perdurar”. Dania Quirola Suárez, “Sumak Kawsay. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza”, *vid.* Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *El Buen Vivir, una vía para el desarrollo*, Quito, Abya Yala, 2009. p. 105.

⁴⁸ Asamblea Constituyente, Mesa Número Siete Régimen de Desarrollo, *Informe de Mayoría. Capítulo I: Principios Generales del Régimen de Desarrollo*, p. 4

Para entender el conflicto de derechos ambientales existentes dentro del Parque Nacional Yasuní es necesario comprender la voluntad del legislador al establecer la protección de la naturaleza como un verdadero sujeto de derechos. Los debates jurídicos sobre el Yasuní ITT previos a la promulgación de la Constitución de Montecristi hacían referencia sobre “el utilitarismo antropocéntrico sobre la naturaleza”⁴⁹. ¿Buscamos que el Yasuní ITT, la Reserva de Biósfera al lado de una Zona Intangible jurídicamente protegida se convierta en un simple objeto de las políticas de desarrollo⁵⁰? El artículo 408 de la Constitución de Montecristi establece 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 zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico”. Además establece que estos bienes “sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución”. Por otro lado, el mismo artículo 408 de la Constitución de 2008 prescribe que 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”. Finalmente decreta este precepto que 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”.

Para ponderar el conflicto de derechos que se genera a partir del artículo 11, numeral 6 de la Constitución que prescribe que: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”, analizamos el art. 427 de la Constitución que dispone:

Artículo 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

⁴⁹ Pensamiento de Eduardo Gudynas, vid. Esperanza Martínez. *ITT – Yasuní entre el Petróleo y la Vida A modo de Prólogo, ¡Basta a la explotación de petróleo en la Amazonía! Óp. Cit.*, p. 16.

⁵⁰ *Id.*, p. 24. “El ambiente, es decir los recursos naturales, no pueden ser vistos como una condición para el crecimiento económico, como tampoco pueden ser un simple objeto de las políticas de desarrollo.”

Según los estudios del CEDA, es muy importante lo siguiente:

Otro tema respecto del cual se genera duda es sobre el ejercicio de ponderación de derechos, de la mano con las contradicciones que existen en la Constitución, como es el caso de las actividades extractivas en áreas protegidas. Se aclara que la ponderación debe realizarse para cada caso en particular, y que sobre la marcha se irían resolviendo estas contradicciones, ya que al momento no es posible prever supuestos que permitan despejar las dudas sobre el alcance o límites de la ponderación. No hay otra forma de abordar este tema. Por dar un ejemplo, no se trata de aplicar directamente el *in dubio pro natura*, siempre se aplica el criterio más amplio para la interpretación, salvo que haya las restricciones propias del derecho⁵¹.

Ahora que para que pueda aplicar una verdadera ponderación de los derechos de la Constitución de 2008, es necesario tomar en consideración los principios jurídicos de interpretación constitucional. Álvaro Cárdenas, al respecto, en su libro “Interpretación Constitucional. Mecanismo de Sensibilización en la Protección de Derechos”, los métodos de interpretación constitucional tradicional son las siguientes⁵²:

- Método Gramatical o Interpretación Literal.
- Método Originalista o Interpretación del Espíritu de la Norma.
- Método Lógico o Interpretación Sistemática.
- Método de Interpretación Evolutiva.
- Método Sociológico o Interpretación Realista (Pragmática)
- Método Teleológico o Interpretación de Acorde a los Fines.
- Técnica de Subsunción.

Los Principios de Interpretación Constitucional son:

- Principio Pro Homine
- Principio de la Posición frente de los derechos fundamentales (Preferred freedoms)
- Principio de la mayor protección de los derechos humanos.
- Principio de la fuente expansiva de los derechos fundamentales.
- Principio de la supremacía de la Constitución y fuerza normativa.
- Principio de la Interpretación Sistémica o Unidad Constitucional.

Y los métodos y técnicas de interpretación constitucional modernas son:

- Técnica de la Ponderación o Balancing Test.
- Principio de Proporcionalidad.

Referente a las reglas o principios de interpretación constitucional que prevé el artículo 427 de la Constitución son tres:

- Método Gramatical o Interpretación Literal.

⁵¹ Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental. *Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano frente a la Constitución Vigente. Óp. cit.*, p.97

⁵² Álvaro F. Cárdenas Zambonino. *Interpretación Constitucional. Mecanismo de Sensibilización en la Protección de Derechos*. Quito: Cevallos, 2011, pp. 17 - 40

- Método Sistemático.
- Indubio Pro Homine / In dubio Pro Liberate.

Anteriormente, previo al Régimen del Buen Vivir o del Sumak Kawsay, la legislación ecuatoriana ha tomado en consideración al ambiente. La Constitución de 1978 de la República del Ecuador, prescribía en su artículo 19, numeral 2, sobre los derechos de las personas, que “sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. Además, disponía que “es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado” y, que “se debe tutelar la preservación de la naturaleza”. Veinte años más tarde, la Constitución de 1998 de la República del Ecuador contenía dentro de su texto constitucional el precepto que prescribía que “la ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. Lo que debemos preguntarnos es si esta protección de la naturaleza se ha cumplido o no desde el fenómeno del petróleo con su boom en la década de 1970. ¿Se ha protegido a la naturaleza o a los intereses económicos petroleros del Estado? ¿Se han cumplido con los principios de ambientales vigentes desde la explotación de los recursos naturales del Parque Nacional Yasuní? ¿Qué ha prevalecido dentro de la explotación económica: los derechos de la naturaleza o los derechos económicos?

Como podemos analizar, existe una tensión en la Constitución de la República del Ecuador de 2008 entre los derechos económicos y los derechos de la naturaleza. El autor Ramiro Ávila para explicar el concepto de Estado de Derecho nos habla sobre la evolución histórica del Estado en relación al derecho y se refiere a tres modelos que son: el Estado sobre el Derecho, El Estado de Derecho y el Estado de Derechos⁵³. Para empezar vamos a decir que el Estado sobre el Derecho que, Ramiro Ávila lo entiende como el Estado absolutista, es dónde el derecho se encuentra sometido al poder. En este caso, aplicándolo a nuestro estudio, en el Estado no se respetan los derechos de la naturaleza, se explotan los recursos naturales en base a los puros intereses económicos y patrimoniales de la nación. Se genera por lo tanto el fenómeno del incumplimiento de las normas ambientales y se violenta el principio ambiental de Quién Contamina Paga

⁵³ Ramiro Ávila. *Constitución de 2008 en el Contexto Andino*. Quito: Ministerio de Justicia, 2008.

que lo estudiaremos posteriormente. En este Estado se incumplen con las normas ambientales, a menos que, beneficien económicamente al Estado absolutista.

Por otro lado, continúa exponiendo Ramiro Ávila sobre el Estado de Derecho. Este se divide, a su vez, en dos diferentes campos o modalidades. En la primera modalidad, el derecho de este tipo de Estado se entiende únicamente como ley y en la segunda se lo entiende como una concepción jurídica más amplia. Nos encontraríamos frente a un sistema jurídico normativo o, como opina el autor L. Ferrajoli, para decir que se refiere a “una estricta modalidad” dentro del cumplimiento de los preceptos internos. En este caso tenemos un Estado que mantiene una normativa ambiental vigente pero la cumple en todo o en parte dependiendo del caso concreto. En este supuesto podemos enmarcar a la mayoría de Estados a nivel mundial. Mantienen dentro de su legislación una normativa válida y vigente pero no eficaz. Es el caso del Ecuador al mantener una de las más modernas y mejores legislaciones ambientales del mundo y a pesar de ello no cumple con sus preceptos al explotar patrimonialmente el Parque Nacional Yasuní.

En último lugar, nos encontramos con el Estado de Derechos y, que como muy bien explica Ramiro Ávila al principio de su exposición, no es que al legislador se le haya escapado una “s” de más, sino que denomina al Estado de Derechos de esta forma al encontrarse sometido “todo poder público y privado a derechos”⁵⁴. A diferencia de otros Estados como el absoluto, dónde rige el poder, el legislativo dónde rige la ley del parlamento o en el constitucional dónde la asamblea constituyente protege todos los derecho constituidos, nos manifiesta Ramiro Ávila que en el Estado de Derechos, los derechos son reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado que someten y limitan a todos los poderes incluido el constituyente. Este autor, podríamos decir, ve al Estado de Derechos como una evolución última del desarrollo del campo constitucional, es la máxima expresión de los derechos contenidos en una Carta Magna. Explica además Ramiro Ávila que en el Estado de Derechos nos encontramos frente a una parte más dogmática que orgánica⁵⁵. Es pues, el Estado de Derechos, un tipo de Estado dónde los derechos ambientales priman sobre el mismo Estado y el poder radica en las personas y en los pueblos. Concluye su pensamiento Ramiro Ávila diciéndonos que el Estado de Derechos nos da dos nuevas perspectivas: la pluralidad jurídica y los

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado⁵⁶. Es en este Estado dónde se va a generar la práctica y los límites del poder que no puede superar a las fronteras del mismo. En este Estado de Derechos se cumplen con todos los derechos ambientales que protegen el marco jurídico de la naturaleza. No creemos que exista Estado en el mundo que proteja los intereses de la naturaleza sobre los intereses sociales y económicos. En cualquier Estado, hasta en los más modernos en el ámbito jurídico ambiental, no existe un cumplimiento absoluto de los derechos ambientales consagrados en sus legislaciones internas o aprobados ampliamente por la comunidad internacional. Es un Estado ambiental utópico.

La Constitución de la República de 2008, en su Preámbulo, establece que el pueblo soberano del Ecuador reconoce sus raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos y celebra a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y qué es vital para nuestra existencia, decidimos “construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el Buen Vivir, el Sumak Kawsay”. Como vemos, busca la Constitución de Montecristi de 2008 un nuevo sistema ambiental basado en el Buen Vivir, en el Sumak Kawsay. La pregunta es: ¿Afectan los factores meta jurídicos como el poder económico los principios y objetivos claros de la Constitución de Montecristi de 2008? ¿Construimos “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el Buen Vivir, el Sumak Kawsay” al explotar patrimonialmente el Yasuní ITT?

Regresando al tema principal de este apartado, el estudio el de la Constitución de 2008, debemos tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 276, numerales 4,5,7,11 y 12 de este cuerpo legal que manifiesta que el Estado central tendrá competencias exclusivas sobre determinadas áreas. El numeral 4 habla sobre la planificación nacional. El 5 sobre las políticas económica, tributaria, aduanera, arancelaria; fiscal y monetaria; comercio exterior y endeudamiento. El numeral 7 prescribe que el Estado tendrá competencias exclusivas sobre las áreas naturales protegidas y los recursos naturales. El numeral 11 manda que el Estado tiene el poder y control sobre los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales y, finalmente, el numeral 12 dispone competencias exclusivas sobre el control y administración de las empresas públicas nacionales. Como vemos el

⁵⁶ *Ibid.*

Estado tiene el poder absoluto del poder económico y del poder ambiental. ¿Qué alternativa tenemos cuando los límites de la ley le permiten al Estado manejar tanto manejar los recursos ambientales y la economía por mandato constitucional?

1.1.2.2 Convenio de Diversidad Biológica

El Convenio de Diversidad Biológica de 1992 es muy importante para el caso del Yasuní ITT en base al valor intrínseco de la Naturaleza. La Guía para el Convenio de la Diversidad Biológica de la UICN⁵⁷, nos explica brevemente que:

De todos los valores que se asignan a la diversidad biológica, resulta importante notar que, por primera vez, se reconoce el valor intrínseco de la diversidad biológica en un instrumento legal internacional vinculante. Esta es una innovación muy importante y podría considerarse como el derecho inherente que tienen todos los componentes de la diversidad biológica a existir, independientemente del valor que les sea asignado por la humanidad. Un tratado regional que hace referencia al valor intrínseco de las especies es la Convención sobre la Conservación de la Fauna y la Flora Silvestre y de los Hábitats (Berna, 1979). Por contraste, la Declaración Mundial de la Naturaleza (UNGA Res. 37/7 (1982)), un instrumento no vinculante, considera que toda forma de vida es única y merece respeto, independientemente de su valor para la humanidad.⁵⁸

En el caso del Yasuní ITT se debe entender este valor intrínseco para la aplicación de los derechos de la naturaleza. Es imperante el aspecto de este valor frente a la ponderación de los derechos constitucionales entre la actividad extractiva y la intangibilidad del Parque Nacional Yasuní como un área protegida.

1.1.2.3 Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre

Como vimos, para el caso de estudio del Yasuní ITT es muy importante la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre publicada en el Registro Oficial Suplemento 418 del 10 de septiembre de 2004. Debemos recordar que el Parque Nacional Yasuní cumple con los requisitos para ser establecido como tal⁵⁹. Además se

⁵⁷ Siglas para Unión Mundial para la Naturaleza.

⁵⁸ Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica. *Policy Paper No. 30*. Suiza: UICN, 1996, p. 17

⁵⁹ Ley Forestal y de Conservación de Aéreas Naturales y Vida Silvestre. Artículo 107. Registro Oficial Suplemento 418 del 10 de septiembre de 2004, vid. Acuerdo Ministerial 322 del Registro Oficial 69 del 20 de noviembre de 1979. Un Parque Nacional se compone de: “1. Uno o varios ecosistemas, comprendidos dentro de un mínimo de 10.000 hectáreas”; “2.- Diversidad de especies de flora y fauna,

lo considera como un Patrimonio Nacional de Áreas Naturales⁶⁰. Frente al ITT tomamos en consideración a los artículos 68 y 75, que por su implicación jurídica son relevantes al caso. Con especial atención debemos resaltar que se prohíbe ocupar las tierras del patrimonio de áreas naturales del Estado y alterar o dañar la demarcación de las unidades de manejo u ocasionar deterioro de los recursos naturales en ellas existentes. Además establece la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre que “se prohíbe contaminar el medio ambiente terrestre o atentar contra la vida silvestre, terrestre, acuática o aérea, existente en las unidades de manejo”.

1.1.3.4 Acuerdos, Resoluciones Ministeriales y Decretos Ejecutivos

Los Acuerdos, Resoluciones Ministeriales y Decretos Ejecutivos son de vital importancia en este estudio, puesto que, a pesar de tener menor jerarquía que otras normas superiores como la Constitución, delimitan el marco jurídico aplicable al caso Yasuní ITT. Recordemos que el Parque Nacional Yasuní fue declarado como Parque Nacional el 20 de noviembre de 1979 mediante el Acuerdo Ministerial 332 publicado en el R. O. No 69 de 20 de noviembre de 1979.⁶¹ O que dentro del Parque Nacional Yasuní existe un territorio Huaorani para los pueblos en aislamiento voluntario o PAV gracias al Decreto Ejecutivo 552 promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 121 del 02 de febrero de 1999. Igualmente el Decreto Ejecutivo 2187 publicado en el Registro Oficial 1 del 16 de enero de 2007 da la categoría más importante del Parque Nacional Yasuní y establece que se lo declara como una “Zona Intangible de conservación vedada a perpetuidad a todo tipo de actividad extractiva, las tierras de habitación y desarrollo de los grupos Huaorani conocidos como Tagaeri, Taromenane y otros eventuales que permanecen sin contacto”. Este mismo Decreto Ejecutivo 2187 delimita el Parque Nacional Yasuní como una zona que alcanza aproximadamente 700.000

rasgos geológicos y hábitats de importancia para la ciencia, la educación y la recreación”; y, “3.- Mantenimiento del área en su condición natural, para la preservación de los rasgos ecológicos, estéticos y culturales, siendo prohibida cualquier explotación u ocupación”

⁶⁰ El conjunto de áreas silvestres que por sus características escénicas y ecológicas, están destinadas a salvaguardar y conservar en su estado natural la flora y fauna silvestres, y producir otros bienes y servicios que permitan al país, mantener un adecuado equilibrio del medio ambiente y para recreación y esparcimiento de la población.

⁶¹ Acuerdo Ministerial 322. Registro Oficial 69 del 20 de noviembre de 1979.

hectáreas.⁶² Pero, también es importante, tomar de nuevo en cuenta, al Decreto Ejecutivo 552 puesto que además de hacer referencia al Acuerdo Ministerial 191 del Registro Oficial 408 del 02 de abril de 1990 que establece la delimitación del Parque Nacional Yasuní, lo declara como zona de intangibilidad en 1999. Como podemos ver, las resoluciones o actos de los gobiernos de turno han establecido diferentes directrices para el actual conflicto normativo en la actividad extractiva del Parque Nacional Yasuní.

1.1.3 La Iniciativa ITT

El Presidente del Ecuador, Rafael Correa anunció en 2007, ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el compromiso del país para mantener indefinidamente inexploradas las reservas de 846 millones de barriles de petróleo en el campo ITT (Ishpingo-Tambococha-Tiputini), equivalentes al 20% de las reservas del país, localizadas en el Parque Nacional Yasuní en la Amazonía ecuatoriana.⁶³

La preservación y futura protección jurídica del Parque Nacional Yasuní la encontramos en la Iniciativa ITT promulgada en el Registro Oficial 119 del 29 de enero de 2010. En ella se dispone que la Iniciativa Yasuní ITT “no es sólo un proyecto de conservación ecológica sino sobre todo una apuesta ética por un modelo de desarrollo sostenible y por el cambio de la matriz energética del Ecuador y la región”⁶⁴.

La Iniciativa ITT⁶⁵ busca preservar el patrimonio natural del Parque Nacional Yasuní a cambio de una contribución importante de la comunidad internacional. Esta Iniciativa fue ratificada por la Asamblea Nacional el 20 de enero 2010 y resuelve lo siguiente:

Ratificar el respaldo a la iniciativa Yasuní-ITT, en la línea de la resolución aprobada por esta Asamblea Nacional el pasado 8 de diciembre del 2009, a través de la cual se exhortó a la comunidad internacional, a las organizaciones de la sociedad civil, a las empresas con responsabilidad social y ambiental y, en general, a todos los ciudadanos del mundo a contribuir con el Fondo Fiduciario Internacional que se cree para el mantenimiento bajo tierra de las reservas del campo ITT; y por tanto, hacer un llamado

⁶² Decreto Ejecutivo 2187. Registro Oficial 1 del 16 de enero de 2007.

⁶³ Yasuní ITT, Crea un Nuevo Mundo. <http://yasuni-itt.gob.ec/%C2%BFque-es-la-iniciativa-yasuni-itt/> (acceso 11/04/12)

⁶⁴ Iniciativa ITT. Registro Oficial 119 del 29 de enero de 2010.

⁶⁵ Iniciativa ITT. Registro Oficial 119 del 29 de enero de 2010

al Gobierno Nacional a continuar con la negociación soberana de la iniciativa Yasuní - ITT, en defensa y respeto de la naturaleza y la biodiversidad.

Como podemos observar, dentro de esta Iniciativa sobre el ITT se pretende establecer un fideicomiso controlado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Este fideicomiso regulado por las Naciones Unidas tiene “cuatro fines estipulados”⁶⁶: transformación de la matriz energética desarrollando el potencial de fuentes alternas de energía disponibles en el país, conservación de las áreas protegidas y prevención de deforestación (incluye a la zona de amortiguamiento), reforestación y promoción del desarrollo social sustentable, particularmente en la misma Amazonía. Estos fines se conseguirán a través de la Ventana de Fondo de Capital y de la Ventana de Fondo de Rentas⁶⁷.

1.1.4 Derechos de la Naturaleza como Sujeto de Derechos frente al Conflicto Normativo en el Parque Nacional Yasuní

Es necesario tomar en consideración el avance que significó dotar a la naturaleza con la calidad de un sujeto de derechos. La tesis de la naturaleza como sujeto de derechos fue planteada por el Profesor Christopher Stone en 1972 en su célebre ensayo “Should Trees Have Standing”. Stone escribió este ensayo a propósito del debate jurídico de tomar en consideración a la naturaleza como a un sujeto de derechos⁶⁸. Estas ideas se acoplan igualmente con “la propuesta jurídica y política para defender el medio ambiente mediante el derecho que se articula a partir de 1972”⁶⁹ y donde “los países del mundo asumen una posición común frente al deterioro de la naturaleza”⁷⁰ y “declaran con entereza el reconocimiento de que las actividades humanas son las principales causantes del desequilibrio ambiental, celebrándose bajo los auspicios de las Naciones Unidas la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano”⁷¹. Esta orientación

⁶⁶Fondo de Fideicomiso, Términos de Referencia. 28 de julio de 2010. <http://yasuni-itt.gob.ec/download/documentos/5.pdf>, vid. Esperanza Martínez y Alberto Acosta. *ITT – Yasuní entre el Petróleo y la Vida A modo de Prólogo, ¡Basta a la explotación de petróleo en la Amazonía!* Universidad Politécnica Salesiana. Quito: Abya Yala, 2010, p. 23.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Christopher D. Stone. *Should Trees Have Standing, Toward Legal Rights for Natural Objects*. California: 1972, pp. 306-312.

⁶⁹ Ricardo Crespo Plaza. *Perspectivas Futuras del Derecho Ambiental*. Revista Jurisdictio de Diciembre 2003, Año III No 7. Quito, pp. 12-25.

⁷⁰ Christopher D. Stone. *Should Trees Have Standing, Toward Legal Rights for Natural Objects*. *Óp. cit.*, pp. 306-312.

⁷¹ Ricardo Crespo Plaza. *Perspectivas Futuras del Derecho Ambiental*. *Óp. cit.*, pp. 12-25.

antropocéntrica de la naturaleza busca dar el carácter de sujeto de derecho a la naturaleza. Christopher Stone y Godofredo Stutzin “proponen otorgar derechos a la naturaleza legitimando su acceso a la justicia en función de sus propios intereses”⁷². Christopher D. Stone, en el ya mencionado artículo “Should Trees Have Standing”, busca establecer los derechos de la naturaleza como un sujeto y no como un objeto como producto de un famoso caso de la jurisprudencia ambiental norteamericana. Nos referimos al famoso caso entre la organización ecologista Sierra Club que se opuso a la construcción de un parque de Walt Disney dentro del Mineral King Valley. Respecto a este caso Ricardo Crespo dice que:

“La organización ecologista Sierra Club se opuso a la construcción de un parque de diversiones Disney que intentó construirse dentro, famoso por los centenarios árboles secuoyas. El título del ensayo de Stone fue Should Trees have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects, es decir Los árboles por sus propios derechos pueden tener acceso a los tribunales? Hacia un reconocimiento de derechos a los objetos naturales. Stone argumentó que el derecho evolucionó hasta reconocer como sujetos de derecho a los niños, mujeres, esclavos, personas de raza negra y que en el mundo del derecho existen sujetos de derecho inanimados como las personas jurídicas a las que hemos reconocido derechos. Pone un ejemplo cuando dice que en las sociedades esclavistas el esclavo que sufre un daño no puede reclamar justicia sino en la medida que ésta interese a su dueño y hasta el límite del daño económico que dicho daño sea imputable al dueño, pero una vez que deja de ser esclavo éste actúa por su propia iniciativa y lo que reclama es la reparación de su propio perjuicio (daño material y moral). Igual cosa sucede con los árboles del Mineral King Valley, por la construcción del parque de diversiones Disney, la organización Sierra Club no era la afectada sino los propios árboles secuoyas”.

¿Qué derechos se pueden establecer dentro del caso ITT? ¿Pueden los árboles por sus propios derechos tener acceso a los tribunales? La visión de Stone es claramente aplicable a la actividad extractiva dentro del Parque Nacional Yasuní. Por otro lado, Godofredo Stutzin, en su artículo, “Un Imperativo Ecológico: Reconocer los Derechos de la Naturaleza”, afirma que: “Reconocer a la naturaleza como una entidad dotada de derechos es jurídicamente posible, tiene en cuenta una situación real y responde a una necesidad práctica”⁷³. También nos explica Stutzin que:

Hoy día, sin embargo, he llegado a la conclusión de que el reconocimiento de los derechos de la naturaleza constituye un imperativo, una verdadera *conditio sine qua non*, para estructurar un auténtico Derecho Ecológico capaz de frenar el acelerado proceso de destrucción de la biosfera. La plena incorporación de la naturaleza al

⁷² Christopher D. Stone. *Should Trees Have Standing, Toward Legal Rights for Natural Objects*. *Óp. cit.*, pp. 306-312.

⁷³ Un Imperativo Ecológico. <http://www.opsur.org.ar/blog/wp-content/uploads/2010/10/imperativo-ecologico.pdf> (acceso 08/05/2012), p. 97.

Derecho en calidad de sujeto se logrará, sin duda, sólo en forma paulatina; por de pronto, basta con establecerla como una meta que ha de señalar el rumbo que debemos seguir⁷⁴.

La existencia real de la naturaleza constituye un antecedente favorable, pero no indispensable para que el Derecho Ecológico la reconozca como persona jurídica. Si sus intereses son dignos de recibir protección jurídica y, por consiguiente, convertirse en derechos, debido a que de esta manera se pueden cumplir mejor los fines de justicia y bien público que el Derecho persigue, nada obsta a que éste confiera a la naturaleza la calidad de sujeto de derechos y, por ende, la de persona jurídica, aun en el caso de que ella no tuviere existencia real, sino que fuera una mera ficción jurídica⁷⁵.

El tratadista chileno Godofredo Stutzin igualmente señala que existen determinados beneficios jurídicos del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos⁷⁶. Uno de los principales dispone que “se debe equilibrar la balanza y ponderar debidamente las necesidades de la biósfera frente a las pretensiones de la tecnosfera”⁷⁷ y que “la naturaleza debe ser parte interesada en los conflictos ambientales para que asuma en nombre propio la defensa del mundo natural”⁷⁸. Además existe el lineamiento de que “el desequilibrio de la balanza biosfera vs. Tecnosfera produce que no solamente la naturaleza pierda, sino la propia humanidad cuyos intereses coinciden con la biósfera por mucho que queramos creer lo contrario”⁷⁹. Ricardo Crespo citando a François Ost afirma al respecto que:

La actual crisis ambiental se produce porque lo que está en crisis es nuestra representación de la naturaleza y nuestra relación con ella, aparte de otros signos de la crisis ecológica como la extinción de especies, la deforestación, el cambio climático y la contaminación. Esta relación crítica es denominada por Ost como la crisis del vínculo y del límite porque por un lado pretendemos personificar a la naturaleza como sujeto de derechos y por otro prevalece la noción de la naturaleza como objeto del derecho⁸⁰.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Id.*, p.104.

⁷⁶ Ricardo Crespo Plaza. *Perspectivas Futuras del Derecho Ambiental*. Revista Jurisdictio de Diciembre 2003, Año III No 7. Quito, pp. 12-25.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Id.*, p.21

1.1.5 La Intangibilidad del Parque Nacional Yasuní.

El artículo 397 numeral 4 de la Constitución dispone:

Artículo 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. 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 que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

4. Asegurar 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.

El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado.

La autora Raquel Gutiérrez Nájera, en su libro *Introducción al Estudio del Derecho Ambiental*, opina jurídicamente que:

Las áreas naturales protegidas surgen como una de las opciones mediante las cuales se pueden conciliar los aspectos del desarrollo, con el uso del suelo y los recursos naturales que en él existen, de tal manera que con el manejo adecuado de las áreas silvestres se puede sostener el desarrollo y a la vez cumplir con la gran responsabilidad de cuidar el patrimonio de la humanidad⁸¹.

Con similares ideas el autor Eduardo Pigretti, en su libro *Derecho Ambiental*, afirma que:

Como se sabe, la preocupación por las condiciones de vida del hombre, en el planeta que habita, es en realidad de reciente data, si la consideramos como el esfuerzo interdisciplinario mediante el cual se intenta lograr que la vida humana se desarrolle en un estado de perfecta salud, y dentro del mayor bienestar físico y mental posible, para el conjunto de seres vivos que habitamos la *biósfera*, esa delgada capa que circunda el planeta Tierra y dentro de la cual se dan las condiciones de vida necesarias para el nacimiento y desarrollo de las especies naturales⁸².

⁸¹ Raquel Gutiérrez Nájera. *Introducción al Estudio del Derecho Ambiental*. Segunda Edición. México: Porrúa, 1999, p.52.

⁸² Eduardo Pigretti. *Derecho Ambiental. Óp. Cit.*, p. 45.

La intangibilidad según el artículo de Mario Melo⁸³, establece que la intangibilidad afecta no solo a los recursos naturales, sino también a los pueblos en aislamiento voluntario que habitan dentro del Parque Nacional Yasuní. Según Mario Melo la “zona intangible de conservación es una creación jurídica hecha a través de los decretos presidenciales números 551 y 552 de 1999”⁸⁴. El mismo autor afirma que:

El término “intangible” generalmente es interpretado de acuerdo al bien jurídico que se quiere proteger. Se ha referido como intangible tanto los bienes culturales inmateriales, como, en el caso ecuatoriano, las áreas geográficas donde se veda la ejecución de actividades extractivas.⁸⁵

Respecto a la intangibilidad de los pueblos en aislamiento voluntario o PAV dentro del Parque Nacional Yasuní, Melo afirma sobre los Tagaeri y Taromenane que:

La definición jurídica de territorio indígena comprende “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera.” No siempre el territorio de un pueblo indígena corresponde a los límites identificados por el Estado. Esto es aplicable al caso de los pueblos nómadas, como los Tagaeri y Taromenane.⁸⁶

Igualmente es necesario tomar en consideración que:

Los principios que deben guiar la acción del Estado ecuatoriano respecto a la protección de los pueblos Tagaeri y Taromenane, según el documento de la política nacional, son; intangibilidad (la prohibición de cualquier actividad que ponga en peligro La supervivencia de estos pueblos)⁸⁷.

Y respecto de los Huaorani que: “Los límites establecidos por el Decreto 2187 abarcan parte de las tierras reconocidas por el Estado, en 1992, a la nacionalidad Huaorani”⁸⁸. La intangibilidad de los recursos naturales en áreas protegidas, hace referencia a:

La protección constitucional de los intereses del Estado sobre los recursos del subsuelo en forma de patrimonio inalienable está relacionada con el concepto de “soberanía permanente sobre los recursos naturales” (SPRN)⁸⁹, un concepto que “emana de las

⁸³ Mario Melo. *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo UNDP “Proyecto Conservación y Manejo Sostenible del Patrimonio Natural y Cultural de la Reserva de Biósfera Yasuní”*. Consultoría Para El Estudio De Los Aspectos Jurídico Constitucionales De La Propuesta ITT. Marzo, 2009, pp. 1-34

⁸⁴ *Id.*, p. 4

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Id.*, p. 6

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ “El principio de la SPRN apareció por primera vez en el sistema normativo de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 626 (VII) de 1952, que establece que: El derecho de los pueblos disponer y explotar su riqueza natural es inherente a su soberanía y conforme a los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”, vid. *Derecho a Explotar Librementemente las Riquezas y Recursos Naturales*, GA Res. 626 (VII), UNDoc. A/2119 (1952).

relaciones entre empresas multinacionales de extracción de recursos y los Estados que las reciben”⁹⁰, reflejando el conflicto histórico entre países que importan y países que exportan capitales respecto a la intervención estatal sobre la propiedad privada⁹¹.

Aunque la intangibilidad no corresponde al concepto de inalienabilidad, Mario Melo hace un análisis al respecto y afirma que: “La inalienabilidad del derecho de propiedad sobre los recursos del subsuelo refleja la noción de la soberanía permanente sobre los recursos naturales”. Además que “es la soberanía del Estado – y no los recursos del subsuelo – lo que es inalienable, y por lo tanto no puede ser convertida en mercancía”. La inalienabilidad de los derechos sobre los recursos del subsuelo protege la libertad del Estado de actuar en beneficio del pueblo ecuatoriano ante la comunidad internacional. El Parque Nacional Yasuní puede ser visto como esta mercancía inalienable del Estado y protegido mediante el principio ambiental de la intangibilidad.

Por otro lado, es muy importante recalcar la postura de Melo sobre el artículo 408 contrarrestándolo con la SPRN. El autor afirma que:

Al interpretar el artículo 408 de la Constitución bajo las premisas de la SPRN, la propiedad de los recursos del subsuelo presenta dos características: (I) es un derecho ejercido frente a la comunidad internacional; y (II) es un deber del Estado con el pueblo ecuatoriano. La doble caracterización de este principio (soberanía y autodeterminación) está expresada por medio de la propiedad inalienable (un derecho que protege el estado de la influencia de actores externos) y el interés público (como un deber de proteger los intereses del pueblo del Ecuador)⁹².

Finalmente, terminaremos el análisis de la intangibilidad afirmando que la Constitución de 2008 protege jurídicamente a la intangibilidad, especialmente de los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario y los proteger bajo la figura de etnocidio⁹³. El artículo 57 de la Constitución de 2008 dispone:

Artículo 57, numeral 21, inciso segundo.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

⁹⁰ Emeka Duruigbo. *Permanent Sovereignty and Peoples' Ownership of Natural Resources in International Law*. Washington: Geo. Wash. Int'l L. Rev, 2006 p. 44.

⁹¹ *Id.*, p. 7.

⁹² *Id.*, p. 9.

⁹³ *Id.*, p. 13.

1.1.6 El Dilema frente a la Explotación Petrolera en el Parque Nacional Yasuní.

En el corazón amazónico del Ecuador, bajo los pies de los pueblos ancestrales huaorani, por encima de la Zona Intangible y dentro de la Reserva de Biósfera del Parque Nacional Yasuní, se encuentra un tesoro útil pero peligroso: el petróleo. Existe una lucha entre el poder económico de los recursos naturales no renovables y la preservación de la naturaleza. Debido a esta constante batalla, se inició la iniciativa Yasuní ITT (Ishpingo, Tambococha y Tiputini), que analizamos previamente y que busca preservar este patrimonio natural de la humanidad a cambio de una contribución económica importante de la comunidad internacional. Dentro de esta iniciativa, se aceptó como primera opción el dejar el crudo represado en tierra, a fin de no afectar un área de extraordinaria biodiversidad y no poner en riesgo la existencia de varios pueblos en aislamiento voluntario o pueblos no contactados. Esta medida será considerada por el Estado ecuatoriano, siempre y cuando, la comunidad internacional entregue al menos la mitad de los recursos que se generarían si se opta por la explotación del petróleo; recursos que requiere la economía del Ecuador para su desarrollo. Dentro del dilema frente a la explotación de sus recursos naturales, el Yasuní ITT no debe ser explotado patrimonialmente, entre otras razones, porque se vulneran los derechos humanos y colectivos, se afecta a la biodiversidad y los derechos de la naturaleza y contribuye al cambio climático.

“De cualquier forma, de manera tradicional, el hombre occidental no se ha considerado parte del ambiente sino su señor que endilga derechos de dominio sobre los mismos.”⁹⁴

El petróleo, como medio para satisfacer las necesidades energéticas de la humanidad, no puede establecerse claramente si ha sido un amigo o más bien un enemigo. Jurídicamente, su utilización, ha generado más bien un problema ambiental que una solución. Un ejemplo latente es el Yasuní ITT.

Con estos antecedentes cabe aquí analizar el Principio de Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas según lo dispuso la Declaración de Río de 1992, en su

⁹⁴ Enrique Santander Mejía. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Bogotá: ECOE Ediciones, 2002, p. 31

Principio Número 7, dado que la iniciativa ITT pretende obtener fondos entre otros de los países industrializados para conservar el ITT Yasuní. Este Principio dispone lo siguiente:

PRINCIPIO 7.- Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.

Recordemos que el fideicomiso controlado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) busca que cada Estado aporte en base a PIB⁹⁵. Las contribuciones por este fideicomiso dependen del PIB de cada Estado y se esperaba por ejemplo una contribución anual de 2983,2 millones de dólares por parte de Estados Unidos, 671,5 millones de dólares por parte de Alemania, 3,8 millones de dólares por parte de Islandia, etc. Es decir, se aplica el Principio de Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas, en tanto en cuanto, los países desarrollados reconozcan la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible. Según Mario Aguilera Bravo y Mercedes Cándor Salazar, en su artículo “La iniciativa Yasuní ITT como Materialización de los Derechos de la Naturaleza”⁹⁶ nos explican al respecto que:

La sociedad civil a nivel nacional e internacional ha empezado a reclamar mayores espacios de participación, y como no, de decisión respecto a los paradigmas de desarrollo que alteran sus condiciones ambientales de existencia, en un contexto en el que el proceso de destrucción de la naturaleza se ha profundizado y aparece como irreversible, lo que amenaza a la humanidad.

El sentimiento jurídico de la preocupación humana por su propia supervivencia se manifiesta en el Principio 7 de la Declaración de Rio de 1992. Ahora dependerá únicamente del reconocimiento de cada Estado dentro de la Comunidad Internacional el mantener bajo tierra el crudo y no emitir más de 400 millones de toneladas de CO2. El Principio de Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas se aplica

⁹⁵ Ver Anexo 3

⁹⁶ Mario Aguilera Bravo y Mercedes Cándor Salazar, en su artículo “La iniciativa Yasuní ITT como Materialización de los Derechos de la Naturaleza”. Quito: Programa Andino de Derechos Humanos, p. 77

proporcionalmente al aporte voluntario de cada nación en preservar a la Reserva de Biósfera del Parque Nacional Yasuní. Por su lado Stutzin afirma que:

Mientras siga siendo meramente un bien, la naturaleza estará subordinada a los intereses utilitarios del hombre y su valor se medirá con la vara de estos intereses que, por muy generales y amplios que sean, siempre reflejan de alguna manera las tendencias propias de la tecnósfera, reñidas básicamente con las necesidades de la biósfera. De "interés jurídicamente protegido" en el sentido de "bien jurídico" (según la definición de Maurach), objeto de la norma jurídica, la naturaleza debe convertirse en sujeto del "interés jurídicamente protegido" en el sentido de "derecho" (según la definición de Ihering) para que la norma pueda realizar su función de promover la justicia ecológica.⁹⁷

1.2 La Tensión entre Ecología y Economía

Godofredo Stutzin afirma que:

Mientras que, por un lado, el hombre contemporáneo se ha alejado de la naturaleza, por el otro, ha logrado acercarse a ella merced a un mejor conocimiento y una mejor comprensión de su modo de ser y de actuar. Frente al enfoque económico del mundo natural como de una simple acumulación de recursos explotables, ha surgido la visión ecológica de la naturaleza como de una entidad universal infinitamente compleja e interrelacionada en todos sus aspectos, firmemente estructurada y organizada, esencialmente dinámica y en constante desarrollo.⁹⁸

Por otro lado, De Alba y Reyes afirman lo siguiente:

Para entender la realidad actual de la explotación petrolera en áreas protegidas hay que partir de la premisa, aún no resuelta, que se refiere a la tensión entre ecología y economía y por ende al dilema entre crecimiento económico de corto plazo y la conservación ambiental y el desarrollo sustentable.

El Parque Nacional Yasuní enfrenta un problema jurídico basado en un conflicto humano reciente: La tensión latente entre la ecología y la economía. Este fenómeno jurídico, punto base de nuestro análisis se traduce en la voluntad del Estado en explotar o preservar las reservas de crudo del Ecuador bajo tierra. Ya vimos que con la Iniciativa ITT se busca preservar a esta Reserva de Biósfera, ahora que factores meta jurídicos e intereses económicos sociales impulsen al Estado a explotar sus recursos naturales. Esta tensión económica - ecológica es analizada profundamente en un análisis realizado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Este documento destaca "las diferencias entre la economía neoclásica-monetarista y la

⁹⁷ Un Imperativo Ecológico. <http://www.opsur.org.ar/blog/wp-content/uploads/2010/10/imperativo-ecologico.pdf>

⁹⁸ *Id.*, p.102

denominada economía ecológica, en sus formas de considerar el medio ambiente⁹⁹. Además, establece el estudio del CEPAL lo siguiente:

Las decisiones políticas para orientar el desarrollo se han seguido tomando casi exclusivamente en función de indicadores económicos a pesar de los indudables avances y toma de conciencia en materia de valorización de recursos naturales y medio ambiente. Lamentablemente las ciencias económicas están solo recientemente incorporando métodos para poder valorizar una serie de elementos y recursos naturales.¹⁰⁰

El conflicto dentro del Parque Nacional Yasuní es evidente al observar los intereses del Estado frente al ITT. El mismo documento de la CEPAL señala que “la teoría que sustenta la economía ecológica internaliza plenamente las restricciones ambientales”¹⁰¹; pero que “presenta lamentablemente serias limitaciones prácticas para convertirlas en políticas públicas (tal como el escaso conocimiento del comportamiento de ecosistemas)”¹⁰². Lo más importante es recalcar que “mientras no se pueda operativizar los conceptos de economía ecológica en las tomas de decisión seguirá prevaleciendo la economía tradicional”¹⁰³. La pregunta que debemos plantearnos ahora es si se aplica un sistema de economía ecológica o tradicional al explotar una Reserva de Biósfera. Lo que está claro es que al explotar los recursos del ITT se adopta más una visión económica tradicional o clásica que una visión de economía ecológica.

⁹⁹ CEPAL. *Economía y Ecología: Dos Ciencias y una Responsabilidad Frente a la Naturaleza*. 1994, pp. 1-24

¹⁰⁰ *Id.*, pp. 9 y 10

¹⁰¹ *Id.*, p. 3

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

1.2.1 La Economía y los Derechos Ambientales de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

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.¹⁰⁴

La degradación del medioambiente está fuertemente relacionada con el desarrollo social. La actividad del hombre tiene cada vez más a rebosar la capacidad del sistema dónde se desenvuelve, comprometiendo la existencia de elementos esenciales del mismo y afectando seriamente las propias condiciones del ser humano.¹⁰⁵

Este es uno de los temas fundamentales y estructurales del estudio del conflicto de normas frente a la explotación de los recursos naturales. Recordemos nuevamente lo que prescribe el artículo 1 de la Constitución. Establece en primer lugar que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Que se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. Además afirma que “la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”. ¿El poder del pueblo y el interés público manejan o no a las instituciones ambientales protegidas en la Carta Política? O, en su caso, ¿las decisiones políticas las toma una élite del poder ajena al interés público? Por último señala el artículo 1 de la Constitución de Montecristi de 2008 que “los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible. El ambientalista Luis Fernando Durango, en su libro *Medio Ambiente y Licencias Ambientales*, cita a Librado Rodríguez respecto al patrimonio público. Librado Rodríguez nos da tres conceptos sobre el patrimonio público y afirma que son el dominio eminente, el dominio público y el dominio privado¹⁰⁶. El dominio eminente que “es un poder que tiene el Estado sobre la totalidad de su territorio de su jurisdicción con fundamento en su soberanía”¹⁰⁷. El segundo es el dominio público que está constituido por “aquellos bienes en los cuales se manifiesta una propiedad del Estado

¹⁰⁴ Constitución de la República del Ecuador de 2008. Artículo 317. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁰⁵ Luis Fernando Durango. *Medio Ambiente y Licencias Ambientales*. Bogotá: Leyer, 2000, p. 7.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

que se caracterizan por la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad”¹⁰⁸. En tercer y último lugar tenemos al dominio privado del Estado que está compuesto por “todos aquellos bienes que pertenecen a las personas públicas y que no reúnen las condiciones para hacer parte del dominio público y se rigen por el derecho privado”¹⁰⁹. Además asegura Luis Fernando Durango que “lógicamente queda excluido el territorio que es parte del dominio eminente”¹¹⁰. Como podemos ver, el Yasuní ITT se enmarca dentro del dominio público que se rige bajo las normas soberanas del dominio eminente. ¿Pero al conceder a una empresa la licencia ambiental de extracción de hidrocarburos en una zona intangible del patrimonio natural nacional no cedemos el dominio eminente y público y lo hacemos de alguna forma del dominio privado? Lamentablemente las operaciones previas en la Amazonia, como por ejemplo el precedente de Texaco, ha dejado al ser humano con un mal sabor al referirse a explotación petrolera en Zonas Intangibles o Reservas de Biósfera como un patrimonio pulmonar de la humanidad.

Como ejemplo vamos a tomar en cuenta al poder que se ejerce en las empresas privadas como un impacto positivo o negativo en el derecho. Para esto debemos preguntarnos, ¿tiene el poder una influencia positiva o negativa en el derecho ambiental tomando en cuenta factores meta jurídicos como la economía y las necesidades básicas humanas? Para responder a esta interrogante vamos a decir que el poder económico es un factor influyente en el cumplimiento de normas respecto de las necesidades básicas del ser humano. Debemos mencionar, en este punto, a la máxima que propone el siguiente principio:

“A mayor tecnología menor impacto ambiental, empero a mayor necesidad de desarrollo menor evolución tecnológica para utilización de recursos limitados”.

El poder económico ejerce una fuerza invisible sobre la aplicación positiva y negativa de normas jurídicas en el Estado. Nos encontramos enmarcados en disposiciones ambientales locales, nacionales, regionales, internacionales y como último aporte del derecho encontramos las disposiciones comunitarias. Al poder lo vamos a considerar como un factor metajurídico. El poder económico es una parte esencial de la

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Id.*, p. 8

¹¹⁰ *Id.*, P. 9

cúspide del poder de C. Wright Mills en cuanto maneja a la sociedad en una directiva directa al desarrollo social.

El capítulo quinto dentro del Régimen de Desarrollo de la Constitución de Montecristi de 2008 habla sobre los sectores estratégicos, los servicios y las empresas públicas, en su sección quinta hace referencia a los intercambios económicos y el comercio justo. Al respecto el artículo 335 establece que “el Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos”. Por otra parte en su segundo inciso prescribe que el Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”. ¿Es el Yasuní ITT un bien colectivo o público? Empero si hablamos de la biósfera no nos queda la menor duda al responder que es un bien colectivo y no público. ¿Qué efecto económico tienen los recursos no renovables como el petróleo en nuestra conciencia humana que busca que prevalezcan los derechos de la naturaleza sobre los intereses económicos de determinados sectores particulares o de élites de poder? El altruismo¹¹¹ debe primar sobre el egoísmo y el bienestar común sobre el interés patrimonial particular.

Dentro del Título VII, del mismo Régimen de Desarrollo de la Constitución de Montecristi de 2008 del párrafo anterior, prescribe en su artículo 275 que “el régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay. ¿Qué entendemos por Buen Vivir? ¿Qué el Sumak Kawsay? ¿Se ve afectado o beneficiado el Régimen de Desarrollo de la Constitución de 2008 con el poder económico cómo un factor meta jurídico que afecta el incumplimiento directo de las normas medioambientales? Tomemos en cuenta el inciso segundo del artículo 275 de la Constitución de 2008, dentro de este Régimen de Desarrollo, que dispone que “el Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en

¹¹¹ Aun sacrificando el bienestar propio se busca el bien común y la supervivencia de la comunidad internacional.

la Constitución”. Recordemos que uno de los objetivos ambientales de la Constitución de 2008 es el de preservar el derecho a la integralidad de la naturaleza no el crecimiento integral de las cuentas bancarias de los sujetos activos o explotadores de los recursos naturales no renovables como actividad patrimonial. El mismo artículo 275 establece que esta planificación “propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente”. ¿Es equidad social intervenir en el ecosistema de los pueblos en aislamiento voluntario dentro del Parque Nacional Yasuní? ¿Es equidad territorial explotar patrimonialmente una zona intangible, una reserva de biósfera dentro del territorio eterno y perpetuo Huaorani? Finalmente el artículo 275 establece que “el buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza. ¿Podemos ver claramente el fenómeno del conflicto jurídico ambiental y constitucional al explotar patrimonialmente a la naturaleza? Terminaremos con una idea de Luis Fernando Durango que afirma lo siguiente: “El proceso de desarrollo económico implica utilización de recursos, generación de desechos y desperdicios, desplazamiento de la población, y actividades productivas, que junto a la falta de educación y cultura respecto del medioambiente, y otros procesos que alteran el ecosistema, afecta con su dinámica de diversas maneras la biósfera, y con ello el propio desarrollo, generando nuevas condiciones para el progreso.”¹¹²

1.2.2 Explotación versus Conservación.

“El ambiente es un conjunto interrelacionado de componentes de la naturaleza y de cultura que dan fisionomía a la vida en el planeta, que posibilitan la subsistencia de la civilización, y que aseguran la conservación del hombre y de los demás seres vivos como especies.”¹¹³

¹¹² Luis Fernando Durango. *Medio Ambiente y Licencias Ambientales*, Óp. cit., p. 9.

¹¹³ Juan Augusto Méndez. *La Constitución Nacional y el Medio Ambiente*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pp. 25 y 26.

La clave de nuestra investigación, ahora que hemos analizado todos los elementos jurídicos y principios ambientales básicos, es el conflicto que encontramos en la explotación versus la conservación. ¿Podemos satisfacer las necesidades básicas humanas del siglo XXI sin el petróleo? ¿Podemos afrontar nuestro futuro con otras energías renovables que no manejen el dólar? ¿Podemos evolucionar culturalmente, científicamente y jurídicamente para desprendernos del uso desmedido de recursos naturales no renovables que afecten a la homeostasis del planeta? ¿Podemos medir estos efectos de la conservación frente a la explotación irracional de los hidrocarburos en reservas de biósfera? Una de las razones primordiales por la cual no se debería explotar el Yasuní ITT, es porque pone en peligro la biodiversidad del Parque Nacional Yasuní como una reserva de biósfera. Según estudios especializados y generosamente proporcionados por la Tiputini Biodiversity Station dentro del Parque Nacional Yasuní en una visita investigativa: “El Yasuní ITT constituye solo un 0,15% de la Amazonía; sin embargo, en el habitan el 28% de especies de anfibios, el 33% de especies de los reptiles, el 34% de especies de los pájaros, el 33% de los mamíferos, el 16% de las especies de peces y el 10 % de las especies de plantas de toda la Amazonía”¹¹⁴. Para explotar las reservas de petróleo se necesita talar árboles, como consecuencia, conlleva a que miles de especies de insectos pierdan su hábitat y desaparezcan de la reserva de biósfera. Esto altera indudablemente la cadena alimenticia de todo el ecosistema. Muchos animales como el jaguar y el oso hormiguero se encuentran en peligro de extinción. La construcción de la vía Maxus, facilita el contrabando de carne exótica y muchos primates, como el mono araña, sufren las consecuencias de la codicia humana por dinero. En general la intrusión del ser humano en este medio, altera la homeostasis ecológica. Raquel Gutiérrez Nájera nos dice al respecto que “para caracterizar las áreas silvestres, diremos que estas son territorios de tierra y agua, apenas tocados por el hombre moderno, o que han sido abandonados y han vuelto a su estado natural.”¹¹⁵

El artículo 276, numeral 4 de la Constitución de 2008 establece que el régimen de desarrollo tendrá como objetivo el “recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso

¹¹⁴ Bass MS, Finer M, Jenkins CN, Kreft H, Cisneros-Heredia DF, et al., *Global Conservation Significance of Ecuador's Yasuni National Park*. PLoS ONE 5(1): e8767. doi:10.1371/journal.pone.0008767, 2010.

¹¹⁵ Raquel Gutiérrez Nájera. *Introducción al Estudio del Derecho Ambiental*. Óp. cit., p. 52.

equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural”. Por otro lado, el artículo 277, numeral 1 de la Constitución de 2008 prescribe que para la consecución del Buen Vivir es un deber general del Estado el “garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza”. Como podemos analizar, el texto constitucional es completamente pro natura, pro derechos de la Pacha Mama bajo el régimen del Buen Vivir. Se busca en la Constitución de 2008 más la Conservación que la Explotación.

Es más, la misma política económica, regulada en el artículo 284 de la Constitución de 2008 establece objetivos como el asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional, el incentivar la producción nacional, la productividad y la competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional, el asegurar la soberanía alimentaria y energética, el promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas, el lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural, el impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales, el mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo, el propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes, y por último, el impulsar un consumo social y ambientalmente responsable. Muchos de estos objetivos se encaminan más a conseguir finalidades económicas y otros indudablemente más a la protección de los derechos de la naturaleza. No podemos afirmar entonces que la política económica del Estado, recogida en el artículo 284 de la Constitución de 2008 busque más la Conservación que la Explotación aunque exista una gran afinidad por la naturaleza y sus normas medioambientales.

Otra figura muy importante para entender el fenómeno de la Conservación frente a la Explotación se encuentra legislada en el artículo 290 de la Constitución de Montecristi de 2008. Este artículo prescribe que el endeudamiento público se sujetará a las determinadas regulaciones. Tomaremos en consideración los numerales 1 y 2 para nuestro análisis. El numeral 1 del artículo 290 de la Constitución de 2008 prescribe que

“se recurrirá al endeudamiento público solo cuando los ingresos fiscales y los recursos provenientes de cooperación internacional sean insuficientes”. ¿Cuándo los recursos provenientes de cooperación internacional sean insuficientes tiene el Estado la facultad constitucional de endeudarse? ¿Puede explotar el Yasuní ITT? Por otro lado el numeral 2 del artículo 290 de la Constitución de 2008 dispone que “se velará para que el endeudamiento público no afecte a la soberanía, los derechos, el buen vivir y la preservación de la naturaleza” ¿Nos encontramos frente al fenómeno de la Conservación o de la Explotación dentro de las facultades del endeudamiento público del Estado? ¿Cómo afecta este a los derechos de la naturaleza? Recordemos el artículo 395 de la Constitución de 2008 que reconoce el principio ambiental que dispone 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.” ¿Busca la Constitución de Montecristi de 2008 la Conservación o la Explotación de los recursos naturales?

1.2.3 El Derecho Ambiental en el Derecho Económico con enfoques Constitucionales.

El estudio de la CEPAL sobre Economía y Ecología: Dos Ciencias y una Responsabilidad frente a la Naturaleza nos enseña que:

De hecho la relación entre economía y ecología, llevado al plano político-económico, es una de las principales preocupaciones para internalizar el tema ambiental en los procesos de toma de decisiones para orientar el desarrollo sustentable.

Por otro lado, Eduardo Pigretti afirma que:

Mientras el “desastre ecológico” no existió, los malos usos de la naturaleza no fueron advertidos, ni por la técnica ni por la política, ni por el derecho. Y los principios de propiedad establecidos fueron eficientes para regular el uso (y también el mal uso) de los bienes naturales¹¹⁶.

Desde la Conferencia de Estocolmo de 1972 sobre el Medio Humano hasta la Cumbre de la Tierra celebrada en Rio de Janeiro en 1992; desde Rio de Janeiro a la Cumbre Mundial de Johannesburgo en el 2002 sobre el Desarrollo Sostenible; desde

¹¹⁶ Eduardo Pigretti. *Derecho Ambiental. Óp. cit.*, p. 53.

Johannesburgo al Protocolo de Kioto de 1997 sobre el Cambio Climático; de Kioto hasta la Cumbre del Clima de Copenhague de 2009; de Copenhague hasta la Cumbre sobre el Cambio Climático de Cancún de 2011, podemos observar la enorme preocupación del ser humano con miras al futuro del estado actual del medio ambiente a nivel mundial. Esta sensación global manifestada por el derecho en convenios internacionales se debe al efecto jurídico de la relación entre el derecho y la economía. El Ecuador manifiesta esta preocupación dentro de su texto constitucional y en otras leyes y normas de menor jerarquía. La función del derecho ambiental es la de proteger el patrimonio ambiental en el Ecuador y en el mundo entero frente a los deseos incontrolables de una creciente economía a gran escala. El Ecuador es uno de los países que ha ratificado casi todos los convenios ambientales que se han presentado sobre la mesa. Por un lado, el Ecuador parece un poco apresurado en la materia de firma de tratados pero por otro goza de un abanico jurídico ambiental internacional que abarca casi todas las áreas. Empero, a pesar de todas las herramientas legales ambientales vigentes continuamos explotando irracionalmente a la naturaleza en todas las regiones del país. Desde las represas hidroeléctricas que dejarán sin agua los deltas, a la minería en miras de un crecimiento enorme, a la explotación continúa del Parque Nacional Yasuní. El comportamiento de las autoridades no nos deja otra opción que afirmar irremediablemente que existe el incumplimiento de las normas ambiental nacionales e internacionales o universales frente a la explotación de los recursos naturales. Pero, este fenómeno no es tan sólo local, el problema es que es un fenómeno global y con repercusiones ambientales gigantescas. En la antigüedad, los griegos y romanos daban gran importancia a la naturaleza y a los beneficios que esta les podía dar, nuestros indígenas a lo largo de la historia han vivido de los beneficios que les da la naturaleza, esto demuestra que este valor que representa el medio ambiente es en verdad importante para la subsistencia de la humanidad. Por esta razón durante ya muchos años, se han dado un sinnúmero de esfuerzos por preservar a la naturaleza por medio de acuerdos que tienen carácter internacional. Los puntos fundamentales de todos los tratados y cartas internacionales sobre materia ambiental se pueden sintetizar en tres: el reconocimiento al derecho humano al ambiente limpio, el ambiente es un patrimonio común de la humanidad y el reconocimiento del ambiente como un valor intrínseco que implica respeto independientemente de las necesidades transitorias del hombre¹¹⁷. La

¹¹⁷ Sandra Casabene. *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente, Nociones Fundamentales sobre el Derecho del Medio Ambiente*. Tomo 1. Colombia: Universidad del Externado de Colombia, 2000.

Convención de Ginebra del año 1925 es el primer tratado internacional que se conoce que tiene carácter proyectivo del medio ambiente. Aunque directamente no tiene como fin la protección ambiental, el hecho de que sea una prohibición del uso de armas químicas y bacteriológicas en la guerra, hace que tenga también carácter ambiental. Es el principio de una concientización ambiental ya que evita que se usen este tipo de armas que son dañinas para el medio ambiente.

Eduardo Pigretti recalca en relación del derecho ambiental y el derecho económico que “el presidente de los Estados Unidos de América, George Bush, definió en un discurso llevado a cabo el 27 de junio de 1990, en la capital de la nación americana, lo que se dio a llamar “Iniciativa de las Américas”¹¹⁸. En este discurso le pidió públicamente al secretario de Hacienda Mr. Brady que efectuara una revisión de la política de los Estados Unidos hacia América Latina y el Caribe. Se buscaba que exista un intercambio de las deudas internacionales por medidas del medio ambiente. Lucrecia Lozano por su parte afirma sobre la deuda y el medio ambiente que “un aspecto interesante de la IPA¹¹⁹ es la conjugación que plantea entre los distintos ámbitos de las relaciones económicas -deuda, inversión y comercio- con preocupaciones de carácter social global, como las referidas a los problemas de protección del medio ambiente en la región. Así, el programa de reducción de la deuda autorizado por el Congreso acuerda que los pagos de la deuda reducida se destinarán a fondos para proyectos ambientales.”¹²⁰ Por otro lado Jorge Bustamante Alsina nos explica al respecto que “el medio ambiente constituye hoy en día una gran preocupación no solamente en los países ricos o desarrollados, sino también en los países pobres que padecen el subdesarrollo o la marginación.”¹²¹ Más adelante en su análisis en Derecho Ambiental, Fundamentación y Normativa nos enseña que “no obstante que los intereses políticos y económicos de las naciones más poderosas del mundo, pusieron coto al impulso solidario de las iniciativas que buscan armonizar programas universales de defensa del medio ambiente.”¹²²

¹¹⁸ Eduardo Pigretti. *Derecho Ambiental. Óp. cit.*, p. 189.

¹¹⁹ Siglas para “Iniciativa para las Américas”.

¹²⁰ Lucrecia Lozano. Centro de Estudios Latinoamericanos - CELA, México: UNAM. Fuente PDF: http://www.nuso.org/upload/articulos/2241_1.pdf (acceso 03/04/2012)

¹²¹ Jorge Bustamante Alsina. *Derecho Ambiental, Fundamentación y Normativa*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1995, p. 19.

¹²² *Id.*, p. 26.

Como podemos analizar existe una gran relación entre el derecho ambiental y el derecho económico. En la explotación de los recursos naturales, y en el fenómeno jurídico del cumplimiento o del incumplimiento de las normas ambientales, es importantísimo entender esta relación jurídica. A pesar de ser contrarios los intereses de sus aristas deben convivir armónicamente y pacíficamente para no vulnerar los derechos humanos y colectivos de los pueblos de la tierra. Cuando los derechos de carácter económico se basan en intereses particulares y egoístas y no en un altruismo ambiental recaemos en la esfera jurídica del incumplimiento de las normas ambientales. Por otro lado, al buscar el cumplimiento del derecho ambiental se puede igualmente vulnerar los derechos colectivos al no poder satisfacer las necesidades humanas básicas. El reto de la humanidad es encontrar un equilibrio pacífico entre estos dos fuertísimos contrapesos que coexisten en el mundo.

1.2.4 Dificultad de separar a la Economía de los Derechos de la Naturaleza

Uno de los principales enemigos de la conservación sustentable del medio ambiente siempre ha sido el desarrollo económico de un país. El Ecuador no es una excepción y constituye un campo de importante aplicación constitucional en materia ambiental. El derecho ambiental es una balanza de contrapesos entre el desarrollo sustentable de un modelo económico progresista y el uso apropiado de recursos económicos limitados. Nuestra Constitución de 2008 no deja un vacío legal en esta materia y propone mediante determinadas políticas económicas, medioambientales y fiscales la consecución de un medio ambiente limpio basado en un desarrollo sustentable. Este constituye un verdadero avance para la protección de la naturaleza en el Ecuador. Para la consecución del Buen Vivir, a las personas y a las colectividades, y sus diversas formas organizativas el artículo 274 de la Constitución de Montecristi de 2008 del Ecuador dispone que se debe producir, intercambiar y consumir bienes y servicios con responsabilidad social y ambiental. Por otro lado la política económica, que analizamos previamente, se encuentra regulada en el artículo 284 de la Constitución de Montecristi de 2008 y prescribe entre uno de sus objetivos que se encuentra en su numeral 9 el impulsar un consumo social y ambientalmente responsable.

En el siguiente precepto, el artículo 275 de la Constitución de 2008, se habla sobre la política fiscal y dispone en su numeral 3 que se tendrá entre uno de sus objetivos específicos la generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables. El artículo 288 de la Constitución de 2008 manda que las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Después, el artículo 291 de la Constitución de 2008 prescribe que se realizarán análisis financieros, sociales y ambientales previos del impacto de los proyectos que impliquen endeudamiento público, para determinar su posible financiación. Más adelante, en el artículo 306 de la Constitución de 2008, se declara que el Estado promoverá las exportaciones ambientalmente responsables, con preferencia de aquellas que generen mayor empleo y valor agregado, y en particular las exportaciones de los pequeños y medianos productores y del sector artesanal.

Podemos analizar de estos preceptos constitucionales, que en materia económica se han implementado avances de carácter ambiental ya que no existe una separación entre la materia económica y el derecho ambiental. Recordemos que la constitución de 1978 tan solo tiene dos artículos sobre la regulación ambiental y separa los intereses económicos de los ambientales. Es un progreso legislativo importante que debería poder llegar a tener una importante aplicación en el Ecuador y en el mundo entero. Ahora el problema lo encontramos en la eficiencia y no solo en la vigencia de estos preceptos de tan precioso fin. ¿Se cumple en realidad este matrimonio económico ambiental que protege la legislación al explotar patrimonialmente a la naturaleza?

1.2.5 El Sistema Estratégico del Estado y el Derecho Ambiental

Respecto al Sistema Estratégico del Estado, Efraín Pérez afirma lo siguiente:

La denominación de “sectores estratégicos” surge en el Derecho Constitucional ecuatoriano en la Ley Suprema de 1979, sin llegar a definirse, pero con ejemplos que contemplan actividades económicas de magnitud, relacionadas con el aprovechamiento del dominio público del Estado y los grandes servicios públicos. El texto constitucional específicamente reservaba para el manejo estatal las “empresas estratégicas definidas por ley”, de “propiedad exclusiva del Estado”; que es un concepto que se excluye en la reforma y codificación constitucional de 1998.

La Constitución actual, de 2008, amplía la frontera conceptual de lo considerado estratégico, abarcando las *actividades y bienes* “que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social”¹²³.

Otra actividad que tiene repercusiones en el análisis del derecho ambiental frente a la maquinaria económica es sorprendentemente el sistema estratégico del Estado. Se encuentra regulado en el artículo 308 de la Constitución de Montecristi de 2008 y dispone que las actividades financieras intermediarán de forma eficiente los recursos captados para fortalecer la inversión productiva nacional, y el consumo social y ambientalmente responsable. Por otro lado, se decreta en el artículo 313 de la Constitución de Montecristi de 2008 sobre los sectores estratégicos, servicios y empresas públicas y, otra vez, defendiendo al derecho ambiental dispone que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. ¿Vemos la relación con otros principios ambientales? Esto es muy importante para la aplicación de todos los tratados internacionales que el Ecuador ha venido coleccionando y que hasta ahora no han tenido un soporte de marco constitucional.

Luego y siempre con la sorpresa de que los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo son facultades del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Además se consideran sectores estratégicos como la energía y los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley. La Constitución de Montecristi de 2008 regula materias que nunca habían sido incorporadas por ningún texto legal constitucional en el Ecuador. Para reafirmar todo lo expuesto tenemos que analizar el importante artículo 315 de la Constitución de Montecristi de 2008 que prescribe que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

¹²³ Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental. *Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano frente a la Constitución Vigente*. Quito: CEDA, 2010, p.8

A modo de resumen podemos decir que en este aspecto es donde mejor se han plasmado las ideas constitucionales de la conservación del medio ambiente por lo que tenemos que decir que este aspecto existe un avance en materia ambiental al ser la primera vez que existe un matrimonio entre las operaciones comerciales mercantiles protegiendo el desarrollo de un ambiente soberano. La pregunta es si estos preceptos se aplican en la realidad, especialmente dentro de la explotación estratégica del Parque Nacional Yasuní.

1.2.6 Los Límites Legales Constitucionales frente a la Actividad Extractiva en el Yasuní ITT.

La Constitución de 2008 permite, por excepción la explotación de petróleo en el Yasuní según el artículo 407, cabe aquí analizar los elementos de la excepción señalada por dicho artículo como es el interés nacional frente a los límites legales impuestos por el interés público de conservación de la biodiversidad y la intangibilidad de las áreas protegidas según el artículo 397 numeral 4 y el artículo 400 de la misma Constitución. Según los estudios del CEDA, es muy importante lo siguiente:

En el caso de explotación de recursos no renovables en áreas protegidas y zonas intangibles no puede decidir cualquier autoridad administrativa, puesto que la propia Constitución faculta exclusivamente al Presidente de la República para iniciar un proceso de excepción bajo petición a la Asamblea Nacional. En todo caso, solo una vez realizada la consulta a las comunidades potencialmente afectadas puede el Presidente proseguir con la petición referida en el artículo 407, puesto que la facultad de realizar esta petición no elimina el derecho constitucional a la consulta de aquellas comunidades¹²⁴.

Se trata entonces de un sistema económico subordinado a y en función de la realización de los derechos de personas y colectividades (desarrollo humano), los cuales son componentes centrales del principio del buen vivir. Las diversas formas de organización económica (privada, pública, comunitaria, etc.) deben entonces orientarse a estos objetivos, propios del Estado Social; y, en consecuencia, la viabilidad constitucional de explotación de recursos naturales puede ir, conforme a los grados y tipos de impacto ambiental, desde el aprovechamiento sustentable (art 74) hasta la prohibición absoluta

¹²⁴ Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental. *Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano frente a la Constitución Vigente. Óp. cit.*, p.22

de toda actividad económica en zonas intangibles habitadas por pueblos indígenas en aislamiento voluntario (art 57-21)¹²⁵.

Pero no únicamente el concepto de zona intangible y de áreas protegidas consta solo a nivel infra constitucional, sino que la propia creación y delimitación de estas áreas se realiza mediante decretos ejecutivos e incluso mediante acuerdos ministeriales. Ello deriva en la práctica en la ineficacia y violación de las normas constitucionales, puesto que fácilmente mediante modificaciones discrecionales a los límites de las zonas protegidas pueden ignorarse los objetivos de preservación ambiental y cultural a los que apuntan las normas constitucionales. Esta práctica implica también violaciones formales a la Constitución, puesto que, al afectar tales delimitaciones a derechos constitucionales, opera necesariamente la reserva de ley orgánica establecida en los artículos 132 y 133 de la Carta Fundamental.

El jurista Diego Pérez Ordoñez determina que la Carta Política es una norma jurídica reguladora del poder¹²⁶. Pero, ¿los límites ambientales se cumplen frente a los derechos de la naturaleza o se perseveran los derechos económicos dentro de la actividad extractiva en áreas protegidas? En el caso del Yasuní ITT, obviamente, se deben obedecer los límites legales del artículo 407 de la Constitución de 2008. La Carta Política, que regula el poder, afirma Pérez, no puede ser válida ahí donde exista un divorcio o separación de la Constitución con la realidad política y que muy pocas veces tendrá vigencia o muy difícilmente logrará tenerla. En este caso existe un divorcio entre la realidad política y la Constitución de 2008 al explotar patrimonialmente el Yasuní ITT sin la autorización del pueblo. Los límites jurídicos de la explotación de los recursos naturales en áreas protegidas no pueden verse menoscabados por puros impulsos económicos sociales latentes. En este caso se vulnera plenamente con la normativa medio ambiental. Agustín Grijalva afirma al respecto que:

Las limitaciones constitucionales a la soberanía se ejemplifican claramente en el caso de la prohibición de explotación de recursos naturales no renovables en zonas protegidas e intangibles. Aunque la Constitución autoriza excepcionalmente el desarrollo de actividades extractivas en estas áreas, la Carta Fundamental establece rigurosos estándares y procedimientos que aseguren la validez constitucional formal y material de una decisión de las autoridades públicas en este sentido. En todo caso, estos actos de autoridades públicas, al igual que toda norma, están sujetos a control constitucional previo y posterior a su adopción¹²⁷.

¹²⁵ *Id.*, p.19

¹²⁶ Diego Pérez Ordoñez. *Temas de Derecho Constitucional*. USFQ. Quito: Ediciones Legales, 2003.

¹²⁷ Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental. *Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano frente a la Constitución Vigente*. *Óp. cit.*, p.18.

1.2.7 La Explotación del Yasuní ITT y la Soberanía Popular.

“En primer lugar, si el poder debe considerarse como un universal social, en teoría del poder es necesario tomar el sistema de referencia, es decir, a la sociedad, como fundamento.”¹²⁸

Es imposible pensar en la práctica de una democracia absoluta o absolutamente directa, es por eso que necesariamente se debe utilizar a la democracia representativa para llevar el poder por medio de la voluntad soberana. En el caso de los bienes jurídicos medioambientales como el Yasuní ITT la Constitución de 2008 establece que al explotar sus recursos no renovables se deberá someter la decisión a consulta popular. Es el pueblo quién tiene la última palabra en el caso de la explotar patrimonialmente sus recursos subterráneos. Pero, ¿qué pasa con estas decisiones si se da un manejo político caudillista o populista que manejen las decisiones ambientales bajo intereses políticos y económicos? ¿Puede ser el pueblo el responsable de las decisiones ambientales? Según la Constitución de 2008 el poder ambiental recae en última instancia en el pueblo aunque existen contradicciones. ¿Debe la Asamblea llevar a consulta popular la decisión de explotar el Yasuní ITT “si estima conveniente”¹²⁹ o se debe respetar lo dispuesto por la normativa constitucional ambiental¹³⁰? ¿Qué norma constitucional prevalece? ¿El artículo 407 o el artículo 398 de la Constitución de Montecristi de 2008? El artículo 147, numeral 14 de la Constitución de Montecristi de 2008, por su parte dispone que son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República: “Convocar a consulta popular en los casos y con los requisitos previstos en la Constitución”. Por su lado, el artículo 57, numeral 7 de la Constitución de Montecristi de 2008 reconoce y

¹²⁸ Niklas Luhmann, *Poder*. Barcelona: Anthopos, 1995, p. 137.

¹²⁹ Constitución de la República del Ecuador de 2008. Artículo 407. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008 prescribe que: “Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

¹³⁰ Constitución de la República del Ecuador de 2008. Artículo 398. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008 establece que: “Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley”.

garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

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.

Pero, para poder entender bien el Poder en el Pueblo y la Constitución de 2008, debemos entender mejor el fenómeno de la democracia relacionado con el fenómeno del cumplimiento o del incumplimiento de las normas jurídicas medio ambientales. Debe existir un sistema de elecciones que lleve a cabo la representación democrática y política que, como consecuencia conlleva la toma de decisiones. Estas decisiones: ¿Son ambientales o dirigidas por el poder político? ¿Qué interés prevalece en la explotación patrimonial de los recursos naturales? No podemos tomar todas las decisiones todos los días sobre todos los temas entre todos los habitantes del planeta tierra, en especial las de materia medio ambiental. De aquí el nacimiento de la democracia representativa de un Estado ¿pero representan nuestros intereses patrimoniales o ambientales al decidir sobre el futuro natural y medio ambiental de la humanidad? ¿Funciona la democracia representativa del pueblo en el cumplimiento de los derechos ambientales? ¿Se aplican estos derechos dentro de la explotación del Yasuní ITT? Los ciudadanos, según el artículo 23 de la Constitución de España “tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”. Como bien nos enseña Pérez Royo, el derecho de participación es el vínculo entre el derecho de autodeterminación política de cada individuo y el derecho de autodeterminación de la sociedad.¹³¹ ¿Prevalece el derecho de los ciudadanos o la voluntad política del ejecutivo o del poder legislativo en la explotación de un parque nacional o de una Reserva de Biósfera? ¿Permite esto el efectivo cumplimiento de las normas ambientales de la Constitución de 2008 frente a la explotación del Yasuní ITT? El autor español nos explica que para poder ser elegidos

¹³¹ Javier Pérez Royo. *Curso de Derecho Constitucional*. Octava Edición. Madrid: Marcial Pons, 2002.

los ciudadanos existen dos vertientes, una pasiva y otra activa. ¿Permiten estas vertientes algún cambio dentro de la aplicación de los derechos de la naturaleza o es la voluntad particular la que prima en el conflicto de derechos? Además, dice que es necesario que exista un principio de mérito y capacidad. ¿Puede existir algún mérito para tomar decisiones ambientales como la de explotar el Parque Nacional Yasuní o recae en la formación propia y particular del individuo? ¿Se pueden proteger de esta manera los derechos colectivos de la humanidad? Recordemos que dentro de la división de poderes de un Estado tradicional de espíritu francés, existen los poderes Ejecutivo, Legislativo y otro que es el Judicial que no cumpliría una función de elección popular sino tan sólo de una naturaleza meramente administrativa. El autor nos explica que los derechos de participación política son un vínculo entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución y que los términos del antes mencionado artículo 23, según Pérez Royo, se refieren a la manifestación de una voluntad, a la ejecución de la misma y a la aplicación en los casos individuales. Para esto vamos a citar lo que nos explica de la siguiente manera. La manifestación de voluntad del Estado tiene que ser la voluntad política de la sociedad constituida a través de la manifestación individualizada de cada ciudadano mediante el ejercicio del derecho de sufragio. De aquí nace la idea del autor de que las Cortes Generales que son elegidas por los ciudadanos es el órgano que expresa en régimen de monopolio la voluntad del Estado, el órgano que hace la ley, el que manifiesta la voluntad general. Bajo estos parámetros de organización política ¿Se cumplen los deseos de la mayoría de la ciudadanía al explotar la naturaleza y sus recursos naturales? ¿Se pueden cumplir de alguna manera en el deseo colectivo de preservar el Yasuní ITT? Parecería ser que la única opción es una Consulta Popular soberana para que sea el mismo pueblo quien tome la decisión sobre la explotación ambiental de los recursos naturales del Parque Nacional Yasuní. ¿Se cumplen con los derechos de la naturaleza y con la voluntad de los representados de mantener los recursos en una Zona Intangible a pesar de una decisión popular soberana de explotar el Yasuní ITT? De aquí el nacimiento del fenómeno jurídico del incumplimiento de las normas ambientales entre la relación jurídica existente entre los representados o mandantes, el representado o mandatario y los derechos de la naturaleza bajo los intereses patrimoniales del Estado.

En cualquier caso, se decida por voluntad popular soberana mantener o explotar los recursos no renovables del Parque Nacional Yasuní, existe una vulneración directa

de los derechos constitucionales de la naturaleza si se extraen los yacimientos del ITT. La voluntad soberana no equivale al cumplimiento de las normas ambientales, aún peor si es manejada políticamente y no por los principios rectores del derecho y de la justicia. Recordemos a Niklas Luhmann que habla en este caso sobre la relevancia del poder para la sociedad y que nos explica que “los métodos de comunicación simbólicamente generalizados tienen un sistema de referencia necesario: la sociedad, y también en esto se compara con el lenguaje.”¹³² En este caso podríamos incurrir en la idea de que mediante un lenguaje determinado y con cierta influencia de los métodos de comunicación puede conllevar a la gente a entregar un mandato popular a una persona. ¿Se puede manipular el lenguaje de una consulta popular para que parezca del todo legítimo explotar patrimonialmente al Yasuní ITT? Muchas veces en esta situación de transformación del poder podemos incurrir en el fenómeno social de un populismo desenfrenado. A esto lo denominaremos como el poder del pueblo exacerbado y no a un verdadero poder que radica en el pueblo. Otra expresión de Niklas Luhmann es que “las formas más desarrolladas de la institucionalización de los códigos de los medios sólo son concebibles si las operaciones selectivas de los procesos dirigidos por los medios (si no la selección del propio código) son visibles socialmente.”¹³³ ¿Qué diferencia existe entre la cultura multimediática de la Iniciativa Yasuní ITT y el discurso también multimediático de la posible explotación del Yasuní ITT?

Pero, ¿no prescribe acaso, el inciso tercero del artículo 1 de la Constitución de Montecristi de 2008, que los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible? Como podemos analizar, se puede repartir los beneficios de la explotación patrimonial del medio ambiente entre las empresas privadas pero no en las empresas públicas. ¿Cuál es la razón de esta división tan tajante y permisiva? Es, sin lugar a dudas, un precedente del fenómeno jurídico del incumplimiento de las normas ambientales frente a la explotación patrimonial de los recursos no renovables.

El poder del pueblo, en conclusión, se ve afectado por la explotación patrimonial de la naturaleza. Existen limitaciones al poder del pueblo para hacer cumplir con los derechos de Gaia o Pacha Mama. Los derechos humanos de la colectividad se ven afectados por las decisiones democráticas y representativas de sus propios mandatarios.

¹³² Niklas Luhmann. *Poder*. Barcelona: Anthropos, 1995, p. 127.

¹³³ *Id.*, p. 115.

El poder proteger a la naturaleza mediante el derecho ambiental radica en el poder soberano del pueblo, siempre y cuando, no se base en un sistema populista y desmesurado. Este poder soberano del pueblo no puede verse doblegado por influencias externas, dónde el lenguaje mediático de Niklas Luhmann, el código normativo y político, no se vea afectado por otros factores meta jurídicos como la economía que incumplan con los preceptos medio ambientales vigentes. Pero la pregunta universal es: ¿Cómo satisfacemos las necesidades básicas humanas sin menoscabar los derechos de la naturaleza?

1.3 La Evaluación de Impacto Ambiental en el Yasuní ITT en el Caso de su Explotación

El estudio de la FLACSO sobre el “Yasuní en el siglo XXI, El Estado ecuatoriano y la Conservación de la Amazonía” nos explica que:

Hasta que el actual conflicto legal y político de admitir o no actividades petroleras en áreas protegidas esté resuelto, la única herramienta preventiva para regular el riesgo de la actividad petrolera en áreas protegidas es la evaluación de impacto ambiental. El proceso de evaluación de impacto ambiental – y los estudios de impacto ambiental y planes de manejo que son el resultado de dicho proceso – son los más importantes instrumentos administrativos para aplicar mecanismos de prevención ambiental, que se exige a las empresas petroleras para ingresar a un ecosistema frágil¹³⁴.

No se avizora a corto plazo ninguna política estatal que privilegie la conservación y el uso sustentable de la biodiversidad en las áreas protegidas, ni que descarte la actividad petrolera por los riesgos e impactos ambientales que esta produce”¹³⁵.

Ahora frente al fenómeno de la explotación frente a la conservación que vulnera la esfera del cumplimiento de las normas ambientales es necesario entender la necesidad de una verdadera, auténtica y real evaluación del impacto ambiental que se produce dentro del Parque Nacional Yasuní al explotar el ITT. Claudia Florencia Valls nos explica que:

¹³⁴ Guillaume Fontaine e Iván Narváez. *Yasuni en el siglo XXI, El Estado ecuatoriano y la Conservación de la Amazonía*. Quito: FLACSO, pp. 224 y 225

¹³⁵ *Id.*, p. 207

La Declaración de Impacto Ambiental es el informe que emana de la autoridad ambiental y que pone fin al proceso de la Evaluación. Se emite en base al Estudio del Impacto aportado por el titular del proyecto o promotor, a las alegaciones y sugerencias resultantes del proceso de información pública, a las consultas institucionales y a los estudios realizados por la propia administración.¹³⁶

En este caso, el promotor, el sujeto activo dentro de la relación jurídica con la naturaleza, el que tiene un deseo patrimonial sobre el Yasuní ITT puede proponer, sin lugar a equivocarse, un estudio completamente favorable a sus pretensiones. Dichos estudios y documentos pueden afectar irremediablemente la vulneración de los derechos ambientales de la naturaleza a pesar de estar disfrazados de ser completamente coherentes, lógicos y razonables. ¿Puede plantear un explotador de recursos naturales hechos y datos que lo expongan públicamente como un posible contaminador afectador de todos los principios y derechos constitucionales de Montecristi? ¿Si la declaración de impacto ambiental es negativa que ocurre con una posible licencia ambiental si la voluntad popular afirma la explotación del Yasuní ITT? ¿Cómo se puede cuantificar el daño al Yasuní ITT? Siguiendo las ideas de Néstor Caferatta, citando a Jorge Bustamante Alsina, sobre el daño ambiental debemos tomar en consideración lo siguiente:

Es necesario precisar que el daño ambiental se configura cuando la degradación de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico adquieren cierta gravedad que excede los niveles guía de calidad, estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que la convivencia impone necesariamente.¹³⁷

La Ley de Gestión Ambiental promulgada en su Glosario de Definiciones que la Evaluación de Impacto Ambiental es:

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 intermedias¹³⁸.

¹³⁶ Claudia Florencia Valls. *Impacto Ambiental*. Buenos Aires – Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2002, 2007, p. 20.

¹³⁷ Jorge Bustamante Alsina. *El Daño Ambiental y las Vías Procesales de Acceso a la Jurisdicción*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1996, p. 896

¹³⁸ Ley de Gestión Ambiental. Glosario de Definiciones. Registro Oficial Suplemento 418 del 10 de septiembre de 2004.

Ricardo Crespo, respecto de la Ley de Gestión Ambiental afirma lo siguiente:

Actualmente, la conducción de operaciones hidrocarburíferas dentro del parque Yasuní se relaciona con la posibilidad prevista en la norma del artículo 6 de la Ley de gestión ambiental, el cual establece que – por excepción y por interés nacional, previo un estudio de factibilidad económico y de evaluación de impactos ambientales – se podrán realizar actividades hidrocarburíferas dentro de las áreas protegidas del Estado y en ecosistemas frágiles¹³⁹.

En este caso hablamos de una Reserva de Biósfera con una de las mayores biodiversidades del planeta tierra. Medir técnicamente el impacto ambiental que la misma Ley de Gestión Ambiental lo define como “estudios técnicos que proporcionan antecedentes para la predicción e identificación de los impactos ambientales”¹⁴⁰ para describir “las medidas para prevenir, controlar, mitigar y compensar las alteraciones ambientales significativas”¹⁴¹ es del todo radical e imposible. Más bien es la propia historia, nuestra propia experiencia, el empirismo lo que nos puede demostrar los efectos catastróficos que conllevan la explotación irresponsable del medio natural. Jurídicamente el fenómeno jurídico es el incumplimiento de las normas ambientales por una parte y la ineficacia de las normas ambientales por otro.

Lucía Gomis Catalá en su libro *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente* nos explica que “debemos decir que el daño colectivo ambiental o ecológico ocurre cuando el ambiente aparece degradado más allá de lo tolerable, producto de la acción u omisión de uno o más sujetos”¹⁴². En este caso, en la explotación del Yasuní ITT, si no se cuenta con un estudio real y fehaciente del impacto ambiental local y mundial de la explotación de una de las Reservas de Biósfera de la Unesco, no podemos pensar si quiera en plantearnos como seres humanos la idea de un “daño colectivo ambiental”¹⁴³

¹³⁹ Guillaume Fontaine e Iván Narváez. *Yasuní en el siglo XXI, El Estado ecuatoriano y la Conservación de la Amazonía*. Quito: FLACSO, p. 216

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Lucía Gomis Catalá. *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*. Madrid: Aranzadi Editorial, 1998. p. 76

¹⁴³ *Ibid.*

1.3.1 El Derecho Ambiental y las Empresas Privadas

“En otro sentido, también es una rama interdisciplinaria del Derecho. Así, por su carácter sistemático y tutelar de los intereses, se halla en íntima relación con el Derecho Público – tanto administrativo como sancionador- y por su énfasis preventivo constituye un capítulo importante del Derecho Privado.”¹⁴⁴

La profesora de la Universidad de Buenos Aires, Claudia Florencia Valls opina que “quienes realizan actividades que dañan el medio ambiente tienden a ampararse en la clandestinidad, el ocultamiento, el enmascaramiento y la retinencia. Ello dificulta tanto la atribución de responsabilidad jurídica como la toma de decisiones políticas y administrativas” y que “hasta la decisión empresarial se ve entorpecida por la falta de información confiable y fehaciente.”¹⁴⁵ Como vimos anteriormente, es necesario un examen previo a la explotación de los recursos naturales pero el problema es que estos pueden ser manipulados en beneficio de los intereses particulares o del Estado. Luis Fernando Durango afirma que “la evaluación del impacto ambiental es el procedimiento administrativo encaminado a identificar, predecir, valorar, comunicar y prevenir los impactos de un proyecto, plan o acción sobre el medio ambiente.”¹⁴⁶ ¿Existe una verdadera, sincera y honesta evaluación en la explotación de los recursos no renovables en reservas naturales? De ser así, posiblemente no existiría el fenómeno jurídico del incumplimiento de las normas ambientales, y tampoco esta investigación sobre el conflicto al explotar los recursos naturales. Cualquier forma de vida natural es única y la humanidad al ser parte de la naturaleza, depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas ambientales que son la fuente de energía de su propia subsistencia. Es importante reconocer, como los griegos, al ser humano y al medio ambiente como uno sólo, y que el uno no puede vivir si es que el otro se ve afectado o violentado. Ahora que la actividad empresarial del hombre puede perjudicar enormemente a la naturaleza en su actividad económica diaria, en la operación de las empresas privadas.

¹⁴⁴ Galo Leoro Franco, Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador y Miembro del Comité Jurídico Interamericano. *El Proceso Tendiente a un Derecho Ambiental de las Américas, Ministerio de Relaciones Exteriores, Documento de Posición Conjunta de los Países Amazónicos con Miras a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*. Manaus: 10 de febrero de 1992, p. 37.

¹⁴⁵ Claudia Florencia Valls. *Impacto Ambiental*. *Óp. cit.*, p. 16.

¹⁴⁶ *Id.*, p. 19.

Antes de aventurarnos en el estudio de las empresas privadas y el derecho ambiental tomemos en cuenta el concepto de desarrollo sostenible de Luis Fernando Durango. Afirma el autor que “el desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.”¹⁴⁷ Piensa Luis Fernando Durango que se debe poner atención en las necesidades de los más pobres del mundo y se debe imponer limitaciones impuestas gracias a la tecnología. Es verdad que existe una preocupación colectiva sobre los problemas económicos humanos y sobre todo de la gente más pobre del mundo; pero, ¿cómo satisfacemos las necesidades básicas humanas sin la operación de las empresas privadas dentro de la economía y sin explotar patrimonialmente a la naturaleza tratando de protegerla a través de un sinnúmero de tratados y normas ambientales? Ricardo Herrera Carillo nos explica que “el paradigma de la justicia ambiental no consiste en contar con una abundante legislación, sino en comprender que ese precepto de la función ecológica de la propiedad, junto con el desarrollo sostenible y del derecho a gozar de un medioambiente sano, no tan solo formalidades o externalidades exigibles a unos cuantos, sino que, por el contrario, hacen parte de la nueva cultura y de una nueva forma de vida y el bienestar de las generaciones futuras.”¹⁴⁸ Esa nueva forma de vida proviene del hombre, de su entelequia ambiental, hacia su pueblo y de su nación al mundo entero.

La relación entre el tema ambiental y los acuerdos comerciales, como hemos analizado extensivamente en esta investigación, entró en discusión entre los años setentas y noventas del siglo XX. Mientras existía un despegue espacial en la economía y la productividad, el sacrificio que hacía la naturaleza a su favor también crecía. Los ecosistemas se redujeron simultáneamente con las especies que habitan en ellos. Fue el deseo del siglo XX destruir el planeta y es meta del siglo XXI reconstruirlo y protegerlo. Igualmente, como efecto del boom económico acompañado de la creciente población mundial se empezó reducirse el ecosistema dónde se encontraban las especies. En miras de la exportación, la importación y el consumo humano, se encontró un gravísimo problema humano, se desequilibró el planeta gracias a un desbalance

¹⁴⁷ Luis Fernando Durango. *Medio Ambiente y Licencias Ambientales*. Bogotá: Leyer, 2000, p. 13.

¹⁴⁸ Ricardo Herrera Carillo. *Justicia Ambiental, las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente, Jornadas Internacionales en Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 23 y 24.

ecosistémico provocado por la industria. Luis Fernando Durango nos explica al respecto que:

El proceso de desarrollo económico implica utilización de recursos, generación de desechos y desperdicios desplazamiento de la población, y actividades productivas, que junto a la falta de educación y cultura respecto del medioambiente, y otros procesos que alteran el ecosistema, afecta con su dinámica de diversas maneras la biosfera, y con ello el propio desarrollo, generando nuevas condiciones para el progreso¹⁴⁹.

Galo Leoro Franco haciendo referencia a la situación especial de los países en vías de desarrollo afirma que “el problema ambiental en el mundo no se presenta en términos iguales ni para las regiones ni para los Estados, en particular. Pero, además de ello, no son los mismos problemas para los países en vías de desarrollo que para los países desarrollados, ni menos en las posibilidades financieras para solucionarlos.”¹⁵⁰ La legislación ecuatoriana al respecto señala que se debe conformar las delegaciones nacionales que tratarán estos temas en foros internacionales¹⁵¹. Eduardo Pigretti por su parte indica que “el deterioro del medio ambiente compromete hoy seriamente la calidad de vida de las generaciones actuales –y hasta la propia subsistencia de las generaciones futuras- en caso de mantenerse la tendencia progresiva a la destrucción de la biósfera.”¹⁵² Pero ¿esta destrucción de la biósfera y demás instrumentos análogos es culpa de los seres humanos particulares, de las empresas privadas o de los Estados? La respuesta a este problema sólo tiene un origen: la recta razón humana.

El Convenio de Biodiversidad Biológica que se firma el 5 de Junio de 1992 en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil dentro de la Conferencia de Medio Ambiente de las Naciones Unidas. El Ecuador por su parte, ratificó este convenio por Decreto Ejecutivo el 16 de Marzo de 1993. Es importante recalcar lo que nos indica Natalia Arias Rendón que afirma que el “Convenio de Biodiversidad Biológica, reconoce la soberanía de los estados sobre la biodiversidad asentada en su territorio¹⁵³. Los valores fundamentales del Convenio de Biodiversidad Biológica se basan en el reconocimiento de la diversidad

¹⁴⁹ Luis Fernando Durango. *Medio Ambiente y Licencias Ambientales*. Óp. cit., p. 9.

¹⁵⁰ Galo Leoro Franco, Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador y Miembro del Comité Jurídico Interamericano. *El Proceso Tendiente a un Derecho Ambiental de las Américas, Ministerio de Relaciones Exteriores, Documento de Posición Conjunta de los Países Amazónicos con Miras a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*. Manaus: 10 de febrero de 1992, p. 9.

¹⁵¹ Texto Unificado Legislación Secundaria, Medio Ambiente, Registro Oficial Suplemento 2, 31 de Marzo 2003.

¹⁵² Eduardo Pigretti. *Derecho Ambiental*. Óp. cit., p. 45.

¹⁵³ Natalia Arias Rendón. *El Medio Ambiente en la Nueva Constitución*. Quito, 2009.

biológica como un valor intrínseco. Se respeta de igual manera los valores ecológicos, genéticos, sociales, culturales, estéticos y recreativos de la diversidad biológica. ¿Cuáles de estos valores se ven afectados únicamente por la explotación patrimonial de la naturaleza por las empresas privadas como fuente primordial de contaminación del planeta entero? Recordemos que muchas de las empresas privadas son enormemente más grandes que los Estados o por lo menos más poderosas que sus autoridades o representantes. Las empresas privadas que explotan el petróleo en el Parque Nacional Yasuní no son diferentes pueden llegar a ser mucho más poderosas, en el sentido económico de sus influencias, que las autoridades dentro del propio Estado ecuatoriano. Este como punto final del análisis es la corrupción política y sus efectos sobre el cumplimiento de las normas ambientales.

La diversidad biológica es necesaria para la evolución y para el mantenimiento de la vida y su conservación es de interés común de toda la humanidad, pero puede verse afectada como analizamos en el párrafo anterior por actuaciones fuera del marco de la ley de los representantes del pueblo y por élites de poder. Los Estados son responsables de la conservación de su diversidad biológica y deben utilizar de manera responsable y sostenible sus recursos naturales para que estos no se vean afectados o vulnerados. El Estado es igualmente, en última instancia el responsable del comportamiento de sus gobernados, en este caso de las empresas privadas que explotan su patrimonio natural. Recordemos el artículo 317 de la Constitución de Montecristi de 2008 que establece que “los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado” y que “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”. Es indispensable también reconocer que es fundamental prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica mediante la cooperación internacional entre Estados y con organizaciones intergubernamentales¹⁵⁴. La conservación de la biodiversidad biológica es fundamental para el desarrollo social, especialmente de los países en vías de desarrollo y no puede verse afectada por la utilización de medios que pretendan apropiarse materialmente de recursos no renovables en zonas intangibles que son áreas naturales y reservas de biósfera de la humanidad. Es

¹⁵⁴ Convenio de la Biodiversidad Biológica (1995).

del todo reprochable desde un punto de vista moral el comportamiento ético de las empresas privadas frente a la explotación de los recursos naturales.

Veamos otro concepto del impacto ambiental que pueden tener las empresas privadas dentro de la explotación de los recursos naturales. Eduardo Pigretti, al respecto señala que “el estudio del impacto ambiental es el estudio técnico que constituye un conjunto documental en el que se identifican y valoran los impactos ambientales de un proyecto” y que “debe contener una propuesta de medidas correctoras y un programa de vigilancia ambiental”¹⁵⁵ ¿Las necesidades económicas de un Estado pueden pasar por alto un informe o estudio del impacto ambiental para satisfacer los deseos y el hambre social por un desarrollo no sustentable? Pensemos en el árbol individual, en su conjunto bosque y el microclima como protector del cambio climático. ¿Cuál es el bien jurídico protegido que deben respetar las empresas privadas: el árbol individual, el bosque o el microclima para evitar los efectos del cambio climático?

La Constitución en cuanto a la ciencia, la tecnología, la innovación y los saberes ancestrales, tiene dentro de su artículo 385, las finalidades de generar, adaptar y difundir conocimientos científicos y tecnológicos, de recuperar, fortalecer y potenciar los saberes ancestrales y de desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del Buen Vivir. ¿Se aplican estos principios constitucionales a las empresas privadas en el Ecuador? Pensemos en la idea de Jorge Bustamante Alsina que tiene como enunciado: “Se sabe que hoy la naturaleza salvaje no existe prácticamente, y no hay siquiera un lugar en el mundo que directa o indirectamente no haya sido modelado por el hombre en el curso de la historia.”¹⁵⁶ Con el crecimiento de las empresas privadas y su hambre por explotar los recursos naturales ¿no hacemos cada vez más grande esta realidad?

Existe un caso ambiental que nos servirá como ejemplo de la contaminación de las empresas privadas, además del Caso Texaco que mencionamos previamente, este no tiene relación alguna con la explotación de los recursos naturales. Nos lo trae Eduardo Pigretti en su libro *Derecho Ambiental, Fundamentación y Normativa*. Nos referimos al Caso Seveso en Italia. Eduardo Pigretti afirma al respecto que: “La prensa mundial

¹⁵⁵ Claudia Florencia Valls. *Impacto Ambiental*. Buenos *Óp. cit.*, pp. 19 y 20.

¹⁵⁶ Jorge Bustamante Alsina. *Derecho Ambiental, Fundamentación y Normativa.*, *Óp. cit.*, pp. 40 y 41.

describió los efectos dañosos y mortíferos que provocó en Italia el escape de una nube tóxica de dioxina, en la fábrica química Icmesa, de Seveso (localidad cercana a Milán).¹⁵⁷ Pero que al final no se encontró responsabilidad indemnizatoria alguna a Roche. ¿Qué daños o que riesgos estamos pasando por alto en la explotación patrimonial del Parque Nacional Yasuní?

Quedémonos con las ideas de Eduardo Pigretti que nos enseña que “todo lo que las ciencias naturales están analizando en materia de efecto invernadero, variaciones de temperatura, nivel de la altura de los mares, perturbaciones más o menos sensibles del clima, no servirían de nada si tales investigaciones y comprobaciones no resultan transferidas al campo de las ciencias sociales.”¹⁵⁸ ¿Qué impactos tenemos sobre el medioambiente las personas naturales como representantes intelectuales de las empresas privadas? De seguro, la ética, la moral y otros factores intrínsecos de la coerción de la conciencia humana y fuera de la esfera coactiva del derecho puedan influenciar positivamente en el manejo institucional de las empresas privadas, en sus decisiones y en el uso apropiado de los recursos naturales. Aquí cada grano de arena cuenta para llenar la playa que protege la esfera de los derechos de la naturaleza frente a la explotación de los recursos naturales.

1.3.2 El Cambio climático frente a la Explotación de Petróleo en el Yasuní

Otro gran problema que conlleva la explotación del petróleo dentro del Parque Nacional Yasuní es la contribución al cambio climático. Podemos fácilmente analizar, sin mayores reparos, que la deforestación favorece al efecto invernadero de nuestro planeta. Pensemos que “la deforestación es una de las causas de producción de bióxido de carbono, uno de los gases de invernadero, cuanto porque trae la erosión del suelo, la carencia de lluvias y el desperdicio importante de reservas madereras.”¹⁵⁹ A largo plazo,

¹⁵⁷ Eduardo Pigretti. *Derecho Ambiental. Óp. cit.*, p. 46.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 63.

¹⁵⁹ Galo Leoro Franco. *El Proceso Tendiente a un Derecho Ambiental de las Américas*. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1995, p. 348.

una vez extraído el petróleo, su uso como fuente de energía, es una de las principales causas del cambio climático y del efecto invernadero en el planeta tierra¹⁶⁰. Los hidrocarburos forman parte de los compuestos químicos orgánicos cuya estructura molecular se basa en cadenas de carbono e hidrógeno. De este conjunto, el petróleo es el principal compuesto en el que se basan los combustibles que se utilizan en el mundo. En la actualidad el petróleo y el gas natural se clasifican como “la fuente principal no solo de los combustibles sino de la mayor parte de los reactivos químicos empleados en la industria”¹⁶¹. Todos estos productos derivados del petróleo causan la contaminación de nuestro planeta tierra. Debemos dedicarnos a innovar recursos e ideas en métodos más sustentables, como la energía eólica, solar o hidráulica¹⁶². Las consecuencias las estamos viendo poco a poco ahora, pero cada vez estas se van a ir agravando y ya no habrá vuelta atrás. ¿Cómo podemos vivir en un sistema lineal infinito, cuando nuestro mundo es finito? Finalmente, la contaminación transfronteriza de más de 410 millones toneladas de CO₂¹⁶³ al explotar patrimonialmente al Yasuní ITT, afecta directamente al cumplimiento del Protocolo de Kioto de 1998. Recordemos que este convenio internacional ambiental, ratificado por el Ecuador, busca mitigar los efectos nocivos del cambio climático en el planeta tierra. La extracción de los recursos no renovables del Parque Nacional Yasuní incumple directamente con los principios ambientales establecidos por la comunidad internacional en el Protocolo de Kioto de 1998 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Como podemos analizar la explotación patrimonial del Yasuní ITT afecta a una gran variedad de derechos protegidos por la legislación ecuatoriana vigente. En primer lugar, se vulneran los derechos humanos y colectivos de los pueblos huorani. Se pierden sus prácticas ancestrales y culturales como la caza y la forma en cómo se construían sus viviendas. La llegada de las carreteras Auca y Maxus, ésta última con más de 130 kilómetros de extensión¹⁶⁴, afectan la vida cotidiana de los pueblos en aislamiento voluntario. En segundo lugar, se pone en peligro la biodiversidad de la

¹⁶⁰ Adriana Patricia Cabrera. *Calentamiento Global, las Dos Caras del Efecto Invernadero*. Buenos Aires: Longseller, 2003, pp. 26-28.

¹⁶¹ Raquel Gutiérrez Nájera. *Introducción al Estudio del Derecho Ambiental*. Segunda Edición. México: Porrúa, 1999, p. 11.

¹⁶² Adriana Patricia Cabrera. *Calentamiento Global, las Dos Caras del Efecto Invernadero*. *Óp. Cit.*, pp. 79-94.

¹⁶³ Esperanza Martínez y Alberto Acosta. *ITT – Yasuní entre el Petróleo y la Vida A modo de Prólogo, ¡Basta a la explotación de petróleo en la Amazonía!* *Óp. cit.*, p. 18.

¹⁶⁴ Erwin Patzelt. *Los Huaorani, Los Últimos Hijos Libres del Jaguar*. Quito: Banco Central del Ecuador, 2002, p. 134.

reserva natural que se encuentra dentro del Yasuní ITT. La deforestación necesaria para la instalación de pozos petroleros, carreteras y oleoductos tiene un serio impacto sobre el frágil ecosistema y de las especies que habitan dentro del Parque Nacional Yasuní¹⁶⁵. Finalmente, en tercer lugar, vemos como la explotación económica de los recursos naturales dentro del Yasuní ITT tiene un efecto negativo en los esfuerzos internacionales para frenar las consecuencias del cambio climático. Se pueden utilizar otras fuentes alternativas de energía renovable para mantener los yacimientos de hidrocarburos bajo tierra. La extracción de petróleo genera más de 410 millones toneladas de CO₂ vulnerando los objetivos del Protocolo de Kioto de 1998 que forma parte del ordenamiento jurídico de la República del Ecuador.

Según las ideas de Juan Augusto Méndez, en su libro *la Constitución Nacional y el Medio Ambiente*, se escribe que “el desarrollo industrial y tecnológico que caracteriza a la sociedad moderna ha producido efectos particularmente nocivos en la interrelación del hombre con la naturaleza.”¹⁶⁶ La explotación patrimonial de los recursos no renovables de la naturaleza genera el incumplimiento de las normas ambientales desde cualquier perspectiva. En especial en el caso particular del Parque Nacional Yasuní se vulneran todos los derechos naturales y humanos que hemos analizado previamente. La autora Raquel Gutiérrez Nájera, en *Introducción al Estudio del Derecho Ambiental*, nos habla sobre las áreas protegidas. Afirma la autora que las áreas naturales protegidas son “aquellas áreas silvestres en donde se han dado determinadas acciones legales y/o administrativas y de manejo para garantizar su permanencia a largo plazo.”¹⁶⁷ ¿Se persigue la “permanencia a largo plazo” al explotar patrimonialmente los recursos que se encuentran en el subsuelo del Parque Nacional Yasuní? ¿No estamos produciendo un enorme impacto ambiental de imperdonables consecuencias para el futuro de la humanidad? Claudia Florencia Valls nos explica claramente que el “impacto Ambiental es la alteración que se produce en el medio ambiente como consecuencia de la realización de una actividad con respecto a la situación que existiría si no se la realiza. Es decir que constituye la comparación entre

¹⁶⁵ Bass MS, Finer M, Jenkins CN, Kreft H, Cisneros-Heredia DF, et al., *Global Conservation Significance of Ecuador's Yasuni National Park*. PLoS ONE 5(1): e8767. doi: 10.1371/journal.pone.0008767, 2010.

¹⁶⁶ Juan Augusto Méndez. *La Constitución Nacional y el Medio Ambiente*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pp. 25 y 26.

¹⁶⁷ Raquel Gutiérrez Nájera. *Introducción al Estudio del Derecho Ambiental*. Segunda Edición. México: Porrúa, 1999, p. 53.

dos situaciones futuras.”¹⁶⁸ Perfectamente podemos preguntarnos: ¿Cuáles son esas dos situaciones futuras? Nos ubicamos en el fenómeno del proteccionismo frente a las necesidades económicas. ¿Dejamos el petróleo bajo tierra o satisfacemos las necesidades económicas actuales por la que atraviesa el mundo? ¿Cuáles son los efectos positivos del proteccionismo que encontramos al dejar intactas las reservas de biósfera? ¿Es un fenómeno global o local? Objetivamente el explotar patrimonialmente las reservas de recursos no renovables no sólo afectamos localmente la destrucción del medio ambiente natural, sino que después tienen un efecto aún peor al consumirse o producirse. Desde su extracción, transporte, producción, consumo o uso, hasta su desecho o quema, hemos contribuido con los efectos negativos del cambio climático y con el incumplimiento normativo del Protocolo de Kioto de 1998, de la Constitución de Montecristi de 2008 y de la totalidad de normas ambientales vigentes en el mundo jurídico vigente universal. No existe extracción de recursos no renovables dentro de zonas intangibles, reservas naturales o reservas de biósfera, que no produzca consecuencias nefastas para el ambiente y que cumplan con los preceptos normativos ambientales o con los principios ambientales básicos.

Tomemos en consideración las ideas de Jorge Bustamante Alsina sobre los regímenes de los parques nacionales. Dice el autor en *Derecho Ambiental, Fundamentación y Normativa* que “la naturaleza por sí misma produce grandes fluctuaciones en su propio curso evolutivo, tales como glaciaciones, erupciones volcánicas, terremotos, inundaciones y tempestades.”¹⁶⁹ Pero que “también existen alteraciones del medio de carácter espontáneo y permanente, determinadas por radiaciones solares particularmente intensas, según las circunstancias geográficas y estacionales, que suelen ser nocivas para el hombre e incluso mortíferas” Lo más importante es que “lo que diferencia a estas alteraciones de las inducidas por el hombre, es que estas últimas desconocen y no respetan los mecanismos de autorregulación natural y pueden alterar gravemente los sistemas terráqueos.” El Proteccionismo frente a las Necesidades Económicas, busca establecer esa diferencia entre los fenómenos naturales indetenibles de los fenómenos detenibles por causa de la mano del hombre.

¹⁶⁸ Claudia Florencia Valls. *Impacto Ambiental. Óp. cit.*, p. 19.

¹⁶⁹ Jorge Bustamante Alsina. *Derecho Ambiental, Fundamentación y Normativa. Óp. cit.*, p. 22.

Respecto al Proteccionismo frente a las Necesidades Económicas debemos estudiar ahora los preceptos constitucionales al respecto. El artículo 319 de la Constitución de Montecristi de 2008 establece que se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas. Ahora que dentro de estas diversas formas de organización se debe precautelar indudablemente a los derechos de la naturaleza al encontrarse el marco jurídico constitucional dentro del Buen Vivir o del Sumak Kawsay. Pero, ¿cómo podemos satisfacer siempre las necesidades económicas básicas del ser humano y de la población en general sin explotar los recursos de la naturaleza? ¿Cómo mantenemos el status quo del bienestar común de la humanidad sin los recursos de la Pacha Mama? ¿Es posible el proteccionismo? Prescribe el artículo 319 de la Constitución de Montecristi de 2008 igualmente que el Estado “promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.” ¿Se cumple este precepto en la explotación patrimonial del Yasuní ITT? ¿No encontramos frente a un claro incumplimiento de las normas ambientales fuera de la esfera del proteccionismo y dentro de la satisfacción de las necesidades económicas? El artículo siguiente, el artículo 320 de la Constitución de Montecristi de 2008 dispone que en las diversas formas de organización de los procesos de producción se estimulará una gestión participativa, transparente y eficiente y que “la producción, en cualquiera de sus formas, se sujetará a principios y normas de calidad, sostenibilidad, productividad sistémica, valoración del trabajo y eficiencia económica y social”. La misión del Estado es la sostenibilidad social y natural frente a las necesidades económicas imperantes, el problema radica en encontrar el equilibrio adecuado entre el proteccionismo y la satisfacción de las mismas.

La Constitución de Montecristi de 2008 habla igualmente sobre la Soberanía Económica, sobre el Sistema Económico y la Política Económica. El artículo 283 se declara que el sistema económico es social y solidario y que se reconoce al ser humano como sujeto y fin. Además dispone que se propenda a una relación dinámica y equilibrada entre la sociedad, el Estado y el mercado y que esta relación deba estar “en armonía con la naturaleza”. Igualmente que se tiene por objetivo garantizar la

producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el Buen Vivir. Por otro lado el artículo 277 de la Constitución de Montecristi de 2008 establece que para la consecución del Buen Vivir es un deber general del Estado el “garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza”. ¿Se puede hablar de un Proteccionismo real y verdadero, amparado en las disposiciones de la Constitución Política y luego explotar patrimonialmente una reserva de biósfera de la humanidad? Finalmente tomaremos como parte de nuestro análisis al artículo 399 de la Constitución de Montecristi de 2008 que manifiesta que “el ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza”. ¿Cuál es el rol del ciudadano común dentro del proteccionismo frente a la satisfacción de las necesidades económicas? Debemos concluir esta idea afirmando que no puede existir un proteccionismo efectivo mientras no se puedan satisfacer las necesidades económicas humanas, no existe un altruismo de tan noble magnitud, por ende, recaemos constantemente en el fenómeno de incumplimiento de las normas medio ambientales.

2. Análisis de la Normativa Aplicable al Caso frente a los Principios Ambientales.

2.1 Importancia de los Principios Rectores del Derecho Ambiental y su Relación con el Caso.

Cafferatta señala los siguientes Principios Rectores del Derecho Ambiental, estos son¹⁷⁰:

- El Principio de Precaución.
- El Principio de Prevención.
- El Principio de Prevención del Daño Transfronterizo¹⁷¹.
- El Principio de Responsabilidad.
- El Principio de Evaluación del Impacto Ambiental¹⁷².

¹⁷⁰ Néstor A. Cafferatta. *Principios de Derecho Ambiental*. Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Instituto Nacional de Ecología. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. México D.F.: INE-SEMARNAT, 2004.

¹⁷¹ Según la autora Adriana Tripelli afirma que: “El Derecho Internacional Ambiental ha logrado en un lapso breve la consolidación progresiva de conceptos y normas que inicialmente se presentaron como principios programatorios que luego, y en forma bastante vertiginosa, se transformaron en normas positivas innovadoras por su contenido. Estos principios, entre otros, son las primeras expresiones normológicas del Derecho Internacional Ambiental.

- El Principio de Equidad Intergeneracional¹⁷³.
- El Principio de Cooperación Internacional¹⁷⁴.
- El Principio de Desarrollo Sustentable.
- El Principio de Responsabilidad Común pero Diferenciada.
- El Principio de Recomposición e Indemnización.
- El Principio de Solidaridad.
- El Principio de Cooperación.
- El Principio de Subsidiaridad.
- Y, el Principio de Participación.

A pesar de que todos los Principios Rectores son aplicables en mayor o menor medida al caso ITT, en nuestro análisis, para comprender el conflicto normativo al explotar el Parque Nacional Yasuní, utilizaremos los siguientes Principios Ambientales:

- El Principio de Precaución
- El Principio de Prevención
- Y, el Principio de Responsabilidad.

En cuanto a la función de los Principios Ambientales rectores básicos, Cafferatta, citando a Morello dice que:

“La función que cumplen los principios, brevemente resumida es la siguiente:
 a) Función informadora;
 b) Función de interpretación;
 c) Los principios como filtros;
 d) Los principios como diques;
 e) Los principios como cuña;
 f) Los principios como despertar de la imaginación creadora;
 g) Los principios como recreadores normas obsoletas;
 h) Capacidad organizativa/ compaginadora de los principios;
 i) los principios como integradores.”

Néstor Cafferatta nos enseña que:

Los principios son ideas directrices, que sirven de justificación racional de todo el ordenamiento jurídico; son, pues, pautas generales de valoración jurídica¹⁷⁵. Pero existe una pequeña divergencia doctrinaria según la cualidad normativa o puramente interpretativa de los Principios Ambientales que nacen a través de su

¹⁷² *Vid supra*, Nota 167.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Néstor A. Cafferatta. Principios de Derecho Ambiental, *Óp. cit.*, p. 30

implementación en legislaciones internacionales a pesar de tener muchas veces un origen local.¹⁷⁶

La doctrina actual es coincidente en que los principios son normas. Así, la concepción normativista asigna al principio el valor de una norma. Aunque no se ponen de acuerdo en punto a la cuestión de determinar qué tipo de normas constituyen. Algunos autores han adoptado una solución negativa: los principios generales del derecho comprenden todo el conjunto normativo no formulado de normas, o sea aquel impuesto por la comunidad, que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre. Por último, una corriente de opinión, sostiene que los principios condensan elementos lógicos del ordenamiento. Sin embargo, como bien lo ha señalado Carlos COSSIO, lo lógico provee de conocimientos mientras que los principios se refieren a juicios estimativos que sirven para regular comportamientos¹⁷⁷.

Juan José Prado afirma que:

Los principios son ideas directrices, que sirven de justificación racional de todo el ordenamiento jurídico; son, pues, pautas generales de valoración jurídica. Líneas fundamentales e informadoras de la organización que inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos¹⁷⁸.

El profesor Dworkin, dice por otro lado que:

Uno de los adalides de la tesis de los principios jurídicos desde hace más de treinta años, llama principio a un estándar que ha de ser observado, porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad". Por ello se dice que los principios, poseen una estructura abierta y flexible; no obstante lo cual también se afirma, que los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del "peso" o importancia¹⁶. Pero, por aquel carácter, no puede establecerse en abstracto una jerarquía entre los principios, y eso hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación¹⁷⁹.

Finalmente, Adriana Tripelli dice sobre el tema que:

En efecto, recordemos que el Derecho Ambiental Internacional ha logrado en un lapso breve la consolidación progresiva de conceptos y normas que inicialmente

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Id.*, p. 5

¹⁷⁸ Juan José Prado y Roberto García Martínez. *Instituciones de Derecho Privado*. Principios Generales del Derecho.

Madrid: Editorial Eudeba, 1985. p. 31

¹⁷⁹ Ronald Dworkin. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 72

se presentaron como principios programatorios que luego, y en forma bastante vertiginosa, se transformaron en normas positivas innovadoras por su contenido. Principios generales como el de prevención, precaución, prevención del daño transfronterizo, Evaluación de Impacto Ambiental, equidad intergeneracional, contaminador-pagador, cooperación internacional, entre otros, fueron las primeras expresiones normológicas del Derecho Ambiental Internacional.¹⁸⁰

Ahora bien, en el contexto de este análisis debemos considerar también los Principios Ambientales señalados en el artículo 395 de la Constitución junto a los Principios de Prevención y Precaución señalados en el artículo 396 de la Constitución.

Artículo 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.

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

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.

¹⁸⁰Adriana Tripelli. *Los Principios Rectores Ambientales de la Corte Internacional de Justicia*. Revista de Derecho Ambiental Lexis. Buenos Aires: Instituto de Derecho por un Planeta Verde, pp. 5 y 6

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.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.

Respecto al fenómeno jurídico del cumplimiento o del incumplimiento de la normativa ambiental frente a la explotación patrimonial del Yasuní ITT, debemos estudiar los principios medioambientales básicos dentro de esta investigación. Debemos empezar por pensar que existen diferentes principios legales que prueban la existencia del fenómeno jurídico, estos que dictaminan la razón por la cual se cumple o se incumple con la tutela de los bienes jurídicos ambientales frente a la explotación de los recursos naturales. El jurista Néstor Cafferatta citando a Jaquenod de Szögön señala que:

Dada la juventud de la regulación jurídica del ambiente y, en consecuencia la convivencia de normas directamente protectoras del entorno con otras anteriores a dicha problemática — pero útiles provisionalmente en esa defensa— estos Principios Rectores resultarán a veces, más vinculados al mundo ideal del deber ser jurídico, que al real de lo que en la actualidad es el ordenamiento ambiental; sin embargo, esta convivencia de lo ideal y lo real en la formulación de los Principios Rectores no obsta a su solidez” ... Se entiende por Principios Rectores ... “los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justicia y la equidad social” ...“Son Principios Rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, porque suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho¹⁸¹.

2.1.1 El Principio de Precaución y su Importancia Jurídica frente a la Explotación del Yasuní ITT.

Según Caferatta, el Principio de Precaución, Precautorio o de Cautela, tiene tres elementos:

En síntesis: Podemos afirmar que tres son los elementos que caracterizan al Principio de Precaución: a) La Incertidumbre Científica: principal característica de este Principio que

¹⁸¹ Néstor A. Caferatta. *Introducción al Derecho Ambiental*, Óp. cit., p. 26

lo diferencia del de Prevención; b) Evaluación del riesgo de producción de un daño: se presenta aquí una situación paradójica, ya que se debe evaluar la posibilidad de la producción de efectos nocivos tal vez desconocidos; c) el Nivel de Gravedad del Daño: el Daño debe ser grave e irreversible y sólo en este caso juega el Principio de Precaución. “La hipótesis de precaución nos pone en presencia de un riesgo no mensurable, es decir, no evaluable.”¹⁸²

Se lo entiende así:

El principio de precaución, precautorio o de cautela, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, instaura una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos. En doctrina, G. Viney destaca que “la teoría del riesgo creado ya aporta por el momento la protección necesaria para las víctimas de daños en el campo civil, aun cuando ello no obste a que en el futuro pueda acentuarse la necesidad de brindar una protección aún mayor, admitiendo la responsabilidad aún en supuestos de riesgos potenciales.” El principio precautorio, sostiene esta autora, es la actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente. Se impone especialmente a los poderes públicos, que deben hacer prevalecer los imperativos de salud y seguridad por encima de la libertad de intercambios entre particulares y entre Estados¹⁸³.

Además, Cafferatta nos da una definición legal:

El Principio Precautorio es la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública¹⁸⁴.

Se ha señalado con acierto que uno de los caracteres o rasgos peculiares del derecho ambiental, es su énfasis preventivo. Aunque “se apoya a la postre en un dispositivo sancionador”, sin embargo “sus objetivos son fundamentalmente preventivos”, porque la coacción a posteriori resulta ineficaz, puesto que muchos de esos daños ambientales, de producirse, son irreversibles. De manera que “la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables”. Por ello, se recomienda la adopción de estrategias previsoras en etapas precoces del proceso potencialmente dañoso para el medio ambiente¹⁸⁵.

Santiago Bergel explica que:

En todos los documentos podemos encontrar un hilo conductor que nos permite ubicar las notas caracterizantes del principio”: 1) Temor al daño a la salud o al medioambiente derivado de una acción o inacción humana, daño cuyos efectos se consideran irreparables e irreversibles; 2) Incertidumbre científica acerca del acaecimiento de dicho daño o de la relación de causalidad entre la conducta humana operada y el daño temido; 3) Necesidad de una acción anticipatoria. El temor de un daño debe partir de una evaluación que permita establecer con un mínimo grado de racionalidad su impacto negativo sobre el medioambiente... Este principio tiene sus orígenes en Alemania en

¹⁸² *Id.*, p. 54

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Ley General del Ambiente 25.675, Artículo 4. sancionada el 6/11/02, promulgada parcialmente el 26/11/02.

¹⁸⁵ *Ibid.*

1970,"La primera expresión del Principio de Precaución surgió en Alemania en los años 70 con el Vorsorgeprinzip en el campo del derecho alemán del medio ambiente, afirma Cafferatta. Pero, que "el principio de precaución se extendió luego al Derecho internacional delineándose el mismo en la Conferencia de Estocolmo del Medio Ambiente de 1972"¹⁸⁶.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Principio 15, desarrollada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, lo contiene como:

“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 e 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”¹⁸⁷.

Frente al Principio de Precaución hay que señalar que las actividades extractivas en ecosistemas sensibles como el Yasuní ITT no deberían proceder debido a la incertidumbre científica que existe respecto a los efectos ambientales acumulativos de la explotación petrolera, por esto, y en consonancia con los criterios de Cafferatta, sugerimos el siguiente enfoque del Principio de Precaución frente al caso materia de este análisis. Según el criterio de Cafferatta:

El dilema que surge ahora en la sociedad post industrial, del desarrollo biotecnológico y del impacto ambiental, consiste en despejar el interrogante de en qué medida es válido y aceptable aquel paradigma en relación con el riesgo ciertamente sospechado, pero no previsible, del riesgo no cuantificable o mensurable en sus dimensiones esenciales, del riesgo incierto por ser inciertos los soportes científicos que podrían identificarlo y describirlo.” “Mientras que el Derecho tradicional de la prevención ha venido basándose inexcusablemente en la idea de la previsión o de la previsibilidad, esto es, en las certidumbres más o menos precisas, buscando la reducción de los riesgos y su probabilidad, la precaución se orienta hacia otra hipótesis, la de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos. Supone el tránsito del modelo de previsión (conocimiento del riesgo y de los nexos causales) al de incertidumbre del riesgo, al de incalculabilidad del daño y del posible nexo causal entre uno y otro, respecto a lo cual existe una presunción generalmente sustentada en cálculos estadísticos y en

¹⁸⁶ Cafferatta amplía este concepto delineándolo históricamente de la siguiente manera: “En 1982, con la Convención sobre el Derecho del Mar, se previó en su artículo 206 la protección y preservación del medio marino, debiendo el Estado evaluar los efectos potenciales de actividades que podrán implicar una polución importante o modificaciones considerables. Más adelante, en la Segunda Conferencia Internacional relativa al Mar del Norte 1987, se adoptó una declaración reconociendo la necesidad de plasmar el principio precaución. El principio de precaución fue enunciado inicialmente por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio climático, creado en 1987, por decisiones congruentes de la Organización Meteorológica Mundial y el PNUMA, lo recogió la Declaración Ministerial de la II Conferencia Mundial del Clima..., *vid.* Néstor A. Cafferatta. *Introducción al Derecho Ambiental*, Óp. cit., 2004.

¹⁸⁷ *Id.*, pp. 48 -50

probabilidades. Ambos modelos confluyen, no obstante, en la prevención de un daño temido, que es el objetivo común¹⁸⁸.

Uno de los principios más importantes para poder analizar el fenómeno jurídico del conflicto de derechos en la explotación de los recursos naturales del Parque Nacional Yasuní es el Principio de Precaución o Vorsorge Prinzip¹⁸⁹. Es, además, un Principio Ambiental básico que se conjuga con los derechos de la naturaleza contenidos en todo el texto legislativo de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Este es uno de los principios base del estudio de esta investigación jurídica puesto que tiene la clave para entender el fenómeno jurídico del cumplimiento o del incumplimiento de las normas ambientales dentro de la actividad extractiva. Cafferatta, citando a Antonio H. Benjamín¹⁹⁰, nos explica que dentro de esta actividad extractiva exista "la necesidad de una tutela de anticipación", que "impone de este modo, considerando la amenaza de que acaezcan daños graves e irreversibles cuya secuelas pueden propagarse en el espacio a través del tiempo"; y, que "la falta de certeza científica acerca de la etiología de determinados procesos medioambientales y de los alcances de muchas relaciones ecológicas básicas contribuye a acentuar las dudas sobre el encuadramiento legal del ambiente como preciado bien jurídico". Es decir, no se puede explotar la Reserva de Biósfera del ITT, si existe una incertidumbre científica de los daños que se puedan ocasionar o sean irreversibles. Explica Benjamín, que:

El deber de precaución obliga a tener en cuenta la probabilidad de importantes daños en la Biósfera, situación que determina la exigencia de un mayor celo y cuidado ante la fundada sospecha de que se encuentre comprometida la integridad del medioambiente.¹⁹¹

Álvaro Mirra afirma por su parte:

La implementación del principio precautorio debe ser privilegiada a la prevención de riesgos de ocurrencia de daños graves e irreversibles, mismo ante la incertidumbre científica que pueda existir en lo tocante a los efectos nocivos de las conductas o actividades cuestionadas sobre el medio ambiente¹⁹².

Dentro de nuestro estudio es muy importante aplicar este Principio de Precaución a nuestro caso particular de estudio que se reduce a la explotación de los recursos naturales no renovables del Yasuní ITT. Por otro lado, a este Principio también

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Vorsorge Prinzip es un término alemán que se traduce en Principio de Preocupación Anterior.

¹⁹⁰ Néstor A. Cafferatta. *Introducción al Derecho Ambiental*, *Óp. cit.*, 2004, p. 26

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.*

se lo denomina como Principio Precautorio o Principio de la Evitación Prudente¹⁹³. Este Principio de Precaución o Vorsorge Prinzip “pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos.”¹⁹⁴ Dentro de este punto debemos establecer cuáles son las consecuencias jurídicas al explotar económicamente el Parque Nacional Yasuní analizando determinadas normas constitucionales, decretos ejecutivos y otras normas jurídicas que no sólo afectan al medio ambiente sino también a pueblos y comunidades ancestrales que han habitado en ese territorio mucho antes del descubrimiento del petróleo. Cristiani Derani afirma que:

El principio de precaución está ligado a los conceptos de la aparición de peligro y seguridad de las generaciones futuras, como también de sustentabilidad ambiental de las actividades humanas. Así se procura prevenir no sólo la ocurrencia de daños al medio ambiente, como asimismo y más específicamente, el propio peligro de ocurrencia de daños¹⁹⁵.

Antes de continuar nuestro análisis, es muy importante entender lo que es un principio. Por principio (del latín *principium*) que es “aquella norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”¹⁹⁶. ¿Quiere decir esto que el Principio de Precaución es un precepto no legal y por ende no vinculante? No, pero en la medida de su cumplimiento es importante tomar en cuenta que este principio va más allá de lo jurídico, proviene de la misma capacidad lógica del ser humano de prevenir antes de actuar sin una base legal y científica previa. Muchas veces los impulsos económicos o las necesidades urgentes imperantes han hecho actuar al ser humano sobre el medio ambiente sin medir objetivamente el impacto que podríamos obtener al usar un determinado recurso. Debemos mencionar que:

La consagración del principio precautorio lleva a la adopción de un enfoque de prudencia y vigilancia en la aplicación del derecho ambiental en conductas y actividades efectiva o potencialmente lesivas para el medio en detrimento del enfoque de tolerancia.

¹⁹³ *Id.*, p. 73.

¹⁹⁴ *Id.*, p. 74.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Id.*, p. 72.

2.1.2 Principio Ambiental de Quién Contamina Paga. ¿Quién es el responsable de la explotación del Yasuní ITT?

“Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”¹⁹⁷

La Declaración de Río de 1992, prescribe que las autoridades nacionales deberán fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina paga. A este Principio lo conocemos como el Principio de Quién Contamina Paga y es un pilar fundamental para entender la responsabilidad de los operadores petroleros en el caso de que proceda la explotación petrolera dentro del Yasuní ITT. La Declaración de Río, igualmente, nos dice claramente que quien contamina debe en principio, cargar con los costos de la contaminación, pero que se debe tener en cuenta el interés público sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales. Esta declaración en su Principio 16 establece 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.

Por otro lado Cafferatta, citando a Estrada Oyuela¹⁹⁸, nos explica que:

En relación al principio 16 de la Declaración de Río 1992, que promueve la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, incluyendo la regla de quien contamina paga, el Profesor de Relaciones Internacionales, puntualiza que “la idea de que el contaminador paga tiene mucha fuerza primaria porque combina sentimientos elementales de venganza con conceptos más evolucionados de reparación de perjuicios o indemnización de daños. Desde hace casi dos décadas está incorporado a la legislación de la Comunidad Europea con el sentido de que el “contaminador” tiene opción de incurrir en los gastos de evitar efluentes contaminantes o pagarle a la autoridad municipal para que limpie lo que ha ensuciado. Su limitación es que no puede

¹⁹⁷ Constitución de la República del Ecuador de 2008. Artículo 66, numeral 27. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁹⁸ Raúl A. Estrada Oyuela. *Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Argentina: Revista del MREyC, año 1, N° 21, 1993, p. 19

convertirse en un mecanismo por el cual se adquiriera el “derecho” a contaminar¹⁹⁹.

2.1.3 Principio de Prevención

“Principio de Prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir.”²⁰⁰

Debemos entender que “el término prevención deriva del latín “*praeventio*”, que alude a la acción y efecto de prevenir; a aquellas preparaciones y disposiciones que se hacen anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar una cosa”²⁰¹. También Debemos tomar en consideración que “el Principio rector de Prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar o contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas”²⁰² y, que “debido a que en materia ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas y socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados al ambiente”²⁰³. ¿Serán las sociedades futuras quienes sufran de nuestras propias decisiones en el presente sobre el manejo inteligente de nuestros recursos naturales que se encuentran al alcance cuasi gratuito de nuestra mano? Al final las enormes inversiones se pagan por si solas, por la explotación de los recursos naturales, generando el conflicto de derechos y el fenómeno jurídico latente frente a la satisfacción de las necesidades humanas.

Debemos recalcar que este Principio de Prevención no es lo mismo que el Principio de Precaución o Vorsorge Prinzip pero se relaciona por ser dos caras

¹⁹⁹ Néstor A. Cafferatta. *Principios de Derecho Ambiental*, *Óp. cit.*, p. 17

²⁰⁰ Néstor A. Cafferatta. *Introducción al Derecho Ambiental*, *Óp. cit.*, p. 28

²⁰¹ Ricardo Crespo. *Texto Guía de Derecho Ambiental Internacional, Curso De Derecho Ambiental Internacional*. Quito: Instituto de Ciencias Internacionales de la Universidad Central del Ecuador, 2008, p. 74.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

de la misma moneda... El primero trata de prevenir las causas y las fuentes de los problemas ambientales y que estas se atenderán en forma prioritaria e integrada a los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir²⁰⁴. El segundo busca que “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”²⁰⁵. Como veremos al final de nuestro análisis existen diferentes escenarios que son aplicables al caso Yasuní ITT desde el punto de vista jurídico de estos Principios Rectores Ambiental. Por el momento debemos tomar en consideración únicamente lo que Lorenzetti afirma sobre estos Principios y es que: “Los principios como su propio nombre lo indica, se oponen a algo acabado, terminado, son ideas germinales. Son normas prima facie sin terminación acabada, y por lo tanto flexibles, susceptibles de ser completadas.”²⁰⁶

Finalmente Jorge Bustamante Alsina afirma sobre el Principio de Prevención que “el énfasis preventivo constituye uno de los caracteres por rasgos peculiares del derecho ambiental”²⁰⁷. Por otro lado, Cafferatta afirma que:

El principio de prevención se da con relación al peligro concreto, en cuanto a que se trata del principio de precaución, la prevención está dirigida al peligro abstracto.¹³ En ese sentido, Kourilsky y Viney, explican que el peligro es el perjuicio que amenaza o compromete la seguridad, la existencia, de una persona o de una cosa, en tanto que el riesgo es un peligro eventual más o menos previsible. La distinción de un peligro potencial (hipotético o incierto) y riesgo confirmado (conocido, cierto, probado) funda la distinción paralela entre precaución y prevención. Es que como lo afirma L. Facciano: “El principio de precaución implica un cambio en la lógica jurídica. Con razón se ha dicho que este demanda un ejercicio activo de la duda. La lógica de la precaución no mira al riesgo sino que se amplía a la incertidumbre, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta. La incertidumbre no exonera de responsabilidad; al contrario, ella la refuerza al crear un deber de prudencia.”

²⁰⁴ Néstor A. Cafferatta. *Introducción al Derecho Ambiental*, *Óp. cit.*, p. 28

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Ricardo L. Lorenzetti. *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995 pp. 261-262.

²⁰⁷ Jorge Bustamante Alsina. *Responsabilidad Civil por Daño Ambiental*, *Óp. Cit.*, p. 159.

2.1.4 Otros Principios aplicables al Caso Yasuní ITT.

Además del principio del In Dubio pro Natura, existen dentro del artículo 395 de la Constitución de Montecristi de 2008 otros principios ambientales muy importantes para nuestro estudio. El artículo 395 de la Constitución de Montecristi de 2008 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.

Empecemos por el primer principio que establece 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”. Aquí tenemos muchos de los principios que estudiamos previamente que son el Principio de Precaución, Principio de Desarrollo Sustentable, y el Principio de las Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas. Es suficiente tan solo decir que la preservación de la zona intangible del Yasuní ITT va de acorde con este precepto constitucional y que su incumplimiento recae directamente en la tesis del incumplimiento de las normas ambientales frente al conflicto jurídico de la explotación de los recursos naturales. En segundo lugar, el principio que determina 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”. Como vimos igualmente con anterioridad este principio constitucional se relaciona directamente con el Principio de Precaución, con el Principio de Quién Contamina Paga, con el Principio de Desarrollo

Sustentable, y con el Principio de las Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas. Además, recordemos que las políticas de gestión ambiental se basaban dentro del régimen del desarrollo inscrito en el Régimen del Buen Vivir y que estas políticas se aplicarán de “manera transversal” en todos los niveles estatales y privados. En el caso del Yasuní ITT toda la normativa ambiental deberá ser obedecida igualmente independientemente de si se trata del Estado, de una empresa pública, mixta o privada y en el caso de demás normativa ambiental a las personas naturales como en el caso de caza y venta de animales protegidos por el CITES²⁰⁸. En tercer y último lugar, puesto que ya analizamos el numeral 4 sobre el in dubio pro natura en el apartado anterior, vamos a estudiar el tercer principio del artículo 395 de la Constitución de Montecristi de 2008 que expresa que “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”. En este caso, nos encontramos frente al Principio de Precaución, al Principio de Desarrollo Sustentable, al Principio de la Costumbre Internacional y al Principio de las Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas. Hemos incluido al Principio de la Costumbre Internacional puesto que de darse una “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” se podría llegar a constituir en una costumbre local y con el paso del tiempo en una costumbre internacional o aplicable por parte del Estado en su comportamiento frente al resto de naciones. Es el fenómeno del cumplimiento normativo ambiental frente a la explotación de los recursos naturales. Como mencionamos anteriormente el cuidado y protección de la zona intangible del Yasuní ITT generaría un precedente internacional de enormes y magnánimas proporciones para toda la humanidad.

Por otro lado, vamos a analizar en este apartado el Principio de Precaución y Prevención del artículo 396 de la Constitución de Montecristi de 2008. Al Principio de Precaución, de Precautelación Anterior o *Vorsorge Prinzip* lo estudiamos ampliamente anteriormente. Ahora tan sólo haremos una referencia al ámbito constitucional y su importancia en la precautelación o precaución de las decisiones estatales y nacionales populares soberanas sobre la explotación de una de las zonas intangibles de mayor

²⁰⁸ Convenio del que el Ecuador es parte desde el 07 de enero de 1975, *vid.* <http://www.cites.org> (acceso 03/04/2012)

biodiversidad del mundo dentro del Parque Nacional Yasuní que son los yacimientos petroleros del ITT²⁰⁹. El artículo 396 de la Constitución de Montecristi de 2008 establece que el Estado “adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño” ¿No existe acaso una certidumbre de daño dentro del Parque Nacional Yasuní? Y 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”. ¿No existe igualmente acaso suficiente evidencia del impacto ambiental de alguna acción u omisión dentro de la Amazonía ecuatoriana desde el principio de la exploración y explotación de petróleo e inclusive en los demás bloques y de la vía Auca y Maxus dentro del propio Parque Nacional Yasuní? ¿De qué principio de precaución estamos hablando en estos casos? Más bien, podemos afirmar su completo incumplimiento de las normas ambientales frente al fenómeno jurídico y conflicto normativo de la explotación de los recursos naturales no renovables y afectación a otros derivados como el Jaguar y el Mono Araña que se encuentran en peligro de extinción²¹⁰.

El segundo inciso del artículo 396 de la Constitución de Montecristi de 2008 establece que “la responsabilidad por daños ambientales es objetiva”. Nos enmarcamos nuevamente bajo el principio de Quién Contamina Paga. En el caso de la explotación de la reserva mundial de biósfera del Yasuní ITT, ¿quién será el responsable objetivamente por los daños ocasionados? Veamos que nos dice la Constitución de Montecristi de 2008. El mismo artículo 396 continúa diciendo 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”. Nos mantenemos firmes en nuestra postura de que no se puede de “restaurar integralmente los ecosistemas”, en especial uno tan biodiverso y tan frágil como el del Yasuní ITT. Existen millones de árboles centenarios y miles de especies que todavía se encuentran bajo estudio o que no han sido identificadas. ¿Cómo puede una empresa petrolera, con todo los recursos que explote y más de los que podría explotar para pagar el daño ambiental “restaurar integralmente los ecosistemas”? A las comunidades y pueblos que habitan dentro del Parque Nacional Yasuní se los ha privado

²⁰⁹ Siglas de ITT: Ishpingo, Tambococha y Tiputini.

²¹⁰ Lista Roja IUCN y especies de Bass MS, Finer M, Jenkins CN, Kreft H, Cisneros-Heredia DF, et al., *Global Conservation Significance of Ecuador's Yasuní National Park*. PLoS ONE 5(1): e8767. doi:10.1371/journal.pone.0008767, 2010.

involuntariamente de su aislamiento voluntario y se han cambiado sus tradiciones ancestrales por el uso del dólar. ¿Cómo se puede “indemnizar a las personas y comunidades afectadas” que han dejado de vivir bajo su cultura y modos de vida ancestrales y milenarios? Sus hijos han abandonado el “modus vivendi” y han utilizado la vía Auca y la vía Maxus, ahora llena de buses vacíos, en busca de vender animales de monte ilegalmente en la ciudad del Coca y de adoptar una cultura del uso de la ropa, contraria a la tradición selvática y puramente humana de los grupos Huaorani. No sólo se ha destruido su cultura y su forma de convivir armónicamente, sino que también se ha destruido su territorio al encontrarse un verdadero tesoro nacional debajo de sus pies descalzos.

3. Conclusiones

El conflicto entre el derecho real del Estado sobre los recursos naturales no renovables como el petróleo reconocido en el artículo 408 de la Constitución de 2008 y la excepción prescrita en el artículo 407 de la Constitución, junto con la obligación del estado de asegurar la intangibilidad de las áreas protegidas según el artículo 397 numeral 4 de la Constitución en relación al caso de estudio el Yasuní ITT, merece como conclusión realizar una propuesta de ponderación en función de las reglas de interpretación constitucional según el artículo 427 y dentro del contexto del buen vivir y de los derechos de la naturaleza. Para este efecto nos haremos las siguientes preguntas:

3.1 ¿Cabe la excepción del artículo 407 de la Constitución, dado que la obligación del Estado es la de asegurar la intangibilidad de las áreas protegidas según el artículo 397 numeral 4 de la Constitución, lo cual concuerda con el reconocimiento del valor intrínseco de la biodiversidad?

El artículo 407 y el artículo 397, numeral 4 de la Constitución de 2008 prescriben lo siguiente:

Artículo 407.- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal.

Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

Artículo 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. 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 que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

4. Asegurar 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.

El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado.

Para poder responder esta pregunta, como parte fundamental de las conclusiones, es necesario entender como el interés nacional puede ser una excepción absoluta que no admite discusión. Según el jurista Hernán Salgado “los intereses pueden ser considerados en razón de la utilidad que persiguen o por la necesidad que satisfacen.”²¹¹ Según el mismo autor “todos los derechos son la expresión de diversos intereses, cuyo concepto –de interés- lo toma con amplitud pero para que se vuelva un derecho subjetivo tiene que ser dispuesto por el Derecho”²¹². Al respecto Rudolph Von Ihering afirma que “los derechos son intereses jurídicamente protegidos”²¹³. La expresión de los diversos intereses constituye derechos, pero para que sean considerados como subjetivos deben ser declarados. Los derechos de la naturaleza, reflejados en la actividad extractiva del Yasuní ITT, han sido declarados por la Constitución de 2008. Jorge Bustamante Alsina, por otra parte afirma que:

Toda actividad humana individual o colectiva que ataca los elementos del patrimonio ambiental, causa un daño social por afectar los llamados “intereses difusos” que son supraindividuales, pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un sujeto en particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad.²¹⁴

²¹¹ Hernán Salgado Pesantes. *Introducción al Estudio del Derecho*. Quito: Editora Nacional, 2002, p. 54

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Jorge Bustamante Alsina. *Derecho Ambiental, Fundamentación y Normativa, Óp. Cit.*, p. 43.

Son justamente estos “intereses difusos”, que son supraindividuales, los que se ven afectados directamente los derechos ambientales que buscan proteger la preservación y la intangibilidad del Yasuní ITT. El interés nacional es considerado conceptualmente como una teoría separada del interés público²¹⁵. Según el autor africano, Zukile Majova, la falta de consenso en el poder balancear el interés nacional con el interés público ha como efecto las consecuencias presentes. En caso de explotar los recursos del ITT, el interés nacional no puede contradecir el interés público que se manifiesta en el derecho de todos los ciudadanos de vivir en un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado. Conceptualmente el interés nacional es entendido de la siguiente manera:

Concepto utilizado como instrumento de acción política desde el siglo XVI, y en nuestro siglo como instrumento analítico, si bien resultó menos preciso que el clásico concepto de "razón de Estado", por la polémica entre objetivistas, tales como Morgenthau, que lo definen en términos de incremento de poder, y subjetivistas, como Snyder, que consideran que el interés nacional está determinado por las preferencias subjetivas de los líderes políticos²¹⁶.

Y al interés público, según Pedro Serna y Fernando Toller de la siguiente manera:

El interés público puede ser entendido como un conjunto de condiciones que permiten que todas y cada una de las personas y los grupos sociales puedan desenvolverse y alcanzar su plena realización²¹⁷... Es la traducción jurídico-administrativa del concepto jurídico-político de bien común, que integra gran parte de la teoría de los fines del Estado²¹⁸.

Además, la misma Constitución de 2008 establece que no se pueden afectar los derechos de la naturaleza, en su artículo 400 dispone que:

Artículo 400.- El Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional.

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.

²¹⁵ Zukile Majova. National interest versus public interest.

<http://www.thoughtleader.co.za/author/zukilemajova/09/28/national-interest-versus-public-interest/> (acceso 03/06/2012)

²¹⁶ EUMED. Glosario De Conceptos Políticos Usuales. <http://www.eumed.net/dices/definicion.php?dic=3&def=361>. (acceso 03/06/2012)

²¹⁷ Pedro Serna y Fernando Toller. *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales, Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*. Argentina: La Ley, 2008, p. 82

²¹⁸ Enciclopedia Jurídica. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/interes-publico/interes-publico.htm> (acceso 03/06/2012)

El dilema entre el interés nacional como concepto político y el interés público como el bienestar común no puede verse menoscabado por la explotación de los recursos del ITT. El interés nacional es la justificación jurídica para la explotación y el interés público la justificación de su intangibilidad, de la conservación. Para poder ponderar jurídicamente esta divergencia entre ambos intereses es necesario entender la interpretación constitucional manifestada en el artículo 427 de la Constitución. En este sentido, y tomando en consideración el artículo 400 de la Constitución, no se pueden explotar los recursos naturales del Yasuní ITT sin afectar a la intangibilidad de las áreas protegidas o los derechos de la biósfera. En ningún caso los derechos colectivos o el mismo interés nacional pueden ser una justificación suficiente para violentar el artículo 397, numeral 4 de la Constitución de 2008. Además, los derechos de la naturaleza no pueden verse afectados por el interés nacional sobre los recursos del Parque Nacional Yasuní. Ahora, debemos tomar en consideración el artículo 427 de la Constitución de 2008 que establece lo siguiente:

Artículo 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Bajo estos preceptos, debemos tener en cuenta los principios de interpretación neo constitucional, que según Álvaro Cárdenas²¹⁹ son los siguientes dentro del artículo 427 de la Constitución de 2008:

Método Literal o Gramatical: “De la lectura del artículo precedente se observa en primer lugar que las normas constitucionales *prima facie* deben interpretarse por el tenor literal”²²⁰.

Método Sistemático: “El mismo artículo señala que se interpretaran las normas constitucionales en su tenor literal “que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”, parecería en cambio que nos está sugiriendo un método de interpretación sistemática de la Constitución, ya que obliga al interprete a observar la integralidad de

²¹⁹ Álvaro F. Cárdenas Zambonino. *Interpretación Constitucional, Mecanismo de Sensibilización en la Protección de Derechos*. Quito: Cevallos, 2011, pp. 17 - 40

²²⁰ *Id.*, p. 34

las normas, en otras palabras parecería que nos sugiere que se tenga en cuenta la armonía y coherencia de las normas constitucionales en su interrelación.”²²¹

In dubio pro homine / In dubio pro liberate: “Posteriormente, este artículo al parecer establece una tercera regla de interpretación de las normas constitucionales, según la cual, cuando exista duda se interpretara en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente.”²²²

De estas reglas nace el problema de la interpretación del conflicto existente entre el artículo 407 y el artículo 408. El derecho de excepción frente a la actividad extractiva del Yasuní ITT puede ser interpretado de las tres formas que nos enseña Álvaro Cárdenas. Tanto gramaticalmente como sistemáticamente la explotación del ITT no podría darse si se aplica el artículo 407 exegéticamente sin tomar en cuenta la voluntad del legislador de proteger los derechos de la naturaleza. Por otro lado, se debe velar por el in dubio pro natura que también se encuentra regulado en la Constitución y no solo por el in dubio pro homine o pro liberate. En todo caso, los tres métodos de interpretación de Cárdenas apuntan claramente a la protección de los derechos del ITT frente al interés nacional de explotar sus recursos naturales.

Frente a este punto debemos recordar el conflicto ambiental y económico, esa tensión entre la ecología y economía que la contrarrestamos en base a los estudios doctrinarios con documentos de la CEPAL y del CEDA, generan indudablemente dos posturas frente a la explotación de los recursos del Parque Nacional Yasuní. En primer lugar el Estado tiene la potestad de explotarlos y, en segundo lugar, el Estado debe abstenerse de explotarlos al ser el ITT una zona protegida tanto por el derecho local como por el derecho internacional²²³. Ahora que ya hemos entendido los principios y sus repercusiones jurídicas dentro de la explotación de los recursos naturales en el Parque Nacional Yasuní vamos a dar paso al análisis de los sujetos que intervienen dentro del conflicto materia de esta tesis. En primer lugar tenemos el sujeto pasivo de la relación jurídica que es Gaia, Pacha Mama o la Madre Naturaleza personificada y subjetivizada gracias a la concepción jurídica de la Constitución de 2008 en su artículo 10²²⁴. Los derechos constitucionales se manifiestan a lo largo de todo el texto constitucional dentro del Régimen del Buen Vivir y otros capítulos de la Constitución

²²¹ *Id.*, pp. 39 - 40

²²² *Id.*, p. 42

²²³ El Yasuní ITT es una Reserva de Biósfera de la UNESCO desde 1989.

²²⁴ La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

de 2008, empero debemos recalcar el artículo 71 de esta Carta Política que establece que:

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

Igualmente el artículo 72 de la misma Constitución de 2008 manda que “la naturaleza tiene derecho a la restauración”. La naturaleza siempre será un sujeto pasivo dentro de la relación jurídica frente a su explotación, esto no quiere decir, empero que no se deben observar las normas legales que buscan su protección jurídica, sobretodo dentro del conflicto normativo frente a la explotación de los recursos naturales del Yasuní ITT. Frente a este derecho de excepción del artículo 407 de la Constitución es importante tomar en cuenta el artículo 71 que prescribe que: “Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”. Es decir este sujeto pasivo, carente de voluntad, dotado y investida de derechos constitucionales puede ser procurado por “toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad”. Su protección se enmarca en el análisis de los artículos 71, 395 numerales 1 y 4 y 397 numeral 4. La Constitución de 2008, además de personificar jurídicamente a la naturaleza, la protege en base a estos principios y derechos. Indudablemente estos derechos ambientales y constitucionales se ven vulnerados si aplicamos únicamente el artículo 407 de la Constitución. El control, como vemos en el segundo inciso del artículo 71, recae sobre los ciudadanos en general manifestados, según el criterio de Cafferatta en la soberanía popular²²⁵. En el interés público sobre el interés nacional que busca la preservación, la intangibilidad del Yasuní ITT como un valor intrínseco.

También establece el último inciso del artículo 71 de la Constitución de 2008 que “el Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.” Esto demuestra la clara preocupación del Estado para la protección de la naturaleza frente a su explotación, idea que relacionamos con la explotación del ITT. En conclusión, la Pacha Mama, Gaea o Gaia, o Madre Naturaleza es un sujeto de derechos, dotada e investida de derechos y garantías constitucionales que obtiene su protección

²²⁵ Néstor A. Cafferatta. *Principios de Derecho Ambiental*, Óp. Cit., p. 68

por el poder de la soberanía popular o de cualquier individuo particular y por parte del Estado. El artículo 407 de la Constitución, sin lugar a dudas, afecta el cumplimiento del artículo 397, numeral 4 en base a la defensa de la aplicación del interés nacional. Interés que es político y no siempre de acuerdo con el bien común que persigue la Constitución bajo los preceptos del interés público del artículo 408. Al respecto, Luis Fernando Durango señala en su libro *Medio Ambiente y Licencias Ambientales* que:

En la tarea de brindar soluciones a la problemática relacionada con la protección y recuperación del medio ambiente, nos encontramos forzosamente con el factor disponibilidad de recursos, de diferente naturaleza, que de una manera directa o indirecta están comprometidos con ello²²⁶.

La ponderación de los derechos de la naturaleza sobre los derechos de explotación económica bajo el régimen de desarrollo, de la política económica y de otros aspectos constitucionales del Sumak Kawsay, afectan lo dispuesto en el numeral 4 de la Constitución de 2008 en caso de explotar el ITT bajo la figura del interés nacional. La excepción de explotación de áreas intangibles busca la explotación del ITT para satisfacer las necesidades básicas humanas mientras que el derecho ambiental busca perseguir la protección de los derechos de la naturaleza. El efecto del incumplimiento de las normas ambientales de la Constitución de 2008, no tan solo vulnera los derechos del Yasuní como bien jurídicamente protegido, se incumple con otros derechos derivados de los derechos al medioambiente que no solo son locales sino también mundiales. La utilización de la reserva de biósfera con fines económicos afecta, por ejemplo, a la humanidad entera y no sólo a una población local como los huaorani en aislamiento voluntario. En el Ecuador existe la jurisdicción universal ambiental del artículo 71 de la Constitución de 2008. Bajo estas prerrogativas, la explotación o preservación del ITT no tan solo recae en la responsabilidad de Ecuador sino también en la comunidad internacional. La vulneración de los derechos de la naturaleza tiene efectos globalizados y no locales aunque su incumplimiento se dé en una zona geográfica determinada. Finalmente, debemos tomar en consideración que la explotación de los recursos naturales, sea responsable o no, incumple en mayor o menor medida con todos los derechos de la naturaleza previstos en la legislación ambiental universal planteada por los seres humanos para precautelar su propia subsistencia como especie.

²²⁶ Fernando Durango. *Medio Ambiente y Licencias Ambientales. Óp. Cit.*, p. 119

3.2 ¿Cómo ponderar los derechos de la naturaleza frente a los riesgos de la actividad petrolera en el caso de que se aplique la excepción del artículo 407 de la Constitución?

Según Lorenzetti respecto a la incertidumbre y riesgos ambientales: Prevención y Precaución:

Una “versión débil” del principio de precaución consiste en afirmar que es una declaración de naturaleza meramente exhortativa y que es una opción de política pública de aplicación voluntaria. Por el contrario “una versión fuerte”, lleva a sostener que es una norma jurídica que obliga a decidirse por la más precautoria de las opciones que se tengan a disposición. En el primer caso, permanece totalmente en el campo de la discrecionalidad de quien toma la decisión, mientras que en el segundo, es obligatorio porque esto ya ha sido definido por el legislador. En la primera situación puede existir una regulación reactiva o proactiva, mientras que en el segundo, solo debe ser proactiva²²⁷.

En el dominio de las políticas públicas existe un campo de discrecionalidad dentro del cual la administración puede decidir si actúa de un modo u otro. En este respecto, se sostiene que la precaución es una opción: el funcionario puede, dentro del ejercicio de una actividad discrecional, dar una autorización o no, regular o no, conforme a las informaciones disponibles en el momento de hacerlo. En este sentido es una directiva política para anticipar, evitar y mitigar amenazas al ambiente²²⁸.

El daño potencial deriva de un fenómeno, producto o proceso que ha sido identificado, pero la evaluación científica no permite evaluar el riesgo con suficiente exactitud para actuar o dejar de hacerlo... Existe amplia coincidencia tanto en la disciplina jurídica, como en las sociales, físicas y de la naturaleza, en que se requiere “incertidumbre científica” para que el principio sea aplicable, pero no hay un criterio para establecer cuanta evidencia es necesaria para actuar o dejar de hacerlo²²⁹.

De acorde al Principio de Precaución no se debería poder explotar los recursos naturales del ITT si existe incertidumbre científica del daño que se pueda tener sobre el Parque Nacional Yasuní como una reserva de Biósfera. El cambio de la mentalidad política humana va teniendo un efecto productivo y positivo para el derecho ambiental aunque su cumplimiento, sobretodo en el área particular del Principio de Precaución dificultan su verdadera y real aplicación. A mayor preocupación y utilización de recursos naturales necesariamente se necesita un mayor control y mayor acción. El

²²⁷ Ricardo Luis Lorenzetti. *Teoría del Derecho Ambiental. Incertidumbre y riesgos Ambientales: Prevención y Precaución*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2004, pp. 71 - 72

²²⁸ *Id.*, p.73

²²⁹ *Id.*, p. 77

Parque Nacional Yasuní es una zona de conflicto jurídico entre la preservación y su explotación. En caso de la aplicación del artículo 407 de la Constitución de 2008 se pondera la excepción de la explotación en áreas protegidas sobre la intangibilidad del Yasuní como un valor intrínseco.

Aplicando los conceptos de Cafferatta sobre el Principio de Precaución, en este caso, podemos afirmar que con una mayor tecnología existe un menor impacto ambiental, empero a mayor necesidad de desarrollo inmediato existe menor evolución tecnológica para la utilización de sus recursos naturales limitados. Esto vulnera el Principio de Precaución frente a la actividad extractiva dentro del Yasuní ITT. La economía, por esta razón, ejerce una fuerza invisible sobre la aplicación de las normas ambientales. Este factor genera el incumplimiento de los artículos 395 y 398 de la Constitución de 2008 frente al respeto de los derechos de la naturaleza. El Principio de Precaución o *Vorsorge Prinzip* nos ayuda a ver claramente el fenómeno jurídico del conflicto normativo frente a la explotación de los recursos naturales al poder entender que sin una cautela lógica previa frente a la actuación del hombre al buscar satisfacer sus necesidades básicas, se puede llegar a tener consecuencias irreversibles. El caso del ITT no se escapa de estas pretensiones. En este caso es tan solo pensar antes de actuar y vulnerar un sinnúmero de principios constitucionales. El Principio de Precaución no deja espacio de dudas entre la explotación irreversible de recursos naturales por mano del hombre y el conflicto existente de esta actividad frente los derechos de la naturaleza. Mientras el hombre se encuentre sobre la faz de la tierra, utilizando los recursos de la naturaleza, el conflicto normativo ambiental entre los derechos de la naturaleza y la explotación económica de cualquier recurso siempre existirá. Las sociedades futuras serán quienes sufran de las decisiones del presente sobre el manejo inteligente de los recursos naturales que se encuentran al alcance cuasi gratuito del hombre. Al aplicarse la excepción jurídica del artículo 407, en base al interés nacional, se vulnerara sin duda alguna con el Principio ambiental de Precaución.

Como analizamos frente a los estudios de la CEPAL, el fenómeno jurídico del cumplimiento o del incumplimiento de la normativa ambiental en el Ecuador, se reduce a un punto específico y muy claro en dónde existe una clara relación entre la economía y la ecología. Existen factores meta jurídicos que influyen directamente en el conflicto de derechos que se generan al explotar patrimonialmente los recursos naturales. Uno de estos factores es el poder económico o interés nacional frente a los derechos de la

naturaleza y de la preservación de la biodiversidad. Esto se traduce en la estrecha relación entre el artículo 407 de la Constitución de 2008 y con los derechos de la naturaleza prescritos en el artículo 71 de la misma. Para esto debemos tomar en cuenta el artículo 11, numeral 6 de la Constitución que dispone:

Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

Este artículo establece que todos los principios constitucionales son de una misma jerarquía por lo que su ponderación no sería factible frente a la aplicación de los derechos constitucionales de la naturaleza y el artículo 407 de la Constitución. En este caso las reglas de interpretación del artículo 427 de la Constitución de Álvaro Cárdenas pueden dar una real solución al problema de la aplicación de los derechos de la naturaleza y el derecho de realizar una actividad extractiva en el ITT. Debemos afirmar entonces que para que no exista un conflicto de derechos en el cumplimiento de las normas ambientales, es del todo claro, que uno de los dos derechos debe prevalecer: la explotación petrolera del Estado o la preservación de las aéreas protegidas. El ITT se encuentra en la justa mitad de ambas pretensiones. La coexistencia entre estas dos posturas jurídicas es imposible. O se explota el ITT o se lo preserva. Este conflicto de los derechos frente a la naturaleza, al no ser compatibles entre sí, busca siempre la satisfacción de las necesidades humanas básicas. El beneficio particular Estatal o privado de la naturaleza sobre la colectividad o sobre el bien común exagera multidimensionalmente el fenómeno del incumplimiento de las normas ambientales en la explotación del ITT. La explotación de los recursos naturales frente a la intangibilidad de las áreas protegidas es un claro parámetro para establecer, sin lugar a dudas, el incumplimiento de las normas ambientales frente al aprovechamiento de los mismos. Por ende, las necesidades socio-económicas imperantes de los pobladores del planeta tierra tienen una repercusión directa en el mundo jurídico actual.

Respecto a la ponderación de los derechos de los habitantes milenarios del Parque Nacional Yasuní. Una vez que se incursiona en una zona de aislamiento voluntario como el ITT, el pueblo, que prácticamente se mantuvo intacto del mundo

exterior por más de doce mil años²³⁰, pierden instantáneamente su cultura ancestral y sus tradiciones puras humanas. Este efecto del hombre sobre el hombre mismo se da especialmente al explotar el ITT. Se busca proteger lo prescrito en el artículo 14 de la Constitución de 2008 que establece que se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, el Sumak Kawsay. Además, cualquier daño ambiental a la naturaleza puede ser reclamado, en base a la jurisdicción universal ambiental reconocida en el artículo 397 de la Constitución de Montecristi, por cualquier ser humano afectado por los daños infringidos a su entorno natural. Con esto se reafirma la Teoría del Interés de Rudolph von Ihering²³¹. El ser humano es el centro de las preocupaciones del desarrollo sostenible según el Principio 1 de la Declaración de Río de 1992 y la Constitución de 2008 contiene en su integralidad la idea del régimen de Desarrollo Sustentable bajo el régimen del Buen Vivir o Sumak Kawsay. En el Ecuador existe el principio del In Dubio Pro Natura recogido en el artículo 395, numeral 4 de la Constitución de Montecristi de 2008 y la explotación del ambiente genera un problema o un fenómeno jurídico de ponderación entre los sujetos de derecho activos o explotadores y el sujeto de derecho pasivo o naturaleza como medio de obtención de recursos naturales y frente a los riesgos de violentar el interés público que fundamenta a la conservación de la naturaleza. Ahora que para que se dé el cumplimiento de las normas constitucionales ambientales, cualquier actividad en un área protegida como el ITT, se lo debe realizar respetando íntegramente los derechos de la naturaleza.

La ponderación de los derechos de la naturaleza como sujeto de derechos respetada en su integridad bajo el régimen del Sumak Kawsay y los derechos de las personas naturales y jurídicas de explotar el medio ambiente de una manera responsable genera el conflicto de derechos dentro del ITT. La conclusión es clara, o se ponderan los derechos constitucionales de la naturaleza o el derecho de excepción a la explotación en áreas protegidas amparándose en el interés nacional. El justo cumplimiento de los derechos de la naturaleza depende de la ponderación e interpretación judicial y de la obligación del Estado de garantizar los derechos de la naturaleza frente a los derechos humanos y colectivos. Según el Informe Brutland del Primer Ministro de Noruega “el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer las

²³⁰ Erwin Patzelt. *Los Huaorani, Los Últimos Hijos Libres del Jaguar*. Quito: Banco Central del Ecuador, 2002, p. 102.

²³¹ Hernán Salgado Pesantes. Introducción al Estudio del Derecho, *Óp. Cit.*, p.54.

posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas.”²³² Si se ponderan los derechos ambientales en exceso no se puede proteger a las sociedades futuras, pero igualmente tampoco se pueden proteger a las generaciones futuras si tan solo se ponderan los derechos económicos.

Al explotar el ITT se genera igualmente un conflicto de derechos frente a los pueblos en aislamiento voluntario, no solo con los derechos de la naturaleza. Se vulnera, igualmente, con el numeral 2 del artículo 385 de la Constitución de 2008 que dispone que se debe “recuperar, fortalecer y potenciar los saberes ancestrales”. La explotación de los recursos naturales del Yasuní ITT hace imposible el cumplimiento de este precepto constitucional. Una vez que se explota económicamente el Yasuní ITT las poblaciones se “petrolizan”, especialmente con las entradas de las carreteras. Estas vías igualmente fomentan la caza ilegal de la carne de monte y de la venta y exportación de especies en peligro de extinción. Ahora que para poder explotar el Yasuní ITT se debe obedecer el artículo 398 de la Constitución de Montecristi que establece que “toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente”. De la misma manera se incumple con lo prescrito en el artículo 403 de la Constitución de 2008 que afirma que la República del Ecuador “no se comprometerá en convenios o acuerdos 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”. Además, se incumple con lo establecido en el artículo 404 de la Constitución de Montecristi de 2008 que establece que el patrimonio natural del Ecuador “único e invaluable” se “comprende, entre otras, las formaciones físicas, biológicas y geológicas cuyo valor desde el punto de vista ambiental, científico, cultural o paisajístico exige su protección, conservación, recuperación y promoción”, precepto que no se cumple al explotar patrimonialmente la reserva de biósfera mundial del Yasuní ITT.

El artículo 408 de la Constitución de Montecristi prescribe 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”. En este sentido existe un conflicto normativo entre la explotación patrimonial de los mismos y su

²³² Jorge Bustamante Alsina. *Derecho Ambiental, Fundamentación y Normativa*, Óp. Cit., p. 43.

preservación bajo tierra respetando los derechos de la naturaleza. Igualmente, al explotar una reserva de biósfera o un área natural protegida se elimina la aplicación del artículo 397, numeral segundo de la Constitución de 2008 que dispone que el Estado se compromete a “establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales”. Además, el artículo 414 de la Constitución de 2008 dispone que “el Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica.” En este caso, se explota una de las mayores zonas de biodiversidad del mundo a cambio de recursos económicos.

Por otro lado 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.

Este precepto da una clara prevalencia de los derechos económicos sobre los de la naturaleza, la factibilidad de recursos de explotación está siempre latente y la evaluación de impacto ambiental sería demasiado grande para ni siquiera pensar en la explotación. No existe una solución científica o poder humano de recuperar el equilibrio natural dentro del Parque Nacional Yasuní al explotar las reservas de recursos no renovables. Además, el costo de la remediación es notablemente e infinitamente superior que la explotación de sus recursos. El artículo 71 de la Constitución de Montecristi establece que la Naturaleza o Pacha Mama “dónde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. Se vulnera el derecho a la integralidad de la naturaleza como sujeto de derechos.

Otros preceptos afectado frente a la explotación de los recursos naturales del Yasuní ITT son el artículo 405 que establece que “el sistema nacional de áreas protegidas garantizará la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas”. El Ecuador, signatario del Protocolo de Kioto de 1997, debe aportar con la prevención de los efectos del cambio climático del artículo 414 de la Constitución de Montecristi. Su aporte es aquí, en el oeste del país, en la reserva de

biósfera más biodiversa del mundo, en el Parque Nacional Yasuní. Sus responsabilidades comunes pero diferenciadas son las de aportar con la no explotación de los recursos naturales que protegerán el aire y el clima de miles de millones de personas alrededor del mundo. Para esto, debemos recalcar lo establecido en el artículo 250 de la misma Constitución de 2008 que dispone “el territorio de las provincias amazónicas forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta”. Finalmente, se debe precautelar lo prescrito en el artículo 396 de la Constitución de 2008 que establece que:

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

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.

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.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.

Estos impactos negativos pueden ser en mayor o menor medida ser menos severos si se aplica una tecnología que sea apropiada para la actividad extractiva dentro del Parque Nacional Yasuní. el Principio Precautorio se puede utilizar “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.”²³³ En este caso, en la explotación de los recursos naturales del Yasuní ITT, existe un peligro de daño grave e irreversible una vez que se exploten los yacimientos petroleros dentro de la Reserva de Biósfera declarada como tal por la UNESCO en 1989. La ausencia de información o certeza científica no es, dentro del Principio de Precaución, un argumento válido para la actividad extractiva posponiendo el acatamiento de las normas ambientales vigentes. Los

²³³ Néstor A. Cafferatta. *Introducción al Derecho Ambiental*, Óp. cit, p. 28

costos, de una explotación sin impacto ambiental dentro del Parque Nacional Yasuní son posibles²³⁴, pero mediante el Principio de Precaución no se deben menoscabar a justificación de la carencia de evidencia tecnológica y científica. “pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos.”²³⁵ Al explotar el Yasuní ITT con opciones como la construcción de una carretera y un oleoducto como en el pasado han quedado ya obsoletas. La construcción de una base en función de un aeropuerto o helipuerto dentro del bloque ITT también son ideas en contra del Principio de Precaución. Al parecer, la perforación lateral desde las afueras de los yacimientos, preserva de cierta manera a la biósfera del planeta. Aunque no se ampara en los derechos de la naturaleza y tan solo aleja la plataforma petrolera de los campos del ITT, protege las especies y poblaciones dentro de la Reserva de Biósfera y del Parque Nacional Yasuní.

3.3 ¿Cabe la declaratoria de inconstitucionalidad en función de lo analizado en esta tesis si el gobierno decide explotar el Yasuní ITT?

En el caso de que se exploten los recursos naturales del Yasuní ITT, cabe indudablemente establecer la declaratoria de inconstitucionalidad. El artículo 436, numeral 2 de la Constitución de 2008 establece lo siguiente:

Artículo 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

²³⁴ La perforación petrolera podría realizarse bajo tierra, subterráneamente, con la tecnología actual, desde las afueras del Parque Nacional Yasuní sin generar un impacto sobre la Reserva de Biósfera. El problema es el costo de una perforación de tan prolongadas dimensiones, *vid.* http://www.slb.com/~media/Files/resources/oilfield_review/spanish00/sum00/p20_31.ashx (acceso 07/05/2012)

²³⁵ Néstor A. Cafferatta. *Introducción al Derecho Ambiental*, *Óp. cit.*, p. 74

Siendo la Corte Constitucional competente para conocer el caso se puede pedir la declaratoria de inconstitucionalidad frente a un acto administrativo que disponga la explotación de los recursos del ITT. Se vulneran derechos constitucionales como el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*²³⁶. También se afecta el interés público en base a la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados²³⁷. Además, se debe aplicar el artículo 83, numeral 7 de la Constitución de 2008 que establece que son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos el “promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir. Empero todo esto recae en el conflicto de derechos entre los intereses de preservación natural de la Constitución de 2008 y los “intereses nacionales dentro del patrimonio de áreas naturales protegidas del Estado”²³⁸. La Constitución de 2008 busca “recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable”²³⁹, pero al explorar a la naturaleza en beneficio de los intereses macroeconómicos nacionales se puede poner en peligro el cumplimiento de las normas medioambientales vigentes. Por ende, si se vulneran derechos constitucionales como los de los pueblos en aislamiento voluntario o PAV y los derechos constitucionales de la naturaleza cabe sin lugar a duda la declaratoria de inconstitucionalidad.

Igualmente existe otro elemento muy importante y es la concepción ambiental de Godofredo Stutzin citado por Luis Parragues:

Posteriormente el ecologista chileno Godofredo Stutzin publicó un importante alegato²⁴⁰ en el que se plantean cuestiones como que el “reconocimiento de los derechos de la naturaleza constituye un imperativo, una verdadera *conditio sine qua non*, para estructurar un auténtico Derecho Ecológico capaz de frenar el acelerado proceso de destrucción de la biósfera...”; que la naturaleza “posee intereses propios que son independientes de los intereses humanos y muchas veces contrapuestos a éstos en la perspectiva temporal...”; que la personalidad jurídica es indispensable para que se la

²³⁶ Constitución de la República del Ecuador de 2008. Artículo 14. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ Artículo 6 Ley de Gestión Ambiental, Registro Oficial Suplemento 418 del 10 de septiembre de 2004.

²³⁹ Constitución de 2008. Artículo 276, numeral 4.

²⁴⁰ Revista Ambiente y Desarrollo. Un Imperativo Ecológico: Reconocer los Derechos de la Naturaleza, 1984. <http://www.cipma.cl/RAD/1984-1.html>. (acceso 18/11/2011)

respete porque “solamente se respeta a quien goza de derechos, mientras que se desprecia a quien carece de ellos”.²⁴¹

El profesor californiano Christopher D. Stone²⁴², fue el pionero al abordar el tema de la naturaleza como sujeto de derechos. Por otro lado, el artículo 10 de la Constitución de 2008, artículo de una constitución latinoamericana producto del neo constitucionalismo, establece la protección particular de determinados intereses jurídicamente protegidos de la naturaleza como su derecho a la restauración²⁴³ y su derecho a la integridad²⁴⁴ de la naturaleza como un sujeto de derechos. Por ende, si se vulneran estos derechos, cabe declarar su inconstitucionalidad. El tratadista Eduardo Pigretti afirma que “el nuevo derecho ambiental constituye una especialidad que se nutre de diversas ramas del conocimiento jurídico y que prestará efectivo auxilio al cuerpo social por medio de la legislación.”²⁴⁵ La economía muchas veces impide el cumplimiento de las normas ambientales reconocidas como intereses protegidos. Muchas veces las necesidades humanas se sobreponen a los derechos de la naturaleza, ese el conflicto de derechos en su plenitud. En este caso, el Ecuador, mantiene una normativa ambiental muy estricta pero se cumple con ella, en todo o en parte, dependiendo del caso concreto. Nos encontraríamos frente a una legislación ambiental válida y vigente pero no eficaz que puede ser corregida por la declaratoria de inconstitucionalidad. En este caso el Ecuador mantiene una de las más modernas y mejores legislaciones ambientales del mundo y, a pesar de ello, no cumple con sus preceptos al explotar el Parque Nacional Yasuní. En el caso de la explotación de la naturaleza nos encontramos con los intereses o derechos económicos de aprovechar a la naturaleza bajo el régimen del Buen Vivir o del Sumak Kawsay y los derechos de la naturaleza como sujeto de derechos. Ricardo Crespo afirma al respecto que:

²⁴¹ Luis Parragues. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia*. Quito: USFQ, 2012.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ El artículo 71 de la Constitución de Montecristi de 2008 dispone que “la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.

²⁴⁴ El artículo 72 de la Constitución de Montecristi de 2008 prescribe que “la naturaleza tiene derecho a la restauración” y, que “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”.

²⁴⁵ Eduardo Pigretti. *Derecho Ambiental, Óp. cit.*, p. 52. Cursivas del autor.

“A diferencia de la Constitución anterior se agrega la figura jurídica de la naturaleza como sujeto de derechos lo cual podría tener un efecto político y jurídico importante en la medida en que se le otorga a la naturaleza mayor visibilidad y vigor cuando se enfrenten los intereses de la conservación y protección del ambiente frente a los intereses económicos.”²⁴⁶

Después de observar el derecho a un ambiente sano como un derecho fundamental, se puede hacer un enfoque más preciso sobre este como un derecho colectivo. Se puede observar a los derechos colectivos como intereses difusos que según Sandra Casabene son aquellos que no son de uno sino de todos y preocupa a la colectividad en la perspectiva de generaciones futuras²⁴⁷. Estos son intereses que la sociedad tiene en común y que se ven afectados al explotar el ITT. Dentro de un Estado está presente la colectividad como un sentimiento o necesidad que fue transformada en derechos para que su defensa sea eficaz. Álvaro Román dice por otro lado que la protección ambiental y la preservación de los daños ambientales es de fundamental importancia en orden a la protección de los derechos colectivos²⁴⁸. Podemos concluir que el derecho ambiental era considerado como un derecho colectivo porque era el interés de todos el vivir en un medio aceptable para todos. Por ende, y aplicando lo dispuesto en el artículo 71 de la Constitución de 2008 que establece que:

Artículo 71.- Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

En este sentido cualquier persona podría interponer un reclamo frente a la Corte Constitucional como “el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”²⁴⁹. Igualmente es “la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias”²⁵⁰. En caso de cumplirse con el derecho excepcional del artículo 407 se vulnerarían preceptos

²⁴⁶ Ricardo Crespo. *Los Aspectos Ambientales en la Nueva Constitución*. Quito: USFQ, 2009.

²⁴⁷ Sandra Casabene. *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente, Nociones Fundamentales sobre el Derecho del Medio Ambiente*. Tomo 1. Colombia: Universidad del Externado de Colombia, 2000

²⁴⁸ Álvaro Román. *El Daño Ambiental*. Iuris Dictio, Año 3 Numero 7, Colegio de Jurisprudencia USFQ.

²⁴⁹ Constitución de la República del Ecuador de 2008. Artículo 426. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

²⁵⁰ Constitución de la República del Ecuador de 2008. Artículo 436. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

y principios constitucionales de misma jerarquía según el artículo 427 de la Constitución de 2008 y por esto la Corte Constitucional sería quien dictamine en última instancia el cumplimiento constitucional de los derechos de la naturaleza.

4. Bibliografía

- ALESSANDRI Y SOMARRIVA. *Curso de Derecho Civil, Parte General y los Sujetos de Derecho*. Segunda Parte. Santiago de Chile: Nascimento Chile, 1957.
- ACOSTA, Alberto y Esperanza Martínez. *El Buen Vivir, una Vía para el Desarrollo*. Quito: Abya Yala, 2009.
- ARIAS, Rendón, Natalia. *El Medio Ambiente en la Nueva Constitución*. Quito, 2001.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Mesa Número Siete Régimen de Desarrollo, *Informe de Mayoría. Capítulo I: Principios Generales del Régimen de Desarrollo*.
- ATIENZA, Manuel. *Sobre lo Razonable en Derecho*. Revista Española de Derecho Constitucional No. 27, CEC, Madrid 1989.
- ÁVILA, Ramiro. *Constitución de 2008 en el Contexto Andino*. Quito: Ministerio de Justicia, 2008.
- BARRAGÁN, Romero, Gil. *El Control de Constitucionalidad*. Revista Iuris Dictio, año 1 número 2, (Abril 2000).
- BASS MS, Finer M, Jenkins CN, Kreft H, Cisneros-Heredia DF, et al. *Global Conservation Significance of Ecuador's Yasuni National Park*. (2010), PLoS ONE 5(1): e8767. doi:10.1371/journal.pone.0008767, 2010.
- BELLINGHAM, David. *Los Griegos, Cultura y Mitología*. Londres: Taschen, 2008.
- BIBLIOTECA JURÍDICA. *Jurisprudencia Internacional Caso Trail Smelter*. Fuente: www.bibliojuridica.org/libros/2/831/16.pdf (acceso 03/04/2012)
- BIOSPHERE RESERVE INFORMATION. <http://www.unesco.org/> (acceso 12/04/2012)
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Segunda edición. Bogotá: Temis, 2002.

- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Segunda Edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- BORJA, Rodrigo. *Derecho Político y Constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- BORJA Y BORJA, Ramiro. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Tomo I. Quito: Universidad Central del Ecuador, 1979.
- BRAVO, Mario Aguilera y Mercedes Cándor Salazar. *La iniciativa Yasuní ITT como Materialización de los Derechos de la Naturaleza*. Quito: Programa Andino de Derechos Humanos.
- BUSTAMANTE, Alsina, Jorge. *Derecho Ambiental, Fundamentación y Normativa*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1995.
- BUSTAMANTE Alsina, Jorge. *El Daño Ambiental y las Vías Procesales de Acceso a la Jurisdicción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.
- BUSTOS, Fernando. *Manual de Gestión y Control Ambiental*. Ecuador: R.N. Industria Gráfica, 2007
- CABODEVILLA, Miguel Ángel. *Zona Intangible, ¡Peligro de Muerte!* Quito: CICAME, 2008.
- CABRERA, Adriana Patricia. *Calentamiento Global, las Dos Caras del Efecto Invernadero*. Buenos Aires: Longseller, 2003.
- CAFFERATTA, Néstor A.. *Principios de Derecho Ambiental*. Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Instituto Nacional de Ecología. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Mexico D.F.: INE-SEMARNAT, 2004.
- CANETTI, Elías. *Masa y Poder*. Hamburgo: Claasen Verlga, 1995.
- CANOSA, Raúl. *Constitución y Medio Ambiente*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2000

- CARBAJAL, Juan Alberto. *Tratado de Derecho Constitucional*. México: Porrúa, 2002.
- CÁRDENAS ZAMBONINO, Álvaro F. *Interpretación Constitucional. Mecanismo de Sensibilización en la Protección de Derechos*. Quito: Cevallos, 2011.
- CARNOTA, Walter F. *Curso de Derecho Constitucional, Supremacía y Control Constitucionales*. Capítulo IV. Buenos Aires: La Ley, 2001.
- CASSABENE, Sandra. *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente, Nociones Fundamentales sobre el Derecho del Medio Ambiente*. Tomo 1. Colombia: Universidad del Externado de Colombia, 2000.
- CENTRO ECUATORIANO DE DERECHO AMBIENTAL. *Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano frente a la Constitución Vigente*. Quito: CEDA, 2010
- CEPAL. *Economía y Ecología: Dos Ciencias y una Responsabilidad Frente a la Naturaleza*. 1994.
- CISNEROS, Farías, Germán. *Metodología Jurídica*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2003.
- CRESPO, Ricardo. *Los Aspectos Ambientales en la Nueva Constitución*. Quito: 2009.
- CRESPO, Plaza Ricardo. *Perspectivas Futuras del Derecho Ambiental*. Revista Jurisdictio de Diciembre 2003, Año III No 7. Quito.
- CRESPO, Ricardo. *Texto Guía de Derecho Ambiental Internacional, Curso De Derecho Ambiental Internacional, Instituto de Ciencias Internacionales de la Universidad Central del Ecuador*. Quito: 2008.
- DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel, 1997.
- DURANGO, Luis Fernando. *Medio Ambiente y Licencias Ambientales*. Bogotá: Leyer, 2000.
- DURUIGBO, Emeka. *Permanent Sovereignty and Peoples' Ownership of Natural Resources in International Law*. Washington: Geo. Wash. Int'l L. Rev, 2006.

DRAFT INTERNATIONAL COVENANT ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT.
The Environmental Law Programme of the International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources in cooperation with The International Council of Environmental Law. Environmental Policy and Law Paper No. 31 Rev. 3IUCN. Gland: 2010.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

ECO, Humberto. *El Vértigo de las Listas*. Barcelona: Lumen, 2009.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/interes-publico/interespublico.htm> (acceso 03/06/2012)

ESTRADA, Oyuela Raúl A. *Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Argentina: Revista del MREyC, año 1, N° 21, 1993.

EUMED. Glosario de Conceptos Políticos Usuales. <http://www.eumed.net/dices/definicion.php?dic=3&def=361>. (acceso 03/06/2012)

EVANS, Hughes Charles. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. P. 16.

FERNÁNDEZ, Clemente. *Los Filósofos Antiguos*. Madrid: Biblioteca de Autores Católicos 1974.

FOUCAULT, Michel. *Un Diálogo sobre el Poder y otras Conversaciones*. Introducción y traducción de Miguel More. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

FONDO DE FIDEICOMISO, TÉRMINOS DE REFERENCIA. 28 de julio de 2010, *vid.* <http://yasuni-itt.gob.ec/download/documentos/5.pdf>

FONTAINE, Guillaume e Iván Narváez. *Yasuní en el siglo XXI, El Estado ecuatoriano y la Conservación de la Amazonía*. Quito: FLACSO, 2010.

GOMIS, Catalá Lucía. *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*. Madrid: Aranzadi Editorial, 1998.

GUÍA DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Policy Paper No. 30*. Suiza: UICN, 1996, p. 17

GUTIÉRREZ, Nájera, Raquel. *Introducción al Estudio del Derecho Ambiental*. Segunda Edición. México: Porrúa, 1999.

HERGUEDAS, Fernando Arribas. Del Valor Intrínseco de la Naturaleza. Universidad Rey Juan Carlos. Científicos por el Medio Ambiente: [http://www.cima.org.es/archivos /Areas/ciencias_sociales/9_humanidades.pdf](http://www.cima.org.es/archivos/Areas/ciencias_sociales/9_humanidades.pdf) (acceso 22/05/2012)

HERRERA, Carillo, Ricardo. *Justicia Ambiental, las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente, Jornadas Internacionales en Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HUERTA Guerrero, Alberto, Luis. *Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional, Ensayos – Jurisprudencia*. CIEDLA. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1997.

IGUARÁN, Mario. *Justicia Ambiental y Acciones Judiciales para el Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia Agosto, 2001

IGLESIAS, José María. *Escritos Escogidos*. México: Librería de Ch Bouret, 1909.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Charles Eisenmann. Paris: Dalloz, 1952.

LANDÁZURI, Helena. *El Medio Ambiente en el Ecuador*. Quito: Ildis, 1988.

LANDÁZURI, Helena y Jijón, Carolina. *El Medio Ambiente en el Ecuador*. 2da Edición de Santiago Escobar y Alejandra Adoum. Quito: Ildis, 1988.

LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

- LARREA HOLGUÍN, Joaquín. *Manual de Historia del Derecho Ecuatoriano*. Quito, 2000
- LEORO Franco, Galo. *El Proceso Tendiente a un Derecho Ambiental de las Américas*. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1995.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 1995.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría del Derecho Ambiental. Incertidumbre y Riesgos Ambientales: Prevención y Precaución*, Buenos Aires, 1995.
- LOVELOCK, James. http://www.ecolo.org/lovelock/what_is_Gaia.html (acceso 03/04/2012)
- LUHMANN Niklas. *Poder*. Barcelona: Anthropos, 1995.
- LOZANO, Lucrecia. *La Iniciativa para las Américas. El Comercio hecho Estrategia*. Centro de Estudios Latinoamericanos. CELA. México UNAM. http://www.nuso.org/upload/articulos/2241_1.pdf (acceso 03/04/2012)
- MARTÍNEZ, Esperanza y Acosta, Alberto. *ITT – Yasuní entre el Petróleo y la Vida, A modo de Prólogo, ¡Basta a la Explotación de Petróleo en la Amazonía!* Universidad Politécnica Salesiana, Quito: Abya Yala, 2010.
- MAJOVA, Zukile. National interest versus public interest. <http://www.thoughtleader.co.za /author /zukilemajova/09/28/ national-interest-versus-public-interest/> (acceso 03/06/2012)
- MELO, Mario. *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo UNDP “Proyecto Conservación y Manejo Sostenible del Patrimonio Natural y Cultural de la Reserva de Biósfera Yasuní”*. Consultoría Para El Estudio de los Aspectos Jurídico Constitucionales de la Propuesta ITT. Marzo, 2009.
- MÉNDEZ, Juan, Augusto. *La Constitución Nacional y el Medio Ambiente*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

MEJÍA, Enrique Santander. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Bogotá: ECOE Ediciones, 2002.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL ECUADOR.
<http://www.mmrree.gov.ec/> (acceso 03/04/2012)

OST, François. *Naturaleza y Derecho, Para un Debate Ecológico en Profundidad*. A la sombra del Dios Pan: la Deep Ecology. Buenos Aires: Ediciones Mensajero, 2000, p. 146

PIGRETTI, Eduardo. *Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

PATZELT, Erwin. *Los Huaorani, Los Últimos Hijos Libres del Jaguar*. Quito: Banco Central del Ecuador, 2002.

PARRAGUES, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia*. Quito: USFQ, 2012.

PARRAGUES, Luis, *Personas y Familia, Volumen I*, Universidad Técnica Particular de Loja, 2005.

PRADO, Juan José y Roberto García Martínez. *Instituciones de Derecho Privado*. Principios Generales del Derecho. Madrid: Editorial Eudeba, 1985.

PAZ, Hernán. *Los Huaorani del Cononaco, En lucha por la Supervivencia de su Selva y su Cultura Amazónica frente al Avance de las Grandes Petroleras*. Quito: Abya Yala, 2007.

PEÑAHERRERA, Blasco. *La Revolución del Sentido Común*. Quito: 1992.

PÉREZ Ordoñez, Diego. *Temas de Derecho Constitucional*. USFQ. Quito: Ediciones Legales, 2003

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Octava Edición. Madrid: Marcial Pons, 2002.

PRADO, Juan José y Roberto García Martínez. *Instituciones de Derecho Privado*. Principios Generales del Derecho. Madrid: Editorial Eudeba, 1985.

- NAPOLITANO, Dora y Stephens, Carolyn. *La salud de los pueblos indígenas y el Proyecto de Gas de Camisea. Informe para la AIDSESEP*. Octubre 2003.
- QUINTANA, Linares. *Teoría e Historia Constitucional*. Tomo I. 1984.
- JACOBSON, Harold K. y Price, Martin F. *A Framework for Research on the Human Dimensions Of Global Environmental Change, ISSC*. UNESCO, Serie 3. Fuente: Eduardo Pigretti. *Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Depalma, 1993, página 63.
- JASSI, Giovanna. *Náufragos del Mar Verde, La resistencia de los Huaorani a una Integración Interpuesta*. Quito: Abya Yala.
- JOHNSON, George. "Conectados con el Sol". *National Geographic*, Julio 2009.
- RABINOVICH, Ricardo, *Manual de Historia del Derecho*. Buenos Aires: Temis, 1992.
- REVISTA ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Año I, 2000, Numero I.
- ROMÁN, Álvaro. *El Daño Ambiental*. Iuris Dictio, Año 3 Numero 7, Colegio de Jurisprudencia USFQ.
- ROSE, Arnold M. *La Estructura del Poder, El Proceso Político en la Sociedad Norteamericana, Psicología Social y Sociología*. Buenos Aires: Paidós, 1967.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte General, (Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito)*. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzon Penna, Díaz Miguel y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- SAGAN, Carl. *Los Dragones del Edén, Especulaciones sobre la Evolución de la Inteligencia Humana*. México: Grijalbo, 1984.
- SALGADO, Antonio. *Derecho Ambiental*. Quito: Abya Yala, 2005.
- SALGADO Pesantes, Hernán. *Introducción al Estudio del Derecho*. Quito: Editora Nacional, 2002.

- SANTANDER, Mejía, Enrique. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Bogotá: ECOE Ediciones 2002.
- SERNA, Pedro y Fernando Toller. *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales, Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*. Argentina: La Ley, 2008.
- SIEYES, Emmanuel. *¿Qué es el tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- STONE, Cristopher D. *Should Trees Have Standing, Toward Legal Rights for Natural Objects*. California: 1972, pp. 306-312.
- STUTZIN, Godofredo. Un Imperativo Ecológico: Reconocer los Derechos de la Naturaleza. En *Rev. Ambiente y Desarrollo*. Volumen 1 No 1, junio de 1984. Versión digital: en <http://www.cipma.cl/RAD/1984-1.html> (acceso 03/04/2012)
- TRIPPELLI, Adriana. *Los Principios Rectores Ambientales de la Corte Internacional de Justicia*. Revista de Derecho Ambiental Lexis. Buenos Aires: Instituto de Derecho por un Planeta Verde.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Judicial Handbook on Environmental Law*. United Kingdom: UNEP. 2005
- VALLS, Florencia, Claudia. *Impacto Ambiental*. Buenos Aires – Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2002.
- VIAMONTE, Sánchez. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.
- WEBER, Max. *Sociología del Poder, Los Tipos de Dominación*. Edición de Joaquín Abellán. Madrid: Alianza Editorial, 2007.
- WRIGHT, Mills, C. *La Élite del Poder*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- YASUNÍ ITT. *Crea un Nuevo Mundo*. <http://yasuni-itt.gob.ec/%C2%BFque-es-la-iniciativa-yasuni-itt/> (acceso 11/04/12)

Normativa

DECRETO EJECUTIVO 552. Registro Oficial Suplemento 121 de 02 de febrero de 1999.

DECRETO EJECUTIVO 2187. Registro Oficial 1 del 16 de enero de 2007.

DECRETO EJECUTIVO 1053. Registro Oficial 352 del 04 de junio de 2008.

CARTA DE LA NATURALEZA DE LAS NACIONES UNIDAS (1982)

CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS (1945)

CÓDIGO PENAL en materia de Delitos Ambientales.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

CONVENIO DE LA BIODIVERSIDAD BIOLÓGICA (1995)

CONVENIO Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

CONVENCIÓN de Londres para prevenir la contaminación del mar por hidrocarburos (1954)

CONVENCIÓN sobre la Responsabilidad Civil por Los Daños Causados por la Contaminación por Hidrocarburos (1969)

CONVENCIÓN sobre la intervención en alta mar en caso de accidentes que entrañen una contaminación por hidrocarburos. Firmada en Bruselas en 1969.

DECLARACIÓN DE RÍO DE JANEIRO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO

INICIATIVA ITT. Registro Oficial 119 del 29 de enero de 2010

AGENDA 21 sobre Derecho Ambiental

LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Registro Oficial Suplemento 418 del 10 de septiembre de 2004.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE.

PROTOCOLO DE KIOTO (1997)

REGISTRO OFICIAL 222 del 01 de diciembre de 2003 y su modificación del 04 de enero de 2008.

SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL, Año II, de Quito, del martes 02 de diciembre de 2008, N° 479.

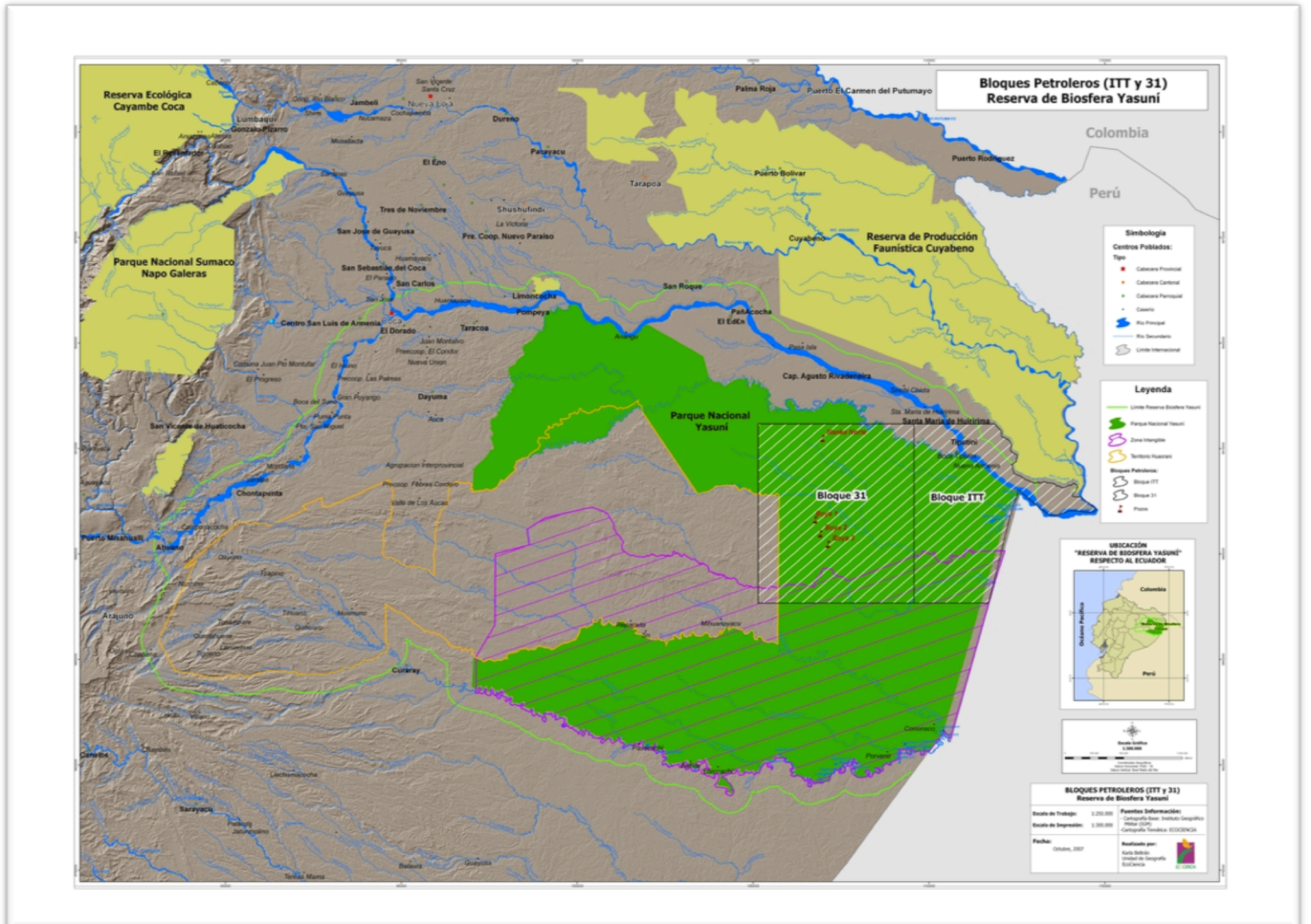
TEXTO UNIFICADO LEGISLACIÓN SECUNDARIA, Medio Ambiente, Registro Oficial Suplemento 2, 31 de Marzo 2003

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE.

5. Anexos

Anexo 1

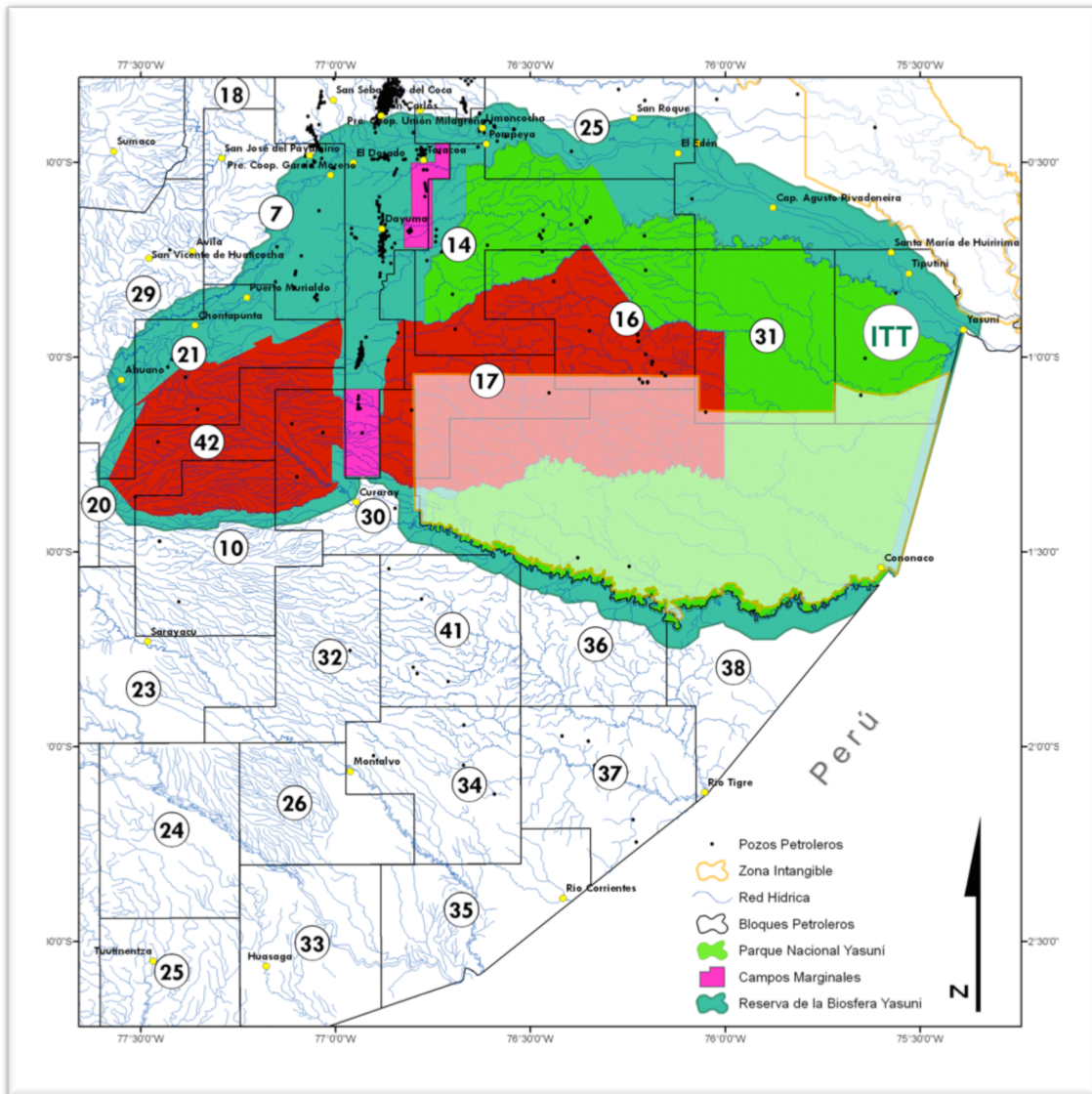
Fuente:²⁵¹



²⁵¹ http://ecuafloida.files.wordpress.com/2010/11/mapa_bloques_pozos_yasuni_1.jpg (acceso 20/07/12)

Anexo 2

Fuente:²⁵²



²⁵² http://mapas.accionecologica.org/mapas/TEMAS/YASUNI/zona_intangible_yasuni.png (acceso 20/07/12)

Anexo 3

Fuente:²⁵³

Cuadro 1
Principales Contribuciones Esperadas por Países

País	PIB 2005 (millardos \$)	PIB Per capita US \$	%PIB total	Contribución total (millones US dólares)	Contribución anual por 13 años
Estados Unidos	12417	41890	36.98	2983.2	229.48
Japón	4534	35484	13.50	1089.3	83.80
Alemania	2795	33890	8.32	671.5	51.65
Reino Unido	2199	36509	6.55	528.3	40.64
Francia	2127	34936	6.33	510.9	39.30
Italia	1763	30073	5.25	423.5	32.57
España	1125	25914	3.35	270.2	20.78
Canadá	1114	34484	3.32	267.6	20.58
Federación Rusa	764	5336	2.27	183.5	14.11
Australia	733	36032	2.18	176.0	13.54
Holanda	624	38248	1.86	150.0	11.54
Bélgica	371	35389	1.10	89.1	6.85
Suiza	367	49351	1.09	88.2	6.78
Suecia	358	39637	1.07	85.9	6.61
Austria	306	37175	0.91	73.5	5.66
Polonia	303	7945	0.90	72.8	5.60
Noruega	296	63918	0.88	71.0	5.46
Dinamarca	259	47769	0.77	62.2	4.78
Grecia	225	20282	0.67	54.1	4.16
Irlandia	202	48524	0.60	48.5	3.73
Finlandia	193	36820	0.58	46.4	3.57
Portugal	183	17376	0.55	44.0	3.39
República Checa	124	12152	0.37	29.9	2.30
Hungría	109	10830	0.33	26.2	2.02
Luxemburgo	37	79851	0.11	8.8	0.67
Eslovenia	34	17173	0.10	8.3	0.64
Islandia	16	53290	0.05	3.8	0.29
Total	33575		100.00	8066.7	620.52

Nota: algunos pequeños países industrializados del Anexo I del Protocolo de Kioto no han sido incluidos en el cuadro.

²⁵³ <http://yasuni-itt.gob.ec/download/documentos/8.pdf> (acceso 20/07/2012)