

**Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia**

**La exigibilidad del derecho a la restauración de la Naturaleza en los
procesos de exploración y explotación minera**

Juan Sebastián Naranjo

Director de Tesis:
Dr. Ricardo Crespo

Quito, noviembre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

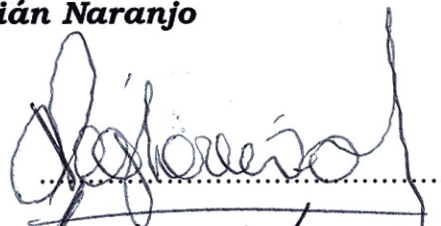
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

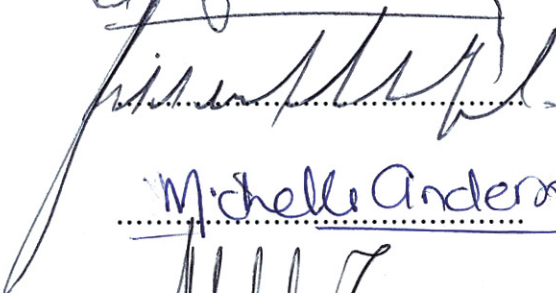
“La exigibilidad del derecho a la restauración de la Naturaleza en los procesos de exploración y explotación minera”

Juan Sebastián Naranjo

Dr. Juan Carlos Pérez
Presidente del Tribunal e Informante



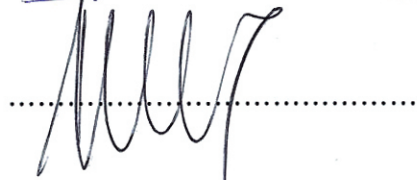
Dr. Ricardo Crespo
Director de Tesis



Dr. Hugo Echeverría
Delegado del Decano e Informante

Michelle Anderson W.

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



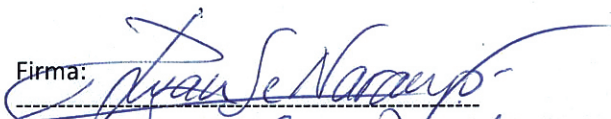
Quito, 14 de Enero de 2013

© 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:

JUAN SEBASTIÁN NARANTO

C. I.:

171495087-8

Fecha:

14-01-2013

Dedicado a mi familia y amigos que estuvieron conmigo durante este proceso,
especialmente a María Gracia por su apoyo incondicional.

Resumen.-

El presente trabajo tiene por objetivo analizar la exigibilidad de los derechos de la Naturaleza consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, específicamente, el derecho que enviste a la Naturaleza para ser restaurada y mantener sus ciclos vitales. Para un análisis focalizado del tema, se examinará la exigibilidad del derecho a la restauración en los procesos de la actividad minera, específicamente en el de exploración y explotación. Procesos que están estrictamente regulados por la normativa ambiental vigente que regulan la materia. Se observará como dentro de la actividad minera, es posible exigir la protección de la Naturaleza en base a los principios de precaución y prevención, y como se puede requerir la remediación de pasivos ambientales que se puedan causar, producto de la actividad minera.

Abstract.-

This paper aims to analyze the enforceability of the rights of nature embodied in the Ecuadorian Constitution, specifically; the Nature's right to be restored by maintaining their vital cycles. For an attentive analysis of the issue, will examine the enforceability of the Nature's right to be restored in the processes of mining, specifically in the exploration and exploitation activities. Processes that are tightly regulated by environmental standards that govern this subject. We will observe within the mining process, the possibility for an accurate protection of nature based on the principles of precaution and prevention, as well as a profound action towards environmental liabilities, that may be caused as a result of mining activity that need to be redeemed.

Índice

Introducción.....	1
<i>CAPÍTULO I.- Los Derechos de la Naturaleza</i>	
1.1. Los derechos subjetivos de la Naturaleza.....	6
1.2. Marco conceptual, definición de ambiente.....	10
1.3. El Derecho Ambiental	17
1.3.1. Características.....	19
1.3.1.1. Derecho autónomo.....	19
1.3.1.2. Carácter público.....	19
1.3.1.3. Derecho preventivo	20
1.3.1.4. Derecho dinámico.....	22
1.3.1.5. Derecho transnacional	23
1.3.1.6. Derecho interdisciplinario y transversal	25
1.4. Reseña Histórica de los Derechos de la Naturaleza	26
1.5. Los Derechos de la Naturaleza en la Constitución del Ecuador.....	33
1.5.1. Legislación vigente reguladora de los derechos de la Naturaleza dentro del Neoconstitucionalismo.....	36
1.5.2. Artículos 71 y 72 de la Constitución del Ecuador que consagra a la Naturaleza como sujeto de derechos y le otorga el derecho a la restauración	49
<i>CAPÍTULO 2.- La Naturaleza como Sujeto de Derecho y la aplicación del Derecho a la Restauración de la Naturaleza</i>	
2.1. La capacidad y titularidad de la Naturaleza.....	54
2.2. El daño ambiental	62
2.2.1. Imprescriptibilidad de las acciones para prevenir y reparar el daño ambiental....	64
2.2.2. La valoración del daño	65
2.3. El Derecho a la Restauración de la Naturaleza.....	68
2.3.1. El artículo 72 de la Constitución que consagra el Derecho a la Restauración de la Naturaleza	70
2.3.1.1. La Naturaleza tiene derecho a la restauración	70
2.3.1.2. 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	74
2.3.1.3. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de recursos naturales no renovables	78
2.3.1.4. El Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas	79
2.4. Los límites a la Restauración integral de la Naturaleza.....	79
2.5. El Derecho a la Restauración Integral de la Naturaleza en el contexto de los principios rectores del derecho ambiental: precaución y prevención.	82

2.5.1.La desvinculación de la decisión precautoria de la certeza científica	87
2.5.2.Precaución activa y precaución inactiva.....	89
2.5.3. Responsabilidad objetiva.....	90
2.5.4.La teoría del riesgo	96
2.6.La exigibilidad de los Derechos de la Naturaleza	97
2.6.1.Legitimación activa	98
2.6.2.Jurisdicción especializada en materia ambiental	99
2.6.2.1.Competencia civil y administrativa	100

CAPÍTULO 3.- La aplicación de los Derechos de la Naturaleza en los procesos industriales de extracción de minerales.-

3.1. El proceso de exploración y explotación minera en la legislación ecuatoriana	106
3.2. La prospección.....	107
3.3. La exploración minera	109
3.4. La explotación minera	114
3.5. La Ley de Minería ecuatoriana.....	119
3.5.1. Concesión minera	120
3.6. La protección ambiental en los procesos de exploración y explotación minera ...	123
3.6.1.Impactos de la minería	123
3.6.2.Protección ambiental en la ley de minería.....	125
3.7.La exigibilidad del Derecho a la restauración integral de la Naturaleza en la exploración y explotación minera.....	132
3.8. Acceso a la justicia en la actividad minera.....	138
3.8.1.Vía constitucional.....	138
3.8.2.Vía administrativa.....	140
3.8.3.Vía civil.....	140
3.8.4.Vía penal.....	142

CAPÍTULO 4.- Conclusiones

Generales	142
Específicas.....	144
BIBLIOGRAFÍA	149
Plexo normativo.....	155

Introducción.-

Es indudable que la acción de las personas en los últimos siglos ha impactado el equilibrio natural de los ecosistemas del planeta principalmente a partir de la revolución industrial. Las nuevas tecnologías y un sistema económico consumista y depredador aportan con nuevos riesgos para la humanidad y para los ecosistemas. Esto es evidenciable en el diario vivir, al experimentar los desajustes y variaciones que tienen los ciclos ecológicos de la Tierra en distintos niveles; la problemática del cambio climático, el agotamiento de la capa de ozono, el crecimiento demográfico abrupto, la contaminación del agua y los suelos, la pérdida de biodiversidad y extinción de especies que habitan el planeta, la deforestación de selvas tropicales, la plantación de monocultivos, etc. La pérdida de valores ambientales está en constante incremento, y en consecuencia, al verse los Estados improvisados de mecanismos para controlar estos ciclos, se han visto en la obligación de desarrollar políticas amigables con el ambiente para intentar menoscabar el impacto producido. Siendo el derecho una de las herramientas precisas para orientar la conducta de la gente con respecto a la responsabilidad de los ciudadanos que habitan un Estado. Para otorgar la protección debida al medio ambiente, países como el Ecuador han implementado la ficción jurídica de otorgar derechos a la Naturaleza a nivel constitucional. Sin embargo, surgen varias incógnitas referentes a la aplicación en derecho de esta ficción.

Dentro de la amplia esfera de estudio que establece el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derecho, el estudio solamente del derecho de restauración positivizado en la Constitución ecuatoriana en el proceso de la exploración minera, limita el tema estrictamente a una premisa: ¿es o no es exigible el derecho de restauración a la luz de la Constitución ecuatoriana y la ley de minería en los procesos de exploración y explotación minera? En la presente tesis, se intentará probar cómo la Naturaleza como un ente sin capacidad u obligaciones puede ejercer y exigir los derechos constitucionales en los procesos industriales de exploración y extracción de minerales. Es deber del Estado encontrar métodos eficaces que garanticen el cumplimiento y exigibilidad de los derechos constitucionales. En esta investigación se pretende probar que el derecho de restauración de la Naturaleza es un derecho constitucional, abstracto, “sui generis”, objetivo, suspensivo que es exigible a través de la figura de representación frente a los tribunales del Ecuador, cuando se produce una afectación al ambiente que merece la reparación integral frente al daño causado por la acción u omisión de un ente privado o público en el proceso industrial de la exploración y explotación minera contemplada en las leyes ecuatorianas.

En adición a lo que estipula la Norma Fundamental, normas de menor jerarquía coadyuvan para la aplicación de estos derechos constitucionales, en función de la protección de la Naturaleza. Verbigracia, Instrumentos Internacionales suscritos por el Ecuador en materia ambiental, los cuales exponen principios, establecen objetivos para regular y controlar, aspectos referentes a la ecología y al entorno ambiental. La Ley de Gestión Ambiental, que señala los procesos administrativos de regularización ambiental y atribuye competencia al Ministerio del Ambiente como rector del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental. Regula, entre otros instrumentos, la obligatoriedad del licenciamiento ambiental para actividades de riesgo a través de procesos de evaluación de impacto ambiental. Entre otras cosas, esta ley determina que se deben realizar los pertinentes estudios de impacto ambiental para toda obra; ya sea, pública, privada o mixta; además promueve la iniciativa de todos los ciudadanos, para que intervengan en los procesos de exigibilidad de los derechos de la Naturaleza, cuando éstos se vean comprometidos. El Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria (TULAS),

contendiente de reglamentos y parámetros que regulan actividades, que por su naturaleza pueden implicar un posible peligro para el ambiente y los ecosistemas.

En la presente tesina, se estudiarán los alcances jurídicos que se deslindan del otorgamiento de derechos a la Naturaleza, específicamente el derecho a la restauración dentro de la actividad minera. Se estudiarán los límites a este derecho y su aplicación en procesos administrativos y civiles en concomitancia con las normas de menor jerarquía. A su vez, se intentará probar la hipótesis de que el derecho de restauración de la Naturaleza en los procesos de exploración y explotación minera sí es exigible en los tribunales de la República del Ecuador a la luz de la Constitución del Ecuador y la normativa ambiental vigente, en especial la Ley de Minería.

Para probar esta hipótesis, es necesario primero analizar el alcance doctrinario y teórico de los derechos de la Naturaleza desde el ámbito del neoconstitucionalismo que se impone en el actual régimen constitucional del Ecuador. Así mismo, en el segundo capítulo analizaré la ficción jurídica de la Naturaleza como sujeto de derechos, específicamente el derecho de restauración que la Constitución del Ecuador le otorga a este ente en el caso de daños ambientales. En el tercer capítulo se analizará la aplicación de los derechos de la Naturaleza en los procesos industriales de exploración y extracción de minerales en el territorio ecuatoriano. Finalmente el último capítulo de la presente, tesis se señalan las conclusiones sobre la hipótesis.

CAPITULO I.-Los Derechos de la Naturaleza.-

El mundo de la actualidad se desarrolla bajo un andamiaje económico puramente mecanicista, devorador, extractor-explotador. “Los límites de los estilos de vida sustentados en la visión ideológica del progreso antropocéntrico son cada vez más notables y preocupantes.”¹ La visión del progreso se contrapone con la capacidad de absorción de daño ambiental y resiliencia² que tiene la Tierra. Esta manera de ver la Naturaleza desde la construcción social del hombre es lo que se conoce como el antropocentrismo. El sistema actual económico conlleva a una subordinación de la Naturaleza a los fines antropocéntricos por ende lo que se intenta desde el punto de vista protector y holístico es dejar de ver a los recursos naturales como una condición para el crecimiento económico o como simple objeto para el desarrollo.

En esta esfera, nos situamos para comprender el contexto económico por el cual se manejan las problemáticas ambientales en la mayoría de países. Se ha intentando enfrentar la problemática jurídica ambiental, con medidas legales que regularizan el comportamiento y la conducta del hombre frente a la Naturaleza. Así lo manifiesta Alberto Acosta:

¹Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (editores); *Derechos de la Naturaleza - El futuro es ahora*, AbyaYala, Quito, 2009. p. 14.

²Common, Michael y Sigrid Stagl. *Introducción a la Economía Ecológica*, Editorial Reverté, Barcelona: 2008. (En ecología de comunidades y ecosistemas, el término resiliencia indica la capacidad de estos de absorber perturbaciones, sin alterar significativamente sus características de estructura y funcionalidad, es decir, pudiendo regresar a su estado original una vez que la perturbación ha terminado. En ese sentido, se observa que comunidades o ecosistemas más complejos (que poseen mayor número de interacciones entre sus partes), suelen poseer resiliencias mayores ya que existe una mayor cantidad de mecanismos autoreguladores. La capacidad de resiliencia de un ecosistema está directamente relacionada con la riqueza de especies y el traslado de las funciones ecológicas que éstas tengan. Es decir que un sistema en el cual sus integrantes tengan más diversidad y número de funciones ecológicas será capaz de soportar de mejor manera una perturbación específica. La resiliencia se define como la capacidad de un sistema para retornar a las condiciones previas a la perturbación.

Un sistema que posee resiliencia es aquel que, cuando se ve sujeto a una alteración, sigue existiendo y funcionando esencialmente de la misma manera. El funcionamiento de los ecosistemas es lo que permite la prestación de muchos de los servicios que el medio ambiente le brinda a la economía. Los factores que fomentan a la resiliencia de un ecosistema fomentan la sostenibilidad. Un ecosistema puede ser resistente respecto a un tipo de alteración pero no a otro. Sin embargo, destacamos que parece haber un consenso respecto a que las reducciones de la biodiversidad – pérdida de poblaciones- en un ecosistema se deben considerar amenazas a la resiliencia. De lo que se desprende que la pérdida de biodiversidad debe ser considerada una amenaza a la sostenibilidad. Tanto la extracción de recursos como la acumulación de residuos participan en la pérdida de biodiversidad. Es decir, estos dos aspectos constituyen una amenaza para la sostenibilidad en cuanto a las consecuencias que acarrearán para la resiliencia de los ecosistemas. La resiliencia es una medida de la magnitud de los disturbios que puede absorber un sistema para pasar de un equilibrio a otro. De otra forma se argumenta que las actividades económicas son sostenibles solamente si los ecosistemas que soportan la vida, y de los cuales son dependientes, tienen un adecuado nivel de resiliencia.

Hasta ahora se ha intentado enfrentar los problemas e incluso las demandas ambientales con medidas legales que regulan el comportamiento humano. Sin embargo, es cada vez más fuerte la sospecha de que los actuales marcos normativos terminan justificando/tolerando los daños ambientales; al no cuestionar el actual modelo depredador, se concentran apenas en definir cuánta contaminación (es decir destrucción) de la Naturaleza está permitida. Incluso la visión de remediar el daño ambiental se enfoca en restituir a la persona o comunidad aquello que usaba del ecosistema y de ninguna manera en recuperar el sistema natural en sí mismo.³

Al consagrar a la Naturaleza como un sujeto de derechos, se está marcando una ruta distinta para la generación de nuevas doctrinas, ideologías y políticas que redarguyen con las teorías clásicas; teorías que normalmente siguen una coyuntura histórica lineal. Estas ideas pioneras, resultan alarmantes y utópicas, debido que cambian el sentido antropocéntrico de enfrentar la problemática ambiental. Le dan un enfoque distinto a la manera de solucionar conflictos, en donde se manifieste un detrimento de la Naturaleza, sin embargo esta teoría postula una contradicción alarmante frente a las teorías clásicas de la exigibilidad de los derechos.

La característica del sujeto de derechos como lo conoce la doctrina clasista, asume la “particularidad” de la consagración de deberes y obligaciones recíprocas a un ente legalmente capacitado para cumplir dicha “particularidad”. Al presentar esta tesis a nivel constitucional se cambia verazmente el sentido de lo que sería “un sujeto” en estricto sensu. Podemos decir que este intento de homologar la protección del ambiente con una figura jurídica clásica responde a las exigencias sociales, económicas y políticas en la que se figura. Sin embargo, se mantiene la constante incógnita de cómo este ente inerte, incapaz de comunicar sus intereses y de cumplir debidas prestaciones puede exigir el cumplimiento de un derecho consagrado en la cúspide de la pirámide de Kelsen. Por esta incógnita es importante advertir sobre las teorías que estudian a los sujetos de derechos y a los derechos subjetivos que aquellos proclaman.

³*Supra Nota 1.*

1.1 Los derechos subjetivos de la Naturaleza.-

Los derechos plasmados en la Carta Magna, en general se asientan sobre las teorías de los Derechos Subjetivos⁴ que se desprenden de las Teorías Generales del Derecho y en particular del Derecho Privado. El Derecho Subjetivo se puede definir, en forma sintetizada, como los derechos inherentes al ser humano que responden a una conducta o pretensión impuesta por la legalidad y que son exigidos a través de la expresión de voluntad del sujeto que los ejerce. El resultado del estudio y profundización de las teorías generales del derecho, y puntualmente las teorías sobre el derecho subjetivo, han sido plasmadas en distintas obras durante la historia y entre los mayores exponentes de esta doctrina se puede rescatar lo expuesto por Hans Kelsen, Carl von Savigny, y Rudolf von Ihering.

En relación a la primera teoría sobre los derechos subjetivos, es pertinente revisar lo que Kelsen nos dice en su libro *Teoría pura del Derecho*. El “derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma”⁵. En ese sentido, esta teoría nos dice que para que la Naturaleza sea sujeto de derechos subjetivos, necesariamente se debe incorporar en la normativa este mandato. Por lo mismo, si se establece en la norma suprema que la Naturaleza tiene derechos, entonces este ente se convierte de manera positiva, en sujeto de derechos subjetivos. En sentido estricto, lo que el Ecuador plasmó en la Constitución es la positivización del derecho subjetivo de la Naturaleza al consagrar la misma como tal. Esto se refleja en la siguiente cita tomada de su obra “*Teoría Pura del Derecho*”.

[...] Se cree entonces poder concebir el orden jurídico como la regularidad de cierto curso de comportamiento humano. Se ignora a sabiendas el sentido normativo con el cual esos actos aparecen, puesto que no se cree poder aceptar el sentido de un verbo “deber” diferente del verbo “ser”. Por ende, el sentido de un acto en el cual la autoridad jurídica ordena, autoriza, o permite positivamente determinada conducta humana, sólo puede ser descrito científicamente

⁴M. A. Laquis Et. Al. *Sobre la Teoría del Derecho Subjetivo*. pp. 229

(Derechos Subjetivos: Al positivizarse la Escuela de Derecho Natural dejará como herencia una Teoría General del Derecho Subjetivo en la cual se exalta el poder creador de la voluntad del hombre, capaz de generar por sí, por su sola potencia vinculatoria, más allá y aún en contra del poder del Estado, reglas obligatorias a las que éste habrá que someterse.)

⁵*Ibid.*

como intento de suscitar los hombres determinadas representaciones, mediante cuya fuerza motivadora los mismos son llevados a actuar determinada forma.⁶

El pensamiento kelseniano corrobora a favor de la aplicación de los derechos de la Naturaleza en el sentido de que el acto, que la autoridad jurídica autoriza y permite positivamente, es la consagración de estos derechos en la Constitución. Al estar plasmados en la norma suprema se le otorga validez plena a esta nueva figura jurídica, sin embargo, se presenta un inconveniente al momento de exigir dichos derechos. Si bien, Kelsen nos dice que los derechos subjetivos nacen con la sola declaración de derechos en la norma, la voluntad necesaria para ejercer esas obligaciones no es factible sin que una persona natural o jurídica represente esos derechos y obligaciones que le corresponden a la Naturaleza. Esto nos lleva a la siguiente teoría sobre los derechos subjetivos; la teoría de la voluntad sostenida por Carl von Savigny.

La teoría de la voluntad es la esencia de los derechos subjetivos y la primera que la ciencia jurídica moderna elaboró para describir dicho derecho. El mayor ícono de esta teoría es Friedrich Carl von Savigny, jurista de la Escuela Histórica del Derecho⁷, quien sostenía que el derecho subjetivo era “un poder de la voluntad individual, en cuyos límites el individuo reinaba con consentimiento de todos”⁸. En otras palabras, tal como lo sostiene el catedrático alemán Bernhard Windschield citando a Savigny;

El derecho subjetivo es un poder de la voluntad individual concedido por el ordenamiento jurídico a un individuo en particular. Este poder o señorío de la voluntad tenía, empero, una distinta configuración y función. Así, en algunos casos facultaba a exigir el cumplimiento de determinada conducta emanada de un precepto jurídico y, en caso de incumplimiento, a poner en marcha los medios coactivos previstos por el Estado⁷; mientras que en otros, simplemente posibilitaba la cesión o transmisión de dicha facultad.”⁹

⁶ Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Traducción de Roberto J. Vernego. México, 1986.

⁷ F. Escobar Rozas. El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Enero 1998. 18 de agosto de 2011. Disponible en: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=freddy_escobar&sei-redir=1#search=%22teorias%20de%20los%20derechos%20subjetivos%22

⁸ *Supra Nota 7*.

⁹ Windschield Bernhard, *Tratado de Derecho Civil Alemán*, traducido por Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1987. tomo I. volumen I. pág. 135.

En cualquiera de los supuestos enunciados en la cita superior, lo decisivo era la voluntad del sujeto que ejerce dichos derechos, ya que de este dependía que se realice o no lo que la ley consagra. Es decir, el derecho positivo es el que ordena que se extinga, altere o constituya la actuación de la conducta o voluntad. Desde esta teoría entonces, es incorrecto pensar que la Naturaleza pueda ser vista como un sujeto con voluntad propia, por lo mismo, dentro del alcance de esta doctrina, la Naturaleza, al no ser un sujeto con voluntad propia, no puede ser sujeto de derechos. Basados en esta premisa, concluimos entonces que las obligaciones jurídicas emanadas por el derecho positivo solamente pueden ser ejecutadas a través de una persona que tiene la voluntad para hacerlo; y en el caso de un ente inerte sin voluntad, incapaz de hacerse valer por sí mismo, como la Naturaleza, estos derechos no podrían ser exigidos sin un representante que facilite el cumplimiento de los mismos. Este caso es similar a lo que ocurre con las personas jurídicas, que son considerados incapaces relativos pero que pueden manifestar su voluntad a través de un representante. Más adelante se observará que para que la Naturaleza pueda ejercer dicha potestad otorgada por el derecho positivo, primero necesita obligatoriamente un individuo que comparezca como representante de aquellos derechos.

Siguiendo los postulados de la teoría de los derechos subjetivos, nos enfrentamos a otra teoría distinta a las dos anteriores. Esta la sostiene Rudolf von Ihering quien nos dice que la voluntad no podía ser el elemento central del derecho subjetivo en tanto y en cuanto existan sujetos carentes de voluntad, como los niños y los débiles mentales, que pese a esa circunstancia, son plenipotenciarios de los derechos subjetivos.¹⁰ A esta teoría se la conoce como la del interés, en la cual se advierte que el elemento central del derecho subjetivo no es la voluntad del sujeto sino más bien el interés del mismo. Según Ihering “el derecho subjetivo no existía para realizar una voluntad *“abstracta”* o vacía, sino para procurar al individuo un servicio, utilidad o ventaja; en suma un bien.”¹¹ En consecuencia, lo que esta tesis propone, es el entendimiento del derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido. Entonces, que la Naturaleza sea titular de derechos subjetivos se consideraría

¹⁰ Abreviaturas de “El Espíritu del Derecho Romano”, traducción de Fernando Vela, Revista de Occidente, Buenos Aires, 1947. p. 144

¹¹ Ihering, Rudolf von, *La Dogmática Jurídica*, traducido al castellano por Enrique Príncipe y Satorres. Editorial Lozada S.A., Buenos Aires, 1964, p. 180.

como el interés fundamental del Estado en la protección de esos derechos y la exigibilidad de los mismos. Estaríamos hablando entonces de una figura “sui generis” donde la Naturaleza se adaptaría a lo que se conoce como un incapaz relativo que expresa su voluntad a través de la tutela de un individuo, y que es plenipotenciario de derechos que le son otorgados a través de la norma jurídica, mismos que merecen ser protegidos en consecución del interés que la misma norma estipula.

Finalmente, para un estudio completo de las teorías ya mencionadas, concretamente en lo que respecta a la validez de los derechos subjetivos de la Naturaleza dentro de la teoría general del derecho, es preciso analizar la postura sostenida por George Jellinek. Para este autor, el derecho subjetivo es un bien o un interés protegido por la voluntad perteneciente al individuo”¹²

En efecto, el derecho subjetivo era un interés jurídicamente protegido por la potestad reconocida a la voluntad para su representación y defensa. Si la voluntad faltaba en el sujeto portador del interés o, en otros términos, si éste no tenía ni la capacidad de representar dicho interés ni la de defenderlo, la voluntad operante de su derecho venía actuada por la de su representante legal.¹³

Lo estipulado por George Jellinek se conoce como la teoría ecléctica. Esta junta los enunciados de las anteriores teorías expuestas, es la que más se ajusta a lo manifestado en la Constitución de la República con respecto a la titularidad de derechos que tiene la Naturaleza y la que más se conviene a los enunciados de esta tesina. El justificativo trascendental es que por un lado, se le reconoce a la Naturaleza como un sujeto autónomo conformado por una complejidad de sistemas que son capaces de exigir sus derechos a través de un representante y concentran un interés para el Estado quien debe ser el custodio de su bienestar.

En manera de resumen se puede llegar a la conclusión de que la Naturaleza, como titular de derechos, se enmarca dentro de la tesis del interés en lo que respecta a los

¹² F. Escobar Rozas. El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Enero 1998. 18 de agosto de 2011. Disponible en: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=freddy_escobar&sei-redir=1#search=%22teorias%20de%20los%20derechos%20subjetivos%22

¹³ *Ibíd.*

derechos subjetivos. Por lo pronto, esta sería la noción más aceptada en el estudio de lo que ocupa esta tesina, sin perjuicio de las otras posturas.

1.2. Marco conceptual, definición de ambiente.-

Antes de profundizar en la ficción jurídica que atiende a esta tesina, es imperativo conceptualizar al término ambiente dentro del análisis pertinente. El diccionario de la real academia de la lengua define al ambiente como: “condiciones o circunstancias físicas, sociales, económicas, etc., de un lugar, de una reunión, de una colectividad, o de una época.”¹⁴ El mismo texto en mención establece que medio ambiente es: “el conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo”¹⁵. Esta acepción también se traduce en el mundo del derecho, tal como lo expresa en vocablos jurídicos Henry Capitant, se puede definir al ambiente como:

El conjunto de normas provistas de sanciones que rigen las relaciones de los hombres en sociedad” y en sentido subjetivo, “como la prerrogativa perteneciente a una persona y que le permite exigir de otra prestaciones o abstenciones (derechos personales), o el respeto de una situación de la que ella aprovecha (derechos reales, y derechos individuales).¹⁶

El Manual de capacitación de Derecho Ambiental y Código de Procedimiento Penal para Fiscales del Ministerio Público, realizado por el Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA), en un intento de definir al ambiente, concierta que:

Al definir el término “ambiente”, se establece la base filosófica de toda legislación enfocada a la protección ambiental. De igual manera, a través de esta definición, se nos muestra las percepciones que tienen los políticos y planificadores de los estados sobre este tema, y sobre todo la relación ambiente/ser humano. La definición de este término también refleja el objetivo de la legislación ambiental y el acometimiento de los Estados hacia la protección del ambiente. Por ser tan importante, es esencial definir el término ambiente.¹⁷

En la misma línea de análisis el Gómez de la Torre comenta que:

[El] medio ambiente es un condicionante de nuestra existencia (un meta-bien jurídico) que aglomera e interrelaciona de otros bienes jurídicos más concretos: la flora, la fauna, el

¹⁴Real Academia de la Lengua Española, Disponible en:
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ambiente

¹⁵*Ibíd.*

¹⁶ Vocabulario Jurídico, Henry Capitant. Ediciones Palma, Buenos Aires. 1961

¹⁷ Hidalgo, R., Crespo, R. & Calvachi, R. 2004. *Manual de Capacitación en Derecho Ambiental y Código de Procedimiento Penal para Fiscales del Ministerio Público*. CEDA. Quito, Ecuador. p. 3

territorio, o sea las circunstancias físicas, culturales y económicas que le permiten al ser humano una plataforma para poder desarrollar su vida¹⁸

Para el concepto científico que se desea otorgar al término “ecología” se rescata lo que dice Teilhard de Chardin¹⁹. Este pensador francés establece que “el concepto científico que se desea significar cuando se utiliza el término ecología, es decir la totalidad de la vida sobre la tierra, su ámbito y sus interrelaciones, más apropiado es el término biosfera.”²⁰

Otra definición de ambiente incluye a todos los elementos vivos del planeta así como a sus recursos naturales, excluyendo de ella al ser humano, así como también, para otros tratadistas del tema, es importante definir al ambiente en tanto y en cuanto este tenga relación con los seres humanos. Sobre esto, se precisa señalar que la principal crítica estas definiciones es que fallan en colocar a los seres humanos dentro del ambiente, divorciando al ser humano de su ambiente natural y por lo tanto asumiendo que los seres humanos de alguna manera son ajenos o están más allá de la Naturaleza.

De las acepciones y definiciones del ambiente, se puede distinguir un pivote común: las interacciones entre ser humano y los diferentes ecosistemas que le rodean. En manera de síntesis, el ambiente es un sistema constituido por elementos naturales, bióticos y abióticos y la interacción constante con los medios sociales, culturales, biológicos y físicos manipulados por el ser humano que influyen el equilibrio de la vida en el planeta Tierra en un ciclo sustentable.

En un plano jurídico, Morales Lamberti señala que: “el ambiente es, como puede suponerse, un bien difícil de definir, complejo a la hora de intentar aprehenderlo, tanto si lo pretende encerrar en un concepto si se lo quiere identificar jurídicamente.”²¹

¹⁸ F. Gudín Rodríguez- Magariños. “Protección Jurídica del Derecho Medioambiental: ¿Dónde situamos la barrera Jurídico- Punitiva?” En: *Revista de Derecho Penal*. 2007, p. 470.

¹⁹ Teilhard de Chardin Pierre, *El fenómeno humano*. Ediciones Du Seuil. Paris 1955, p. 29

²⁰ *Ibid.* p. 30 “(...) la biósfera, metálica y central, rodeada de la litosfera rocosa, sobre la que se superponen la hidrósfera y la atmósfera. A estas cuatro superficies encajadas, la Ciencia acostumbra con razón, desde Suess, a añadir la membrana viviente formada por el fieltro vegetal y animal del Globo: la biósfera, tan frecuentemente mencionada en estas páginas, que forma una sola pieza, - el tejido mismo de las relaciones genéticas que, una vez desplegado y desarrollado, designa el árbol de la vida.”

²¹ Morales Lamberti Alicia, *Derecho Ambiental*, Ediciones Alveroni, Córdoba, 1999, p. 34.

Bidart Campos entiende que “el ambiente no se circunscribe al entorno físico y a sus elementos: agua, atmósfera, biosfera, tierra, subsuelo; hay que añadir todos los elementos que el hombre crea”.²²

Bajo estas conceptualizaciones ideológicas y jurídicas y políticas, que envuelven al ser humano como soberano sobre los recursos naturales, a las que las podemos denominar “Homocentristas”, se ha estructurado todo el pensamiento jurídico-doctrinario del mundo actual, y, entre él, los contenidos inherentes al llamado Derecho Ecológico o Derecho de la Naturaleza, distintos a los postulados de conceder a la naturaleza derechos, siendo esta sujeto de los mismos.

El homocentrismo se contrapone con la concepción más moderna y menos aceptada en la comunidad jurídica actual: el ecocentrismo y la justicia ecológica, pero sin perjuicio de aquello, cada vez son mayores los juristas y profesionales que desarrollan esta tesis. En un intento de definir esta postura, Joaquín Valdivieso, en su ensayo *La globalización del ecologismo. Del ecocentrismo a la justicia ambiental* textualmente dice:

[...]El ecologismo cumple con las cuatro condiciones de las ideologías: en primer lugar proporciona una descripción analítica original de la sociedad, la sociedad moderna, industrial e insostenible bajo la crisis ecológica; en segundo lugar, una prescripción hacia un modelo de sociedad diferente, mejor, la sociedad sostenible; además, un programa de transición desde uno a otro; finalmente, todo ello orientado desde un valor fundamental original que informa los anteriores, una concepción propia de la Naturaleza humana: el ser humano como miembro de una comunidad biótica y abiótica interdependiente, con el énfasis en el primer término de la definición aristotélica del animal, viviente político.²³

Dentro del mismo análisis de las prestaciones de lo que es la conducta ecocentrista frente al homocentrismo o antropocentrismo, el catedrático Dobson en su obra *Pensamiento Político Verde* dice:

El ambientalismo aboga por una aproximación administrativa a los problemas ambientales, convencido de que pueden ser resueltos sin cambios fundamentales en los actuales valores o modelos de producción y consumo, mientras que el ecologismo mantiene que una existencia

²²Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Ediar, 2002, p. 85.

²³ Valdivieso Joaquín, *La globalización del ecologismo. Del ecocentrismo a la justicia ambiental*. Editorial Resma, 2005. p. 186.

sustentable y satisfactoria presupone cambios radicales en nuestra relación con el mundo natural no humano y en nuestra forma de vida social y política”.²⁴

El problema se radica en las distintas acepciones de observar los conflictos jurídico-ambientales. Para la sociedad occidental y la egolatría consumista, la Naturaleza y las especies vivientes son consideradas como objeto de propiedad o simples “recursos” naturales. No consideran a la Naturaleza como un todo, sino que reconocen sus elementos en tanto y en cuanto tienen una utilidad inmediata para la ganancia y el consumismo sin límites, que hace de todo una mercancía; la madera, los bananos, los órganos humanos, el agua o los minerales del subsuelo, son recursos para ser explotados, comprados y vendidos, por eso es que el resultado de la relación entre el hombre y el ambiente ha causado el desequilibrio en los ciclos vitales de los ecosistemas.

El medio en que el hombre se desarrolla en una sociedad brinda las oportunidades necesarias para crecer, sin embargo, la irrupción del hombre en socavar con los recursos de la Naturaleza han trastornado el equilibrio que sostiene a los diferentes ecosistemas y sus ciclos vitales. Bajo estos lineamientos, desde hace algunos años, el ser humano, en un intento filosófico de planificar el uso sustentable del ambiente ha creado políticas públicas amigables con el ambiente, estas reflejan lo consagrado en instrumentos internacionales emanados tanto por las Naciones Unidas, legislación interna pro natura, y conferencias internacional que profundizan nuevas prácticas públicas basadas en el desarrollo sustentable y equilibrio ecológico. Verbigracia, la Conferencia de Estocolmo de 1972 que estipula en su preámbulo lo siguiente: “Los seres humanos son a su vez una criatura y un modificador de su ambiente, lo cual le otorga el sustento físico necesario y le permite la oportunidad para su crecimiento intelectual, moral, social y espiritual”.²⁵ El mismo instrumento establece, en su principio 2 de 1972 que: “Los recursos naturales de la Tierra incluidos el aire, el agua, el suelo, la flora y la fauna y especialmente las muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben ser protegidos en beneficio de las presentes y futuras generaciones mediante una planificación y manejo adecuado.”²⁶ La

²⁴ A. Dobson, *Pensamiento político verde*, Barcelona, Paidós, p. 22.

²⁵ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Humano Celebrada en Estocolmo Suecia en 1972. Preámbulo.

²⁶ *Ibíd.* Principio 2.

Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 en la cual se reconoce el valor intrínseco de la Naturaleza:

[...] La humanidad es parte de la Naturaleza y su vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales lo que garantiza el suministro de energía y de nutrientes. La civilización tiene sus raíces en la Naturaleza la misma que ha moldeado a la cultura humana y ha influenciado todos los avances artísticos y científicos, el vivir en armonía con la Naturaleza permite al hombre obtener las mejores oportunidades para el desarrollo de su creatividad y para su recreación y relajación.²⁷

La comisión de Brundtland, donde surge por primera vez el término desarrollo sustentable: “El desarrollo que cumple con las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las futuras generaciones.”²⁸

Hay que mencionar que las palabras sustentable y desarrollo son en estricto sensu contradictorios. Lo sustentable implica regeneración a largo plazo, sostenimiento, reutilización, imperceptible explotación de materia prima y la administración de las necesidades humanas sobre una base colectiva. El desarrollo puede ser interpretado de muchas maneras diferentes pero de acuerdo a nuestra cultura consumista, basada en la producción industrial este implica una planificación a corto plazo, mantenimiento mínimo, gasto, máxima explotación de materias primas y un énfasis en el individuo. Además de crecimiento económico, en todo caso, el desarrollo también significa evolución social, cultural y espiritual.

Muchas personas son escépticas en creer que esta relación puede lograr nuevamente una armonía puesto que ponderan el desarrollo económico a corto plazo sobre la protección de valores ambientales. Se suele pensar que no puede existir uno sin el sacrificio en beneficio del otro. Esa contradictoria exposición entre desarrollo económico y valores ambientales es una de las causales por la cual el hombre busca concederle derechos a la Naturaleza en un intento de mitigar el impacto frente al desarrollo económico industrial y

²⁷ Carta Mundial de la Naturaleza, Resolución 37/7, 1982, Naciones Unidas.

²⁸ Informe Brundtland (llamado nuestro Futuro Común, Oxford, 1987).

tener una estrategia distinta al momento de proteger el interés de la Naturaleza frente a los tribunales.

Lo que se intenta conceptualizar dentro de la esfera de estudio de esta tesina es la situación del hombre frente a una perspectiva defensora de los intereses de la Naturaleza. El estudio jurídico de la Naturaleza se conceptualiza desde el punto de vista humano, donde priman los intereses del hombre en todos los niveles. En los Derechos Humanos, por ejemplo el centro está puesto en la persona, y los derechos que tiene ésta son inherentes al ser humano, es decir, nacemos, crecemos y vivimos con estas atribuciones por el simple hecho de pertenecer a la especie humana. Es posible enunciar entonces que, los derechos, que fueron creados por el hombre y para el hombre, se desglosan en directrices antropocéntricas en tres niveles; primeramente los derechos políticos y sociales, ejemplo, derechos de primera y segunda generación y los derechos culturales, económicos y ambientales como derechos de tercera generación.

Sobre el tema, Alberto Acosta nos comenta lo siguiente:

[Los] derechos de primera generación se enmarcan en la visión clásica de la justicia: imparcialidad ante la ley, garantías ciudadanas, etc. Para cristalizar los derechos económicos y sociales se da paso a la justicia re-distributiva o justicia social, orientada a resolver la pobreza. Los derechos de tercera generación configuran, además, la justicia ambiental, que atiende sobre todo demandas de grupos pobres y marginados en defensa de la calidad de sus condiciones de vida afectada por destrozos ambientales. En estos casos, cuando hay daños ambientales, los seres humanos pueden ser indemnizados, reparados y/o compensados.²⁹

El Estado reconoce estos derechos como parte de una visión individualista e individualizadora de la ciudadanía. En lo que respecta al análisis de este los derechos económicos, culturales y ambientales, conocidos como derechos de tercera generación, se incluye el derecho a que los seres humanos gocen de condiciones sociales equitativas y de un medioambiente sano y no contaminado. Se procura evitar la pobreza y el deterioro ambiental que impacta negativamente en la vida de las personas. La Constitución del

²⁹Acosta, Alberto; *La Naturaleza con Derechos Una Propuesta de cambio civilizatorio*, AbyaYala, Quito, 2009, p. 12

Ecuador propone un marco jurídico recogiendo estos enunciados a lo largo del articulado constitucional. Por ejemplo el artículo cuatro de la Carta Magna, que a letra versa:

Art. 4.-El territorio del Ecuador constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales. Este territorio comprende el espacio continental y marítimo, las islas adyacentes, el mar territorial, el Archipiélago de Galápagos, el suelo, la plataforma submarina, el subsuelo y el espacio suprayacente continental, insular y marítimo. Sus límites son los determinados por los tratados vigentes.³⁰

El artículo 250 prescribe lo siguiente:

Art. 250.- El territorio de las provincias amazónicas forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta. Este territorio constituirá una circunscripción territorial especial para la que existirá una planificación integral recogida en una ley que incluirá aspectos sociales, económicos, ambientales y culturales, con un ordenamiento territorial que garantice la conservación y protección de sus ecosistemas y el principio del *sumak kawsay*.

El artículo 275 establece:

Art. 275.-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*. 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 la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.

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.³¹

Los enunciados constitucionales responden al pensamiento del buen vivir o *sumak kawsay*. Dentro de esta concepción de deberes se ajustan los derechos referidos en los enunciados constitucionales citados. Dentro de esta línea de análisis Acosta comenta lo siguiente:

³⁰ Constitución de la República del Ecuador, Art. 250, Publicado en el Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008.

³¹ *Ibíd*, Art. 275.-

Los derechos de primera generación se enmarcan en la visión clásica de la justicia: imparcialidad ante la ley, garantías ciudadanas, etc. Para cristalizar los derechos económicos y sociales se da paso a la justicia re-distributiva o justicia social, orientada a resolver la pobreza. Los derechos de tercera generación configuran, además, la justicia ambiental, que atiende sobre todo demandas de grupos pobres y marginados en defensa de la calidad de sus condiciones de vida afectada por destrozos ambientales. En estos casos, cuando hay daños ambientales, los seres humanos pueden ser indemnizados, reparados y/o compensados.³²

Es en los derechos de tercera generación que se recoge la dogmática jurídica de conceder derechos a la Naturaleza. La justicia ambiental de la que habla el autor es un peldaño más hacia un pensamiento ecocentrista. Dado que el ambiente, entendido como todo lo que rodea y exterioriza de un ser vivo, es el eje coyuntural en la Constitución de Montecristi, junto con los postulados del buen vivir, las ideas de la justicia ambiental y el ecocentrismo están estrechamente conectadas a los nuevos axiomas jurídicos. Es por eso que se necesita expandir el campo del derecho ambiental, su alcance en la justicia y la revisión de la conducta del ser humano frente al *ius natura*.

1.3.El Derecho Ambiental.-

Es preciso analizar la rama del derecho que estudia la conducta del hombre frente al ambiente y los principios rectores del mismo, previo a indagar en la exigibilidad de los derechos de la Naturaleza que atiende esta tesina. Para esto, se parte de la definición sumaria del Derecho Ambiental; una ciencia contemporánea, relativamente nueva en el Derecho, así lo establece textualmente el Doctor Mario Larrea Andrade en su obra “Derecho Ambiental Ecuatoriano”, ésta es:

[...] Una nueva rama del Derecho que engloba una serie de leyes y normas que regulan la conducta humana en interacción con el medio ambiente. Por su Naturaleza, es una ciencia en desarrollo que día a día alcanza mayor trascendencia por el carácter global de la actividad económica y el rápido deterioro del medio ambiente que tiende a agravarse incluso poniendo en peligro la propia supervivencia de la humanidad.³³

³²Supra Nota, p. 13.

³³ M. Larrea Andrade. *Derecho Ambiental Ecuatoriano*. Quito: EDI- LEGALES, 2008, p. 5.

En el manual de Capacitación en Derecho Ambiental y Código de Procedimiento Penal para Fiscales del Ministerio Público, se define al derecho ambiental de la siguiente manera:

[El] Derecho Ambiental es la rama del derecho de más rápido crecimiento a nivel nacional e internacional. Este campo dinámico del derecho ha asimilado la filosofía cambiante respecto a la relación del ser humano frente a la Naturaleza durante los últimos años; una relación que ha girado desde una simple perspectiva de conservación y de prevención de la salud humana hacia un enfoque holístico e integrado. Con el objeto de definir y alcanzar el desarrollo sustentable, el derecho ambiental debe continuar evolucionando y adaptándose en el camino con el continuo entendimiento de las interrelaciones ambientales y ecológicas y nuestra participación en ellas.³⁴

Galdós entiende que el Derecho Ambiental involucra calidad de vida, recursos naturales, patrimonio autóctono y cultural, hábitat y desarrollo sustentable.³⁵ A la vista de Brañes el derecho ambiental se lo puede definir como “el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos”³⁶.

Aníbal Falbo define al Derecho Ambiental como la ciencia que persigue proteger, defender y recomponer al ambiente.³⁷ De allí la importancia que reviste investigar los conceptos de ambiente, sus características, porque ello permitirá un mejor entendimiento de la tutela jurídica que reviste a la Naturaleza.

En resumen de lo enunciado hasta el momento, esta rama del Derecho lo que busca es mejorar, controlar, regular las conductas y la interacción que tiene el ser humano frente a la Naturaleza y el medio ambiente. Como ya se ha enunciado ut supra, esta nueva rama ha

³⁴ Hidalgo, Ruth, Ricardo Crespo y Reinaldo Calvachi, *Manual de Capacitación en Derecho Ambiental y Código de Procedimiento Penal para Fiscales del Ministerio Público*, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA), Quito, Ecuador. 2004. p. 8.

³⁵ Galdós, Jorge M. *Derecho ambiental y daño moral colectivo: algunas aproximaciones*, J.A., 1998, p. 52.

³⁶ Brañes Raúl, *Manual de Derecho Ambiental Mejicano*, Fundación Mejicana para la Educación Ambiental. Fondo de Cultura Económica, México 1994., Volumen I No. 3. 1994. Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. p. 311.

³⁷ Falbo J. Aníbal, *Derecho Ambiental*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2009. p. 39

sido motivo de estudio en los últimos años, afianzándose en los estudios de la ecología en concordancia con el desarrollo.

1.3.1 Características.-

Podemos distinguir varias características de esta nueva rama del derecho, sin embargo, la doctrina no ha podido llegar a un consenso en las mismas, no obstante, se precisa señalar las siguientes características principales, con la finalidad de darle un mayor análisis al tema específico.

1.3.1.1 Derecho autónomo.-

Si bien el derecho ambiental es un derecho que se desglosa de otras ramas del derecho clásico como el derecho administrativo y el derecho penal, éste, en el transcurrir de los años, y específicamente en esta época, ha alcanzado su autonomía dentro del derecho. Según el tratadista Ramón Martín Mateo, el derecho ambiental no se agota en ninguna rama concreta del derecho.³⁸ A pesar de ser un derecho por excelencia preventivo, este también necesita de las disposiciones del derecho administrativo en cuanto al proceso sancionatorio para los proponentes o usuarios que realicen actividades potencialmente contaminantes. Es por eso que compartimos el pensamiento del Abogado Fernando Morán Herrera, quien textualmente nos comenta que “el Derecho del Ambiente tiene una íntima relación con el Derecho Administrativo, tanto es así que algunos autores lo consideran como una derivación de éste.”³⁹ De igual manera el Doctor Ricardo Crespo ha mencionado que la manera como el Estado resuelva gestionar la protección y conservación del medio ambiente se traduce a través de actuaciones administrativas y normas que configuran la política ambiental del Estado.⁴⁰

1.3.1.2 Carácter público.-

Es esencialmente público puesto que el ministerio público es actualmente la autoridad competente para sancionar y castigar las conductas lesivas con el ambiente, y en *lato*

³⁸ *Supra Nota 37*. p. 311.

³⁹ F. Morán Herrera. *Delitos y Contravenciones Penales Ambientales*, p. 539.

⁴⁰ Crespo Plaza, Ricardo. *La política del medio ambiente y el derecho penal ambiental en el Ecuador*. p.1

sensu, tutela la protección de la misma. Una opinión contraria a la característica esencialmente pública del derecho ambiental es propuesta por la Dra. Eulalia Moreno Trujillo en su obra “La Protección Jurídica-Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro”, ella opina lo siguiente:

El derecho civil contiene suficientes instituciones que se orientan hacia la conservación del medio ambiente, y es a través de la aplicación de sus normas que la sociedad civil debería actuar, la Dra. Moreno Trujillo como bien señala en su obra se refiere a instituciones útiles y eficaces del derecho civil para la protección del medio ambiente, por ejemplo todas aquellas normas que se refieren a las relaciones de vecindad, abuso del derecho y función social de la propiedad, así como la responsabilidad civil extracontractual.⁴¹

Para el análisis del presente trabajo, consideramos que la primera posición se ajusta fundamentalmente a lo prescrito por la Constitución de la República, sobre todo lo que prescinde el axioma de la titularidad de los derechos de la Naturaleza. Como lo establece Bastons, en todo caso en que se encuentre comprometida la preservación y cuidado del medio ambiente, su tutela será siempre de orden e interés público⁴², lo cual obviamente da lugar a la existencia y ejercicio de un poder sancionatorio por parte de las autoridades públicas. Para ser más precisos, es de orden público ya que fija estándares mínimos e imperativos normativos invulnerables que deben ser respetados por el Estado y sus administrados.⁴³

1.3.1.3 Derecho preventivo.-

Es el derecho preventivo por excelencia, porque se basa en los principios de prevención de un posible daño ambiental antes de que éste se produzca. Básicamente previene posibles daños o efectos negativos en el medio ambiente. El carácter preventivo

⁴¹ Moreno, Trujillo. Eulalia. *La Protección Jurídica-Privada del Medio Ambiente y la responsabilidad por su Deterioro*. José María Bosch Editor S.A. Barcelona 1991.

⁴² Bastons, Jorge Luis. *El interés público como fundamento de la legitimación activa en el Derecho Ambiental*. RAP. Buenos Aires, 2004. p. 15-17

“El interés público es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que se encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”.

⁴³ Bastons, Jorge Luis, *El contralor provincial de los servicios públicos de competencia nacional. Su análisis conjetural desde el derecho ambiental.*, Revista de Derecho Ambiental. LexisNexis. Julio/Septiembre de 2005. Buenos Aires.

hace referencia a que, si bien, en última instancia se apoya en un dispositivo sancionador sus objetivos son fundamentalmente preventivos. El aparato sancionatorio se acciona por el Ministerio Público, tanto penal y administrativamente, en diferentes niveles. Cuando hay presunción de daño e incumplimiento de normas técnicas ambientales se sanciona administrativamente, y cuando ya existe un daño ambiental se puede tipificar lo que configura el Código Penal en cuanto a delitos ambientales. Es decir, el derecho administrativo es de carácter preventivo mientras que el penal cumple un papel represivo y sancionatorio posterior al daño causado. El tratadista José Santos Dittonos nos comenta que:

[La] norma penal, debe reservarse para conductas más graves, para cumplir también una función preventiva. Su condición de última ratio, debe castigar conductas que ponen en peligro bienes jurídicos, de singular relevancia social, con las sanciones más radicales de que el estado dispone. Por lo tanto, se recomienda que el Derecho Penal, solo intervenga en la tutela de bienes de mucha importancia y también ante delitos más lesivos.⁴⁴

En esta característica hay que tener presente que la amenaza de la represión previene; además la aplicación de normas jurídicas ambientales con bases preventivas no solo redundan en beneficio de la sociedad sino, especialmente en la conservación de los recursos naturales y el medio ambiente.⁴⁵

Esta característica se recoge en el principio 13 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, el mismo que estipula: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.”

La prevención implica tomar medidas con el fin de prevenir impactos en distintos niveles. Por ejemplo: La extinción de las especies de la flora y fauna, la contaminación de

⁴⁴El Doctor José Santos Ditto, en su obra *Derecho Ambiental*, dice: “La norma penal, debe reservarse para conductas más graves, para cumplir también una función preventiva. Su condición de última ratio, debe castigar conductas que ponen en peligro bienes jurídicos, de singular relevancia social, con las sanciones más radicales de que el estado dispone. Por lo tanto, se recomienda que el Derecho Penal, solo debe intervenir en la tutela de bienes de mucha importancia y también ante delitos más lesivos.” Citado por: F. Morán Herrera. *Delitos y Contravenciones Penales Ambientales*. p.545.

⁴⁵Jaquenod de Zsögön, Silvia. *Derecho ambiental*, Editorial Dykinson S.L., Madrid. 2004. p. 198

los mares (por petróleo, desechos radioactivos, desperdicios y sustancias peligrosas, de fuentes terrenas o de cualquier fuente); la contaminación de los ríos la violenta modificación del ambiente, los efectos adversos de las actividades que previenen la migración de especies, la contaminación del aire, la modificación de la capa de ozono, la degradación del ambiente natural, las implicancias adversas de los impactos ambientales, la pérdida de la biodiversidad, etc. Es del caso advertir que si bien el principio de prevención y el principio precautorio están íntimamente relacionados, existe una distinción entre ambos. En ese sentido, Jiménez de Parga y Maseda manifiesta que:

[...] la prevención se basa en dos ideas-fuerza: el riesgo de daño ambiental podemos conocerlo anticipadamente y podemos adoptar medidas para neutralizarlo. Por el contrario, la precaución, en su formulación más radical, se basa en las siguientes ideas: el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos materialmente conocer los efectos a medio y largo plazo de una acción. La posibilidad de anticipación es limitada e imperfecta al estar basada en nuestro grado o estadio de conocimientos científicos, los cuales son limitados e imperfectos.⁴⁶

Por su parte, Andorno explica que en caso de la “prevención”, la peligrosidad de la cosa o actividad es ya bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Por otro lado, en el caso de la “precaución” la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar una respuesta acabada al respecto.⁴⁷

1.3.1.4 Derecho dinámico.-

El Derecho Ambiental debe responder con efectividad a las constantes transformaciones económicas, políticas, sociales, ambientales y culturales del país; condición que requiere del análisis científico jurídico de las leyes, reglamentos, disposiciones y demás normas, con el propósito de dar vigencia y eficacia a la prevención, tratamiento y solución de los problemas derivados de la acción del hombre sobre el sistema natural.

⁴⁶ Jiménez De Parga y Maseda, Patricia: *Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea*, Política y Sociedad, 2003, Vol. 40. núm. 3, p. 16-17.

⁴⁷ Andorno, Roberto: *El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica*. En: La Ley, 18 de julio de 2002

El derecho ambiental es dinámico por cuanto se tiene que adaptar al cambio. Lo sistémico alude a la concepción, dinámica, dimensión y normas en general, que están al servicio de la regulación de los distintos elementos, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales del ambiente.⁴⁸ La visión integral considera al mundo como un sistema dinámico de relaciones e integraciones; un todo, cuya estructura específica deriva de la interacción y la interdependencia de cada una de sus partes.⁴⁹ En este sentido, y siguiendo Jaquenod, “no hay seres solitarios. Cada criatura está de alguna manera relacionada y es dependiente de las demás”⁵⁰

1.3.1.5 Derecho transnacional.-

Todos los problemas relacionados con el medio ambiente, no pueden ser tratados únicamente con criterios en el ámbito local, recordemos simplemente lo que rezan algunos de los principios de la Declaración de Río:

PRINCIPIO 7: Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y establecer 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 comunes pero diferenciadas”⁵¹

PRINCIPIO 9: Los Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sustentable, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre estas, tecnologías nuevas e innovadoras.

PRINCIPIO 10: El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano

⁴⁸Jaquenod de Zsögön, Silvia. *Derecho ambiental*, Editorial Dykinson S.L., Madrid. 2004. p. 198

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 14 de junio de 1992.

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

PRINCIPIO 13: Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

En consecuencia, el derecho ambiental no conoce de soberanías ni fronteras. La Naturaleza pertenece al planeta y estamos en la obligación, como ciudadanos del mundo en protegerla. Los problemas ambientales afectan en distintos niveles a toda la población del mundo, y es por eso que no se puede prescindir únicamente de la legislación de un país para protegerla. Esta es la razón principal de la existencia de leyes marco, de nivel internacional que otorgan los lineamientos básicos para proteger a la Naturaleza.

En este ámbito de discusión, es importante señalar que, en el caso del Derecho Ambiental, los instrumentos ambientales internacionales principalmente incluyen a convenciones, protocolos e instrumentos conocidos como de “derecho blando”, como guías o códigos de conducta. También son relevantes los acuerdos, resoluciones, guías y declaraciones adoptadas para facilitar la aplicación de tratados y convenios. El derecho internacional ambiental procura obtener el consenso entre naciones respecto a objetivos de

protección ambiental, conservación y uso sustentable de recursos, sin embargo no es un derecho vinculante que obligue a los Estados a un estricto cumplimiento.

Los instrumentos internacionales de derecho blando contienen generalmente posiciones de consenso y se refieren por ejemplo a declaraciones, planes de acción u otros instrumentos que han sido negociados y acordados en reuniones diplomáticas entre gobiernos y aunque no tengan un efecto legal obligatorio, tienen un significativo peso político, este tipo de instrumentos puede ser clasificado en dos tipos: aquellos que se refieren a sectores específicos de la protección ambiental, y aquellos de aplicación más general.

1.3.1.6 Derecho interdisciplinario y transversal.-

En el derecho ambiental se mezclan una amplia gama de disciplinas relacionadas en distintos niveles. Existe actualmente una nueva cultura de actuación frente a los propósitos que se plantea el Derecho Ambiental, esto es los equipos de trabajo multidisciplinarios, esto es, para conocer y dar solución a los conflictos ecológico-sociales con eficacia, es necesario conocer mínimamente, otras disciplinas como la ecología, sin embargo, es preferible conformar cuerpos colegiados integrados por especialistas en las distintas áreas del conocimientos como la biología, la ingeniería en todas sus ramas, la física, la medicina humana y veterinaria, la zootecnia y por supuesto el Derecho.

Al respecto, Jaquenod de Zsögön nos comenta lo siguiente:

Esta interdisciplinariedad se articula dentro de un marco de importación de conceptos, procedimientos, metodologías, aplicándose técnicas de un campo y adaptándolas a otros. Un auténtico Derecho ambiental abordará las diferentes situaciones ambientales desde la interdisciplinariedad, protegiendo el ambiente desde un enfoque con amplias bases de colaboración científica captando la diversidad de ciencias y ramas jurídicas.

Así, en una perfecta combinación interdisciplinaria de saberes (agrónomos, geográficos, físicos, químicos, biólogos, arquitectos, economistas, sociólogos, ingenieros, educadores, juristas, entre otros), podrán abordar y resolver favorablemente los diferentes problemas ambientales.

Es requisito la implementación de planificaciones globales, integrales, estructurales, y sistémicas que definan las relaciones ambientales en su totalidad y en su dinámica a largo plazo. Hay que concebir al Derecho ambiental como un gigantesco sistema abierto, dinámico

y estrechamente interrelacionado que, pese a la diversidad de materias, o precisamente, a causa de ella, confiere mayor estabilidad al sistema jurídico ambiental.

[...] En Derecho ambiental existe una ventajosa oportunidad de cooperación interdisciplinaria, porque especialistas en diferentes áreas científicas y jurídicas comprueban que sus respectivos análisis se estructuran similarmente y los datos obtenidos en un campo son válidos para esclarecer la problemática de otro.⁵²

Es importante señalar que el derecho ambiental incluye prescripciones rigurosamente técnicas que son determinadas por expertos en las diferentes disciplinas. Así veremos que para que se pueda constatar un daño ambiental se necesitaran informes técnicos realizados por profesionales en los que se desglosen los diferentes ámbitos de experticia en base a los aspectos normativos sustanciales que contiene los instrumentos legales. Es decir, para demostrar un daño ambiental, previamente se requiere un análisis comparativo prolífero del presunto daño causado con las tablas, anexos, cuadros condiciones y niveles, prescritos en la normativa.

1.4. Reseña Histórica de los Derechos de la Naturaleza.-

Como ya se ha mencionado, la cuestión jurídico - ambiental tiene origen probablemente, en la actitud predatoria del ser humano, basada en formas de explotación intensiva y acopio de recursos a corto plazo sin atender al dinamismo de la estructura ecosistémica. Es por esto que se prescinde de un derecho ambiental que garantice una tutela efectiva de los derechos que envisten a la Naturaleza. Por ello, ante los procesos de saqueo y degradación de los recursos naturales, los grupos sociales han impuesto controlar su comportamiento frente a la utilización de dichos recursos, a fin de ordenar y armonizar las actividades y reconsiderar a la Naturaleza, no como un bien objeto de protección, sino como un sujeto de derechos.

Desde los tiempos más remotos el ser humano ha dependido consciente e inconscientemente de los recursos naturales. Solo hace aproximadamente cien años el impacto ambiental del hombre era insignificante en términos globales; no se causaba una huella grave en el equilibrio ecosistémico. Este no es el caso ahora. El crecimiento

⁵²Jaquenod de Zsögön, Silvia. *Derecho ambiental*, Editorial Dykinson S.L., Madrid. 2004. pp. 200-201

demográfico mundial está en aumento y se sigue explotando los recursos naturales de manera no sustentable, contaminando la atmósfera y afectando a la capacidad de la Naturaleza para asimilar desechos. No es sino hace pocos años que empezamos a interesarnos a la conservación de estos recursos. Los derechos de la Naturaleza se plasmaron por primera vez en una Constitución con la Asamblea constituyente celebrada en Montecristi, Ecuador. Pero este pensamiento es recabado de muchos años atrás y continúa evolucionando.

A lo largo de la historia legal, cada ampliación de los derechos fue anteriormente impensable y se la ha tachado como una locura. Verbigracia, la emancipación de los esclavos o la extensión de los derechos a los afroamericanos, a las mujeres y a los niños y niñas que alguna una vez fueron rechazadas por ser consideradas como un absurdo. Se ha requerido que a lo largo de la historia se reconozca “el derecho de tener derechos” y esto se ha conseguido siempre con un esfuerzo político para cambiar aquellas leyes que negaban esos derechos.

Al respecto es pertinente señalar lo que comenta Christopher Stone; profesor de la universidad de Southern California, quien desafió la premisa histórica sobre la Naturaleza al insinuar que estas no deben ser tratados como objetos sino como entes con derecho a la luz de la ley. Premisa que la hizo pública en su obra “*Should trees have standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*”. Stone proporciona un estudio reflexivo del pasado y una mirada penetrante en el futuro del movimiento ecologista. Esta obra perdurable continúa sirviendo como la declaración definitiva en otorgar derechos legales a los árboles, los océanos, los animales y el medio ambiente en su conjunto, con la finalidad de proteger los elementos que no tienen voz en la Naturaleza en son de las generaciones futuras. Él nos dice que:

Hasta hace poco no se consideraban como sujeto de derechos a ciertas categorías de seres humanos: niños, mujeres, negros, por una parte; y, por otra, el mundo del derecho está poblado de sujetos de derecho inanimados: sociedades comerciales, asociaciones, colectividades públicas, a los que se les reconoce personalidad jurídica.

Como ya se ha plasmado en líneas superiores, el reconocimiento de estos derechos responde a procesos históricos y a momentos políticos. El artículo de Alberto Acosta contextualiza esta conquista en el marco constitucional ecuatoriano desarrollado en momentos en que se cuestiona el papel del Ecuador y de América Latina de haber sido grandes explotadores de Naturaleza. Él nos comenta lo siguiente:

[...] Ni estos derechos, ni nada surge de la nada; los Derechos de la Naturaleza tienen historia. El antecedente al reconocimiento de la Naturaleza con derechos está en las luchas entorno al territorio, al agua, a la soberanía alimentaria. Igualmente en las luchas contra el extractivismo o contra los megaproyectos, o en aquellas denuncias contra la manipulación de la vida, ya sea por identificar vulnerabilidades o efectos masivos a los ecosistemas, o por describir efectos masivos, transfronterizos o transgeneracionales.⁵³

En la Edad Media y hasta el Renacimiento, es decir, entre los siglos XIII y XVII, fueron frecuentes los juicios contra animales, especialmente a cerdos que habían matado o comido a niños, lo que unos justificaban pretendiendo que los animales, por lo menos los superiores, tenían un poco de alma y otros negándolo, pero insistiendo en ellos en razón de la necesidad de castigo ejemplar. Sea como fuere se ejecutaron animales y hasta se sometió a tortura y se obtuvo la confesión de una cerda.⁵⁴

En el Ecuador, por ejemplo, en tiempos antiguos, específicamente en el año 1663 las autoridades eclesiásticas de Quito, excomulgaron al volcán Pichincha por haber erupcionado y provocado obscuridad completa en la ciudad por efectos de su espeso polvo, que demoró en caer del cielo.⁵⁵ Resulta curioso pensar que en la antigüedad los tribunales citaban y sancionaban con excomunión a sanguijuelas, ratas y otras plagas que causaban la muerte de los hombres. De todas maneras, con el transcurrir de los años se siguió viendo a la Naturaleza como un bien jurídico protegido y no como un ente titular de derechos subjetivos.

Los esfuerzos para precautelar de mejor manera este bien jurídico protegido fueron oídos por la comunidad internacional. Es así como surgieron los tratados internacionales en

⁵³ Acosta, Alberto y Esperanza Martínez, *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la Política*, AbyaYala, Quito, 2011, p. 13

⁵⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La Pachamama y el humano*, citando a: MichelPastoreau, *Una historia simbólica de la Edad Media occidental*, Buenos Aires, 2006, p. 51 y siguientes.

⁵⁵ Cfr. Reyes, Oscar Efrén, *Breve Historia del Ecuador*, Ed. Fray JodocoRicke, Quito, 1968, p. 16

defensa de la Naturaleza: La Conferencia de Estocolmo de 1972, con los principios fundamentales en Derecho Ambiental, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la cual reconoce el valor intrínseco de la Naturaleza y con estas ideas surgen el tema de los derechos que tiene la misma, la Declaración de Río de 1992, la que establece el desarrollo sustentable, la Declaración de Johannesburgo de 2002, que establece el desarrollo sostenible son algunos ejemplos de lo expuesto.

Nos interesa en este punto señalar lo que se argumentó en la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas. En 1988 se celebró la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas. Esta comisión intentó colocar sobre la mesa la problemática que enfrenta el ambiente y la gestión ambiental frente al desarrollo económico y crecimiento demográfico del hombre. El objetivo de la comisión era buscar una manera de continuar con el desarrollo económico y al mismo tiempo salvaguardar los valores ambientales para futuras generaciones. Es así como surge el famoso término del “desarrollo sustentable” bajo un nuevo espectro de principios y valores adjudicados a la Naturaleza, y con ello un nuevo estudio de la dogmática jurídica en lo que respecta a la conducta del hombre frente a la Naturaleza. Con este preámbulo la Naturaleza se fue poniendo cada vez más “de moda” y los principios establecidos en los diferentes instrumentos internacionales, poco a poco fueron plasmados en las Constituciones de los Estados. “El desarrollo sostenible no es un estado concreto, sino un proceso de cambio en donde la explotación de recursos, la dirección de las inversiones, la orientación de los desarrollos tecnológicos y los cambios institucionales, deben ser consistentes con el futuro así como con el presente.”⁵⁶

A nivel mundial, los países han asumido dentro de sus actividades económicas, el principio de sustentabilidad, basada en la definición mundialmente aceptada proporcionada dentro del Informe Brundtland en 1987, en relación a la región andina. Esta región posee como patrimonio natural algunas de las zonas mejor conservadas de biodiversidad del planeta donde concurren pluralidades de ecosistemas los cuales han sido fuertemente golpeados por la explotación irracional de recursos naturales que han provocado pérdida de

⁵⁶ Informe Brundtland (llamado nuestro Futuro Común,) Oxford, 1987.

fauna y flora y contaminación de los elementos esenciales de la Naturaleza, ante lo cual los estados no han sabido responder con políticas de desarrollo que tengan sustento en una forma alternativa que priorice la Naturaleza por encima del capital natural, esto se debe seguramente a que la explotación de recursos extractivos es la forma más cómoda de financiar sus presupuesto estatales.

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

Por ejemplo, la Constitución de Brasil de 1988 en su Art. 225 expresa:

Art. 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras. Para asegurarla efectividad de este derecho, incumbe al poder público:

1. Preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y procurar el tratamiento ecológico de las especies y ecosistemas;
2. Preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del País y fiscalizar a las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético;
3. Definir en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes para ser objeto de especial protección, permitiéndose la alteración y la supresión solamente a través de ley, prohibiéndose cualquier uso que comprometa la integridad de los elementos que justifican su protección;
4. Exigir, en la forma de la ley, para la instalación de obras o actividades potencialmente causantes de degradación significativa del medio ambiente, un estudio previo del impacto ambiental, al que se dará publicidad;

5. Controlar la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que supongan riesgos para la vida, para la calidad de vida y para el medio ambiente;
6. Promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza y la conciencia pública para la preservación del medio ambiente;
7. Proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su fusión ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad.
 - 2o. Los que explotasen recursos minerales quedan obligados a reponer el medio ambiente degradado, de acuerdo con la solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma de la ley.
 - 3o. Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado.⁵⁷

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su Art. 127 manifiesta:

Artículo 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.⁵⁸

En lo que tiene relación a la región Andina las menciones al desarrollo sostenible se insertaron en función del deber del Estado de proteger el medio ambiente, como ocurrió con la Constitución ecuatoriana de 1998 (artículo 3), o del deber del Estado de planificar recursos naturales o de promover un determinado uso de los mismos, como ocurre con la Constitución colombiana de 1991 (artículo 80) o la Constitución peruana de 1993 (artículo 67). En el Perú, la Constitución de 1993 prescribe que el Estado “promueve el uso

⁵⁷Constitución Política de 1988, Georgetown University, 31 de mayo de 2011. Disponible en: [http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html# mozTocId72227](http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html#mozTocId72227)

⁵⁸ Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela, Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, Número 36.860. Base de Datos Políticos de las Américas, 13 septiembre 2005, 31 de mayo 2011. Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/venezuela/ven1999.html>

sostenible de sus recursos naturales”⁵⁹. En el caso de la Constitución venezolana de 1999, la mención al desarrollo sostenible aparece vinculada a la ordenación del territorio.⁶⁰

En Bolivia, la Constitución está diseñada en el marco del desarrollo sustentable de modo que entre los fines y funciones esenciales del Estado está el de “promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medioambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras”⁶¹.

El artículo 33 de dicha Constitución establece que “las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente. Claramente el artículo 2 de la Ley de Medio Ambiente señala que “[...] se entiende por desarrollo sostenible el proceso mediante el cual se satisfacen las necesidades de la actual generación, sin poner en riesgo la satisfacción de necesidades de las generaciones futuras. La concepción de desarrollo sostenible implica una tarea global de carácter permanente”. En la constitución Bolivia podemos destacar un elemento adicional en el desarrollo sostenible que es la variable de la espacialidad y temporalidad.

En Ecuador el tema de la sostenibilidad está situada transversalmente en el texto Constitucional, desde la perspectiva del derecho ambiental, como mecanismo de orientación el diseño de políticas sociales, hasta la plataforma mediante la cual se estructura el modelo de desarrollo económico, así tenemos que dentro de los principios del derecho ambiental encontramos como responsabilidad del Estado Ecuatoriano el de “garantizar un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad

⁵⁹ Constitución de 1993 de la República del Perú

⁶⁰ Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela, Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999; Artículo 128: “El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio tendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana.”

⁶¹ Art. 9, Num 6 Constitución Boliviana

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”⁶²

El debate por los Derechos de la Naturaleza no es una elección teórica ni se agota en las reflexiones académicas; deberá incorporar a los sujetos históricos de estos derechos y deberá aterrizar sobre elementos prácticos para su aplicación; sólo en esa medida se hará justicia a la Naturaleza.

De los procesos de luchas sociales y ambientales podremos extraer las prioridades en términos de aplicación de estos derechos, de tal manera que se vuelvan herramientas emancipadoras de las contradicciones de las sociedades y de éstas con la Naturaleza.⁶³

1.5. Los Derechos de la Naturaleza en la Constitución del Ecuador.-

En la Constitución ecuatoriana del año 2008, al reconocer los Derechos de la Naturaleza se estableció un hito en la humanidad y en la historia. Entender a la Naturaleza como sujeto de derechos, y sumarle el derecho a ser restaurada cuando ha sido destruida. Considerada como una constitución garantista, la Carta Magna ecuatoriana recoge varios principios generales de la racionalidad andina, que coadyuvan al crecimiento doctrinario en temas diferentes En palabras de Ramiro Ávila, la Constitución recopila principios como el de la racionalidad, el de causalidad, relacionaldidad, que son incorporados expresa y tácitamente en la Constitución.⁶⁴ Según plantea Ávila en su artículo “los principios propios de la racionalidad andina –de la que se nutre la Constitución ecuatoriana, abren horizontes para superar el principio de causalidad, propio del pensamiento occidental y enriquecen no

⁶² Constitución de la República del Ecuador, Publicado en el Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008.

⁶³ Acosta, Alberto y Esperanza Martínez, *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la Política*, AbyaYala, Quito, 2011, p. 14

⁶⁴ Ávila Santamaría, Ramiro. “*El derecho de la Naturaleza: fundamentos*”, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, UASB Digital, Disponible en: < <http://uasb.edu.ec/bitstream/10644/1087/1/%C3%81vila-%20CON001-El%20derecho%20de%20la%20Naturaleza-s.pdf>>

sólo el debate sobre los Derechos de la Naturaleza, sino también a toda la teoría del derecho.”⁶⁵

Estermann, comentando acerca de los principios enunciados comenta:

El principio de la relacionalidad sostiene que no puede haber ningún “ente” aislado (los seres humanos, la Naturaleza o los seres divinos). El principio de correspondencia dice que hay una relación entre los distintos campos de la realidad: lo simbólico, lo cualitativo, lo celebrativo, lo ritual y lo afectivo. El principio de complementariedad señala que todo ente o acción coexiste con su complemento específico y no puede existir de manera individual. El principio de reciprocidad dice que a cada acto corresponde otro acto recíproco o en respuesta, como una contribución complementaria.⁶⁶

En el mismo contexto, Alberto Acosta comenta que estos principios no fueron aceptados de primera mano. Recibieron muchas críticas por parte de los assembleístas e incluso fuera de la asamblea la tildaron como una “estupidez”. Especialmente con lo que respecta a los derechos de la Naturaleza.

La discusión en el seno de la Asamblea Constituyente en Montecristi fue compleja. Varios assembleístas, inclusive del bloque oficialista, el mayoritario, así como miembros de alto nivel del propio gobierno se opusieron a aceptar los Derechos de la Naturaleza y la tildaron incluso como de una “*estupidez*”. Fuera de la Asamblea, los Derechos de la Naturaleza fueron vistos como un “*galimatías conceptual*” por los conservadores del derecho, en esencia incapaces de entender los cambios en marcha. A ellos les resulta difícil comprender que el mundo está en movimiento permanente.⁶⁷

La coyuntura política del momento constituyente y la intensidad del debate en la sociedad, especialmente los aportados por el mundo indígena, nutría los aportes de varios especialistas en la materia. Acosta nos dice que en esta época se destacaba la importancia de la discusión que se llevaba adelante en Montecristi, y que al final permitió que se acepte esta iniciativa luego de un arduo trabajo. Por cierto que en este punto habría que relieves todos los aportes y las luchas desde el mundo indígena, en donde la Pacha Mama es parte consustancial de sus vidas.⁶⁸

⁶⁵ *Ibíd*

⁶⁶ Josef Estermann, Filosofía Andina. *Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, AbyaYala, Quito, 1998, p. 359.

⁶⁷ Acosta Alberto, *Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza*, Revista AFESE, 24 de agosto del 2010, Disponible en: <<http://www.rebellion.org/docs/117875.pdf>>

⁶⁸ *Supra Nota 67*

En la misma línea, el mismo autor señala que:

Más allá de que la Naturaleza forma parte activa de la cosmovisión indígena, en la que los seres humanos están inmersos en la Naturaleza, la idea de dotarle de derechos a la Naturaleza tiene antecedentes incluso en el mundo occidental. Esta tesis ya fue recogida por Italo Calvino en el siglo XIX, cuando recordaba que el barón Cosimo Piovasco de Rondò, conocido como “*el barón de los árboles*”, durante la Revolución Francesa propuso un “*proyecto de Constitución para un ente estatal republicano con la Declaración de los Derechos Humanos, de los derechos de las mujeres, de los niños, de los animales domésticos y de los animales salvajes, incluyendo pájaros, peces e insectos, así como plantas, sean éstas árboles o legumbres y yerbas*”.⁶⁹

A pesar de los avances constitucionales anotados, desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución ecuatoriana, en octubre del 2008, se ha transitado por un sendero complicado en lo que a la aplicación de sus normas se refiere. Hay varias leyes que contradicen principios constitucionales en el campo de los derechos ambientales y los de la Naturaleza especialmente. Al momento en el que se ven comprometidos los intereses económicos y privilegios de las industrias grandes en el Ecuador, tanto en el sector público como en el privado, estos presupuestos se ven también afectados puesto que, en manera general, siguen predominando los derechos económicos y de primera generación frente a los derechos de la Naturaleza y al desarrollo sustentable. Esto de cierta manera perjudica al desarrollo jurisprudencial de estos derechos, sin embargo, creemos que, desde la vigencia de los Derechos de la Naturaleza es indispensable avizorar una civilización menos consumista y depredadora, puesto que el accionar de los derechos constitucionales debería privilegiar a este nuevo sector considerablemente vulnerable como lo es la Naturaleza. Acosta comenta lo siguiente al respecto:

Al reconocer a la Naturaleza como sujeto de derechos, en la búsqueda de ese indispensable equilibrio entre la Naturaleza y las necesidades de los seres humanos, se supera la versión constitucional tradicional de los derechos a un ambiente sano, presentes desde hace tiempo atrás en el constitucionalismo latinoamericano. En sentido estricto, tal como propone Eduardo Gudynas urge distinguir que los derechos a un ambiente sano son parte de los Derechos Humanos, y que no necesariamente implican Derechos de la Naturaleza. La

⁶⁹*Ibidem* (Ver el libro de JörgLeimbacher; *Die Rechte der Natur*(Los Derechos de la Naturaleza), Basilea y Frankfurt am Main, 1988. Traducción del alemán realizada por el autor de este artículo. Hay que anotar que éste y otros textos sobre esta materia llegaron a manos del autor de estas líneas como consecuencia de la expedición de la Constitución de Montecristi. Es más, con varios especialistas en temas constitucionales, con capacidad para abrir la mente y entender la trascendencia de estas propuestas, se está trabajando en lo que, en un futuro no muy lejano, podría ser la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza.)

finalidad de esta distinción es indicar que las formulaciones clásicas de los Derechos Humanos de tercera generación, es decir de los derechos a un ambiente sano o calidad de vida, en esencia son antropocéntricas, y que deben entenderse separadamente de los Derechos de la Naturaleza. En la Constitución de Montecristi, de los derechos referidos al ambiente, es decir de los Derechos Humanos de tercera generación, se derivan mandatos constitucionales fundamentales. Uno clave tiene que ver con procesos de desmercantilización de la Naturaleza, como han sido la privatización del agua o la introducción de criterios mercantiles para comercializar los servicios ambientales. En concreto, “los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado”, reza el artículo 74 de la Constitución. El agua fue declarada en la Asamblea Constituyente de Montecristi como un derecho humano fundamental. El agua, entonces, no puede ser vista como un negocio. Por eso, al inicio del texto constitucional se estableció, en el artículo 12, que “el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.”⁷⁰

Teniendo un marco referencial constitucional transformador como el de Montecristi la tarea radica en aplicar los principios y preceptos constitucionales de manera justa y democrática. Con estos antecedentes se debería precisar también estrategias internacionales para poder potenciar tantos principios de vanguardia que tiene la Constitución ecuatoriana, que de cierta forma podría impulsar una Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza.

1.5.1. Legislación vigente reguladora de los Derechos de la Naturaleza dentro del Neoconstitucionalismo.-

En el análisis que nos ocupa, es pertinente revisar lo que establece la Constitución y la norma con respecto a los derechos de la Naturaleza y la protección a la misma. El artículo 11 de la Constitución en su segundo inciso, habla sobre el deber primordial que tiene el Estado, el cual consiste en hacer cumplir y respetar los derechos que la Constitución consagra, puesto a que son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de la misma jerarquía jurídica. Este artículo concluye fijando el derecho de repetición a favor del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que recaerá sobre los responsables de un daño ambiental.

⁷⁰*Supra Nota 67*

El Art. 12 de la Constitución, resalta la importancia del agua como un derecho humano y como parte esencial para la vida, por ende le atañe al Estado tomar las medidas necesarias para prevenir la contaminación y el mal uso de este recurso.

Art. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.⁷¹

En lo referente al principio de prevención se tiene lo que establece el artículo 14 de la Constitución.

Art. 14.-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*. Se declara de interés público 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 degradados.⁷²

La Carta Magna abre las puertas respecto a la utilización de uso de nuevas tecnologías para el desarrollo de energías renovables. Dentro de este nuevo campo se permite el avance en tanto y en cuanto no se produzca un impacto en el medio ambiente, al derecho del agua ni a la soberanía alimentaria. También, se prohíbe la producción y el derramamiento de sustancias tóxicas u otras sustancias nocivas para la salud de las personas y la Naturaleza.

Art. 15.- El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto.

La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional.⁷³

⁷¹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 12, Publicado en el Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008.

⁷² *Supra Nota 71*. Art. 14

⁷³ *Supra Nota 71*. Art. 15

Más adelante, la Constitución resalta un tema de vital importancia en el desarrollo del derecho ambiental: la consulta previa a los pueblos indígenas.

El Art. 57 de reconoce y garantiza los derechos colectivos. La Constitución en concomitancia con tratados internacionales, protege los derechos que tienen los pueblos indígenas por generaciones de generaciones de sus tierras y propiedades. Esto responde a tanto a la política interna de la coyuntura actual, los tratados internacionales, en atención a las exigencias y pedidos de los pueblos ancestrales del Ecuador, que habitan en lugares donde pueden existir recursos no renovables.

Si bien es cierto, los recursos no renovables le pertenecen al Estado, las disposiciones constitucionales sobre la consulta previa a los pueblos indígenas, responden a un principio soberano de los mismos, ya que por generaciones, han habitado sobre las tierras y por ende, se considera que tienen un derecho inalienable e imprescriptiblemente sobre estas. Por eso se reconoce también el derecho que tienen estos grupos a ser consultados en temas de explotación de recursos no renovables, de manera previa y oportuna. Esto se debe principalmente a que la contaminación a su entorno tiene repercusión directa sobre estas personas; además estos grupos se consideran los principales guardianes y custodios de la Naturaleza que los rodea, ningún elemento puede ser alterado sin su consentimiento, es menester de la Administración Central Pública el velar por el cumplimiento de estas disposiciones. El artículo en referencia a letra versa lo siguiente:

Art. 57.- 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: Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 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.⁷⁴

Este artículo se relaciona con lo establecido en el artículo 398 de la Carta magna que prescribe:

Art. 398.- 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.⁷⁵

Sobre este tema en específico, el doctrinario Mario Larrea Andrade nos dice que, “[...] este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de los pueblos indígenas sobre la propiedad y posesión de las tierras que ancestralmente han utilizado de conformidad con sus usos consuetudinarios.⁷⁶ La importancia de este derecho se equipara a los derechos de primera generación y son de trascendental importancia en el desarrollo del derecho ambiental. Por eso la Constitución presupone el que no se pueda vulnerar estos derechos valiosos para este sector.

En lo que concierne a derechos de libertad otorgados a las personas, el artículo 66 inciso 2 del nos habla sobre los fundamentos del derecho a vivir una vida digna. Para esto, la Constitución garantiza a los ciudadanos la salud, alimentación, agua potable, saneamiento ambiental, la educación, trabajo y demás servicios básicos. Le concierne al Estado, el acceso viable e inmediato para proveer de estas necesidades a los ciudadanos en base al desarrollo sostenible. Para eso, les compete a las autoridades de control competentes, en uso de las atribuciones conferidas por ley, el tomar las medidas necesarias y oportunas que faciliten estos procesos:

⁷⁴ Supra Nota 71. Art. 57. (El tema del respeto y reconocimiento de los grupos indígenas y pueblos ancestrales sobresale en la Constitución de la República, sin embargo, en la presente tesina no se profundizará al respecto, por cuanto el marco teórico de la misma versa sobre la exigibilidad de los derechos de la Naturaleza plasmados en la Constitución.)

⁷⁵ Supra Nota 71. Art. 398

⁷⁶ M. Larrea Andrade. *Derecho Ambiental Ecuatoriano*. Quito: EDI- LEGALES, 2008, p. 232

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios. El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la Naturaleza. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la Naturaleza.⁷⁷

Es visible que la Constitución del Ecuador es casi exclusivamente garantista y declarativa. Parece ser que la voluntad de los asambleístas era recoger la mayoría de derechos y garantías fundamentales en los distintos niveles. En lo que respecta al análisis pertinente del caso, la mayor parte de las garantías que se establecen a favor de las personas tienen relación con la Naturaleza, esto es porque el sentido del asambleísta era precisar una norma suprema que se focalice más en una visión ecológica y holística, versus la tradicional antropológica y es por eso que la Constitución Ecuatoriana rompe los esquemas tradicionales al presentar un proyecto vanguardista. Como se dijo anteriormente, el hombre y la Naturaleza se interrelacionan en todo. En consecuencia, el hombre es el que puede hacer uso de los recursos naturales pero es también a quien se le ha designado custodio de los mismos y es en esa frágil línea de fuego donde se juntan los derechos de la Naturaleza con las garantías y derechos del hombre. Al respecto, Julio César Trujillo y Ramiro Ávila advierten que “la Naturaleza merece el respeto por ser parte del mundo en que vivimos, porque es un ser vivo, porque nos necesita para existir y nosotros necesitamos de ella también para existir.”⁷⁸

Continuando el análisis de los presupuestos ambientales recogidos en la Constitución se tiene lo que estipula el artículo 83. Este enuncia las obligaciones de los ciudadanos de defender, respetar y conservar el patrimonio natural del país. Todos estos manifiestos se sustentan en los principios del desarrollo sustentable y sostenible. Así también, se reitera la

⁷⁷Supra Nota 71. Art. 66

⁷⁸ R. Ávila Et. Al. *Los Derechos en el Proyecto de Constitución*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2008, p. 42

potestad que tienen los individuos y la colectividad de exigir los derechos de la Naturaleza ante los órganos judiciales, cuando su integridad se vea comprometida.

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

3. Defender la integridad territorial del Ecuador y sus recursos naturales.
6. Respetar los derechos de la Naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible.
13. Conservar el patrimonio cultural y natural del país, y cuidar y mantener los bienes públicos.⁷⁹

Más adelante, en el artículo. 395 de la Constitución de la República se reconocen los siguientes principios ambientales:

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

1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.
2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.
3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.
4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la Naturaleza.⁸⁰

Este artículo es importante porque enuncia principios que están directamente relacionados con el derecho ambiental y que se encuentran recogidos en distintos instrumentos internacionales que el Ecuador ha suscrito y ratificado. El primero de estos principios es el de desarrollo sustentable. Este implica crear un modelo económico de desarrollo que cuide los recursos la biodiversidad y regeneración de los ecosistemas, para las presentes y futuras generaciones.

El siguiente principio, visto en el numeral segundo del artículo en cuestión, trata sobre las políticas de gestión ambiental. Estas son de obligatorio cumplimiento tanto para el Estado, como también para las personas naturales y jurídicas en todo el territorio.

⁷⁹ *Supra* Nota 71. Art. 83.

⁸⁰ *Supra* Nota 71. Art. 395

El tercer inciso versa sobre los actores en un proceso de índole ambiental. En estos procesos se tiene primero al Ministerio del Ambiente como entidad de control central quien puede delegar sus competencias a entes que estén acreditados en virtud del principio de la descentralización de la administración. En segundo lugar tenemos a los pueblos y comunidades que puedan ser afectadas por un detrimento ambiental. Estos pueden activar los procedimientos que la ley prescribe para salvaguardar ese derecho que les ocupa. En tercer lugar tendríamos a la industria o persona que produce el daño. Esta tendría la posibilidad de defensa a niveles administrativos y judiciales para intentar probar el no cometimiento de la infracción ambiental o el delito, dependiendo del caso. Es muy importante señalar en este punto el trabajo que realiza el Ministerio del Medio Ambiente.

Para toda actividad que llegará a causar un daño sin necesidad de que exista certidumbre de aquello, es obligación de la persona (natural o jurídica) el adquirir una licencia ambiental. Este documento administrativo es el único que garantiza un debido manejo, en base a los principios establecidos en la Constitución y en las leyes específicas sobre el tema. El proceso de licenciamiento ambiental es complejo y requiere un análisis más detallado que será analizado posteriormente.

El último inciso del artículo 395 presenta una institución nueva y vanguardista. Este inciso final refleja el principio *induvio pro natura*, es decir, que la norma se aplicará siempre en el sentido más favorable hacia al ambiente. Esta disposición está íntimamente relacionada con la responsabilidad objetiva y el principio de prevención. Dichas disposiciones serán tratadas más adelante. El bien jurídico que intenta proteger esta disposición es la integridad del ambiente y la Naturaleza en dos escenarios principalmente. El primero, cuando no existe certidumbre de daño y el segundo cuando ya se ha causado un perjuicio al ambiente. Este tema se desarrollará a profundidad más adelante.

A continuación, se tiene lo establecido en el artículo 396. Este estipula lo siguiente:

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

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.⁸¹

Este numerado nuevamente plasma disposiciones establecidas en convenios internacionales de carácter ambiental. En primer lugar se establece la obligación del Estado de adoptar políticas que coadyuven a un desarrollo sin impactos ambientales negativos, tanto cuando existe certidumbre de daño y cuando no. Es aquí donde nuevamente entra el labor del Ministerio del Ambiente, como autoridad competente y controladora. Es menester de esta institución el velar para que se respete la normativa ambiental vigente. En este artículo nuevamente se observa la tendencia vanguardista en el tema ambiental.

Así mismo, este articulado hace visible el tema de los impactos ambientales, que deben ser mitigados por el Estado cuando exista duda de daño (*induvio pro natura*). Se refiere también, sobre la responsabilidad objetiva que recae sobre los infractores, y la indemnización que corresponde de conformidad a las leyes y reglamentos ambientales. Como preámbulo de este tema, se rescata lo que establece Crespo Plaza sobre la responsabilidad objetiva. Él mismo señala que:

La responsabilidad objetiva también llamada de riesgo, se da frente a hechos derivados de la actividad industrial que, aunque no hayan sido causados por culpa, deben ser respondidos por alguien que ha obtenido provecho de la actividad dañosa. Por lo tanto se responde ante un hecho objetivo: el daño.⁸²

Otra de las innovaciones de la Constitución de Montecristi es el hacer imprescriptible a las acciones legales que se interponen como resultado de una actividad contaminante. Esta nueva disposición responde a las exigencias de la Naturaleza y está íntimamente

⁸¹ *Supra Nota*. 71. Art. 396.

⁸² Crespo Plaza, Ricardo, *La Responsabilidad Objetiva por Daños Ambientales y la Inversión de la Carga de la Prueba en la Nueva Constitución*. 19 de septiembre de 2011. Disponible en: <www.flacsoandes.org/web/.../1225820188.Articulo_Ricardo_Crespo.doc>., p. 1

relacionada al derecho de restauración que resguarda la Constitución. Más adelante se abordará este tema a cabalidad.

El artículo 397 nos habla de dos principios que ya fueron enunciados en el artículo 395; el de la reparación integral por daño ambiental o indemnización y la responsabilidad que tienen los funcionarios en cumplir con su labor de control ambiental. Así también resalta la responsabilidad del Estado en garantizar que los ciudadanos vivamos en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, por ende, lo que intenta plasmar esta disposición es respecto a las garantías y los mecanismos o recursos que le ayudarán a la consecución de dichos fines.

Se menciona sobre la tutela judicial efectiva en materia ambiental, tema trascendental para los procesos de esta índole, en el sentido de que, en cualquier momento dentro del juicio se puede solicitar, a petición de parte de oficio, medidas cautelares al juez, de modo que cese el daño inmediato que pueda estar causando en la Naturaleza.

También se hace mención sobre los mecanismos de control que debe tener el Estado, para prevenir la contaminación en el ambiente, así como la obligación de recuperar aquellos espacios que han sido degradados por contaminación. Se hace referencia a los principios de precaución y reparación integral, en base a la responsabilidad objetiva de los agentes contaminadores. Le corresponde al Estado hacer que estas personas naturales o jurídicas, paguen y reparen el daño que producen, por eso es que estas infracciones se hacen imprescriptibles de conformidad con la nueva Constitución.

El cuarto inciso expresa la importancia de asegurar que las áreas protegidas sean intangibles, a fin de que se cuente con una conservación de los ecosistemas y la biodiversidad y finalmente el quinto inciso, nos dice que el Estado deberá crear un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales en base a los principios fundamentales ambientales de: inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad.

La disposición constitucional analizada es la siguiente:

Art. 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:

1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.
2. 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.
3. Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente.
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.
5. Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad.

Nos queda por abordar las últimas disposiciones constitucionales que versan principalmente sobre la biodiversidad y la conservación de las áreas naturales y patrimonio genético del Estado. Estas disposiciones se encuentran en la sección tercera de la Constitución de la República.

Para un análisis sistemático se observará lo que presentan los artículos 404, 405 y 406.

Art. 404.- El patrimonio natural del Ecuador único e invaluable 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. Su gestión se sujetará a los principios y garantías consagrados en la Constitución y se llevará a cabo de acuerdo al ordenamiento territorial y una zonificación ecológica, de acuerdo con la ley.⁸³

Art. 405.- El sistema nacional de áreas protegidas garantizará la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. El sistema se integrará por los

⁸³Supra Nota 71. Art. 404

subsistemas estatal, autónomo descentralizado, comunitario y privado, y su rectoría y regulación será ejercida por el Estado. El Estado asignará los recursos económicos necesarios para la sostenibilidad financiera del sistema, y fomentará la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades que han habitado ancestralmente las áreas protegidas en su administración y gestión. Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas, de acuerdo con la ley.⁸⁴

Art. 406.- El Estado regulará la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación, y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados; entre otros, los páramos, humedales, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos y manglares, ecosistemas marinos y marinos-costeros.⁸⁵

El artículo 404 comenta sobre del patrimonio natural del Ecuador. Este que comprende todo tipo de forma de vida tanto física, biológica o geológica que puede encontrarse en el territorio ecuatoriano. Nos atrevemos a decir que el constituyente buscaba definir al ambiente en el sentido más amplio. Como se observó en numerales anteriores, el ambiente es todo que se exterioriza a los seres vivos, y a por eso se exige que sea protegido, conservado y cuidado. En los casos donde se requiera su recuperación integralmente, el Estado intervendrá con las leyes del lugar donde se haya producido el daño ambiental. Para la consecución de estos fines, el Estado deberá hacer uso de la Constitución, las leyes del lugar y la zonificación ecológica que sea aplicable.

El artículo 405 comenta sobre el sistema nacional de áreas protegidas. En el Ecuador existen cientos de hectáreas declaradas como patrimonio intangible y protegido por acuerdos ministeriales que garantizan la conservación de la biodiversidad y de las funciones ecológicas dentro de los territorios protegidos. La Administración Central integrará un subsistema integral que le permite controlar, administrar y fiscalizar estos territorios. Estas tierras protegidas, son inalienables, inembargables, no se pueden adquirir a ningún título, ni tampoco se podrán concesionar a favor de ninguna persona (natural o jurídica) para realizar actividades económicas que involucren la destrucción de la Naturaleza.

El artículo 406 se relaciona con el 405 en cuanto al manto protector que el Estado a través de su Constitución brinda a los ecosistemas sensibles. En este caso a los océanos y

⁸⁴*Supra Nota 71. Art. 405*

⁸⁵*Supra Nota 71. Art. 406*

bosques. Busca proteger la inmensa biodiversidad que existe en el mar, enfatizándose en el patrimonio biológico que tiene el Ecuador en sus mares, tanto en las costas continentales como en las costas insulares en Galápagos. En este ámbito se enmarcan las leyes con respecto a las vedas de la vida silvestre que incluye flora y fauna.

Seguidamente la Constitución expone un artículo clave para el análisis de la presente tesina pero que a primera vista, resulta contradictorio con los principios enunciados previamente. El artículo 407 de la Carta Magna expone:

Art. 407.- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.⁸⁶

Este artículo, meritorio de un análisis profundo y detallado, abre las puertas a una industria extractiva de los recursos no renovables que tiene el Ecuador, inclusive si estos están localizados en un área protegida. Se contradice entonces con el principio de la intangibilidad del patrimonio natural del Estado y contraría las disposiciones sobre la prevención de un daño. Fundamenta la decisión de explotación de los recursos cuando exista un interés público, es decir declarado por la Presidencia, la Asamblea y por consulta popular. Es decir, aboga por la voluntad soberana del pueblo ecuatoriano en decidir sobre la posible extracción y explotación de recursos no renovables en cualquier territorio del Estado. Habría que preguntarse entonces, si esta decisión se contrapone con los derechos de la Naturaleza. También es una incógnita la tutela efectiva que reviste a la Naturaleza. ¿Quién representaría los intereses de la Naturaleza en un caso de esta índole?, ¿Qué se pondera más, el valor intrínseco de la Naturaleza y la biodiversidad o el desarrollo económico a corto, mediano y largo plazo? ¿Cuándo es justificable el interés nacional? Son muchas las preguntas que surgen alrededor de este articulado que deberán ser respondidas a lo largo de este trabajo.

El artículo 408 nos brinda una luz sobre este repositorio;

⁸⁶*Supra Nota 71. Art. 407*

Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya Naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. 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.⁸⁷

Aquí se establece un marco práctico aplicable en los procesos de explotación de recursos no renovables. Se parte de una premisa, el Estado es dueño del suelo y del subsuelo y de los yacimientos minerales que se puedan encontrar en este. Así también, el Estado gozará de los derechos de exploración y explotación concesionados a empresas privadas.

Es posible alargar el análisis con respecto a cada disposición mencionada, sin embargo, no es pertinente para el tema en argüir hasta el exhausto estos temas. Pero, dentro del espectro constitucional se puede rescatar esa intención del constituyente en proteger y resguardar el ambiente y el patrimonio natural. La constitución plantea una evolución en el campo ambiental. Se denota una transición desde el enfoque de la tutela estatal sobre el entorno humano y el control de las actividades que lo degradan, donde predomina un enfoque antropocéntrico en la normativa ambiental, hasta una visión de corte ecocéntrico donde se posiciona la defensa del equilibrio ecológico al nivel de ser reconocidos constitucionalmente. Se consolidan derechos como el derecho humano al agua, el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado donde se aprecia el surgimiento de una nueva legislación pro natura que vincula a todos los niveles de actuaciones del ser humano.

La plataforma constitucional, donde se debaten estos temas vanguardistas ha creado un amplio campo para desarrollo doctrinario y poco a poco se conceptualizan más los temas

⁸⁷Supra Nota 71. Art. 408

ambientales, especialmente en el campo del derecho ambiental. La constitución brinda de primera mano una herramienta con la cual se pueden implementar los principios del derecho ambiental plasmados en distintos instrumentos internacionales, además, poco a poco se sientan precedentes que a su vez orientan una conciencia ecológica y de respeto y protección al ambiente.

La Constitución vigente marca como su punto de partida el Estado constitucional de derechos y justicia y destaca la jerarquía igualitaria e interdependencia de todos los derechos garantizados y reconocidos en ésta, incluyendo los derechos del medio ambiente sano, el derecho de la Naturaleza y la aplicación directa e inmediata de los principios recogidos en los tratados internacionales de derechos humanos. Para su plena vigencia la ley Suprema insta a desarrollar garantías normativas, políticas y jurisdiccionales. Desde esta perspectiva, la exigibilidad ambiental debe responder a estos tres andariveles. Sobre esta base deben ser exigidos los derechos de la Naturaleza. Derechos que son enunciados en los artículos 71 y 72 de la Constitución.

1.5.2. Artículos 71 y 72 de la Constitución del Ecuador que consagra a la Naturaleza como Sujeto de Derecho y le otorga el Derecho a la Restauración.-

Como ya se ha dicho en líneas superiores, la Constitución del Ecuador desarrolla un enfoque biocentrista en el desarrollo de las garantías constitucionales. Los artículos setenta y uno y setenta y dos de la Constitución nos introducen a los derechos de la Naturaleza, específicamente el derecho de restauración que otorga la Carta Magna.

Art. 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.⁸⁸

Art. 72.- La Naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para

⁸⁸Supra Nota 71. Art. 71

alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.⁸⁹

Este artículo de la Constitución ecuatoriana nos invita a re conceptualizar a la Naturaleza y a reflexionar qué implica respetar integralmente su existencia, por su valor intrínseco. Pero este artículo demanda profundizar el ámbito de aplicación y comprender el funcionamiento de la Naturaleza. El reconocimiento de estos derechos alienta incluso repensar algunos de los paradigmas de las ciencias biológicas que se han movido entre la idea de que los organismos se adaptan a su medio ambiente por medio de la competencia y la selección natural de Charles Darwin, y la que propone que es la capacidad de adaptar el medio ambiente para sí misma, de James Lovelock, con la teoría de Gaia.⁹⁰

De los derechos de la Naturaleza, asumidos en la Constitución ecuatoriana, se derivan decisiones trascendentales. Uno clave tiene que ver con procesos de desmercantilización de la Naturaleza, como han sido la privatización del agua, así como de sus sistemas de distribución y abastecimiento. Igualmente se exige la eliminación de criterios mercantiles para utilizar los servicios ambientales. La restauración integral de los ecosistemas degradados es otro de los pasos revolucionarios adoptados.⁹¹

La exigibilidad de estos derechos merece un estudio sistemático, profundo y comparado que analice los diferentes ámbitos conceptuales y teóricos como también los mecanismos prácticos y exigibles. En el siguiente capítulo se analizará este preámbulo en un contexto en específico: el derecho de restauración de la Naturaleza en los procesos de exploración y explotación de recursos no renovables, en específico, los mineros.

⁸⁹ *Supra Nota 71*. Art. 71

⁹⁰ Máximo Sandín, *De Ayllukuna a la Teoría de Sistemas: Cuidando la Madre Naturaleza*

⁹¹ Acosta, Alberto, *Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza*, Disponible en: http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=342%3Adeclaracion-universdal-de-los-derechos-de-la-Naturaleza&Itemid=144

CAPITULO II.- La Naturaleza como Sujeto de Derecho y la aplicación del Derecho a la Restauración de la Naturaleza.-

Como ya se ha mencionado en el capítulo que antecede, la Constitución del Ecuador explora un horizonte de nuevos temas jurídicos ambientales que aún no han sido desarrollados en un sentido basto ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. La propuesta ecuatoriana de reconocer a la Naturaleza como sujeto de derechos carece todavía de análisis doctrinal en el derecho comparado. Otros países latinoamericanos, como en Argentina, existe un buen análisis doctrinario y jurisprudencial de temas jurídico- ambientales.

Los artículos 71, y 72 de la Constitución consagran una nueva ficción jurídica, la Naturaleza como sujeto activo de derechos. El Ecuador es pionero en el mundo en implementar esta figura a nivel constitucional. Algunos autores han desarrollado la prerrogativa de conceder derechos a la Naturaleza en publicaciones y artículos doctrinarios, analizando incluso los efectos jurídicos que conlleva el otorgar derechos a la Naturaleza. Para mejor proveer dentro del desarrollo de esta tesina, se va a analizar los distintos alcances del derecho de restauración que tiene la Naturaleza los mismos que están consagrados en la Carta Magna.

El artículo 71 de la Constitución prescribe el derecho de restauración de la Naturaleza.

Art. 72. La Naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Este artículo constitucional le otorga a la Naturaleza un derecho inherente a la misma que debe ser respetado y ponderado según cada caso. Autores como Belkis Cartay han publicado artículos que estudian a la Naturaleza como posible sujeto de derechos. En su

artículo titulado “La Naturaleza: Objeto o Sujeto de Derechos” Belkis dice lo siguiente sobre el tema:

La relación del hombre con la Naturaleza plantea problemas éticos y jurídicos cuya relevancia no puede ignorarse en el presente siglo; por el contrario, se trata de problemas filosóficos de envergadura. En este sentido, a partir de diversas posiciones, se pretende estimular un debate sobre la Naturaleza como sujeto de derechos y como objeto directo de deberes humanos, enarbolando como bandera teórica los derechos de los animales. Tal reivindicación implica, entre otras cosas, la necesidad de revisar el concepto de comunidad moral a la luz del valor inherente a la vida misma y el concepto de sujeto de derecho y/o de persona jurídica⁹²

En el mismo artículo la autora continúa explicando esta temática citando al catedrático Francois Ost quien comenta:

[...] El legislador ya no se contenta con declarar unos espacios naturales protegidos sino que crea una red ecológica, como un gran collage denso y universal. Queda rezagado el derecho autoritario dando paso, aunque lentamente, al derecho que asume la gestión funcional de los subsistemas sociales, aquel que instituye su realidad, el que impone su visión de las cosas, el que proclama el sentido de la vida en sociedad. Determina el vínculo social, define la red de obligaciones, la madeja de alianzas, el trazado de los límites. Sabe imponer su ley, pero –en palabras de Ost, “...sabe desdoblarse y escindirse distinguiendo el derecho natural del derecho positivo [...] su parte ideal y no escrita que podría muy bien ser su futuro y su propio principio de legitimidad”⁹³

Esta autora, citando a uno de los doctrinarios más conocedores y experimentados en el tema de los derechos de la Naturaleza, comenta sobre la problemática de la Naturaleza como sujeto de derecho y el debate entre el “holismo (ver a la Naturaleza como un todo) frente al individualismo (ver a cada cosa que conforma la Naturaleza individualmente).”⁹⁴ Otros autores como Godofredo Stutzin también se han pronunciado con publicaciones sobre el tema. Este catedrático experto comenta:

[...] he llegado a la conclusión de que el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza constituye 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

⁹²Cartay, Belkis. *La Naturaleza: Objeto o Sujeto de Derechos*. Ediciones SABER ULA, Mérida, 2005, p 1.

⁹³Ost, François. *Naturaleza y Derecho. Para un debate ecológico en profundidad*. Ediciones Mensajero, Bilbao, 1996. Citado en: Cartay Belkis. *La Naturaleza: Objeto o Sujeto de Derechos*. Ediciones SABER ULA, Mérida, 2005, p. 6

⁹⁴Cartay, Belkis. *La Naturaleza: Objeto o Sujeto de Derechos*. Ediciones SABER ULA, Mérida, 2005, p. 3

plena incorporación de la Naturaleza al Derecho en calidad de sujeto se logrará, sin duda, sólo en forma paulatina.⁹⁵

Más adelante en su artículo Stutzin dice lo siguiente:

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 jurídica (...) Obviamente, la Naturaleza es una persona jurídica muy especial, *sui generis*, que rebasa los límites tradicionales del Derecho. Su reconocimiento constituirá otra etapa en la evolución del campo de lo jurídico, el cual se ha extendido incorporando paulatinamente terrenos que antes correspondían sólo al ámbito moral o aun a la esfera del mero arbitrio.⁹⁶

La Naturaleza como sujeto de derechos, fue uno de los temas más innovadores que trajo a colación la nueva Constitución en el 2008, de hecho ha servido de ejemplo para muchas otras legislaciones que tienen como propósito extender el rango de tutela del medio ambiente. En el 2010, tuvo lugar la primera Alianza Global para suscribir la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra, que de acuerdo con Cormac Cullinan:

La Declaración reconoce que todas las entidades naturales que existen son parte de la “Madre Tierra”, incluyendo plantas, animales, ríos y ecosistemas, son sujetos que tienen el derecho inherente e inalienable a existir y desempeñar su papel dentro de una comunidad de seres. Para que los seres humanos tengan todo lo necesario para una buena vida al interior de las comunidades en que vivimos, no podemos mantener los derechos humanos y la libertad de “vivir bien”, a menos que respetemos y defendamos los Derechos de la Madre Tierra.⁹⁷

Estos derechos reflejados en nuestra Constitución, son resultado de la concepción holística de la Naturaleza. Como ya se ha mencionado previamente, fue trabajo del constituyente el proveer por el bienestar de la “Pachamama” y de los pueblos indígenas en nuestro país en virtud del pensamiento político que vivimos en esta época.

⁹⁵Stutzin, Godofredo. "Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la Naturaleza." *Ambiente y desarrollo*, 1990, p. 97

⁹⁶*Ibidem*, p. 104-105.

⁹⁷ C. Cullinan. *¿Tiene la Naturaleza derechos? La transformación de las organizaciones de base para proteger a las personas y al planeta*. p, 5.

2.1.La capacidad y titularidad de la Naturaleza.-

Los derechos de la Naturaleza se fundamentan en dos axiomas: La capacidad y la titularidad; el primero “[...] tiene que ver con la condición de ser sujeto de derechos propios, y la titularidad se relaciona con la representación para la aplicación de dichos derechos.”⁹⁸ Sobre la titularidad vimos que existen distintas teorías y visiones respecto a la titularidad efectiva de los derechos subjetivos. En otras palabras, concurren varias hipótesis y proposiciones en cuanto al nacimiento de los derechos que tiene o puede llegar a tener un ser. En primer plano, siguiendo la teoría positivista de Hans Kelsen, los derechos subjetivos nacen de la norma jurídica positiva. Es decir, el presupuesto para que una persona pueda ejercer la titularidad de sus derechos tiene que estar recogida en la norma. En ese sentido, por ejemplo, una persona es titular del derecho político a elegir y a ser elegido si tiene el número de años determinado por el sistema jurídico; si una persona tiene 18 años, puede ser candidato a un cargo público que se designa por elección popular. El titular del derecho subjetivo, en este caso, sería una persona mayor de 18 años. Entonces se infiere que la facultad que le otorga la ley al sujeto para que pueda ejercer ese cargo es porque existe una norma jurídica que le otorga dicha facultad.

El efecto del derecho subjetivo es que podemos exigir las obligaciones que se desprenden de la norma jurídica. Si tenemos, por ejemplo, el derecho subjetivo al sustento alimenticio por tener la calidad de hijo, y además tenemos una partida de nacimiento que lo demuestra, podemos exigir de nuestro padre o madre, siendo menor de edad, que cumpla con su obligación de pagar una pensión alimenticia. Como este ejemplo, se pueden exhibir muchos más al respecto, sin embargo, es pertinente señalar que esta teoría tiene por sustento que el ser que exige determinada prestación debe tener la capacidad para exigirlos. Como ya se mencionó previamente, si bien, Kelsen atribuye el nacimiento de los derechos subjetivos a declaración prescrita en la norma, la voluntad necesaria para ejercer estas prestaciones no son factibles sin que una persona natural o jurídica represente esos derechos y obligaciones que le corresponden a la Naturaleza.

⁹⁸ Organización de Estudios Ecologistas. *Los Derechos de la Naturaleza. Nueva Arma de Lucha Frente a las Actividades Petroleras en los Países Amazónicos*. Quito: Articulación por un movimiento de afectados por la industria petrolera en países amazónicos. 8 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.estudiosecologistas.org>. p, 4.

Sobre la teoría de la voluntad, sostenida por Savigny, observamos que lo determinante en cuanto al ejercicio de los derechos es la voluntad de la persona a quien se le otorgan los mismos. En las premisas de esta teoría no se puede considerar a la Naturaleza como sujeto con voluntad propia, por lo mismo, dentro del alcance de esta doctrina, la Naturaleza, al no ser un sujeto con voluntad propia, no puede ser sujeto de derechos. Bajo esta crítica, se concluyó que las obligaciones jurídicas emanadas por el derecho positivo solamente pueden ser ejecutadas a través de una persona que tiene la voluntad para hacerlo. Es decir, para que la Naturaleza pueda exigir estos derechos, es necesario una tutela o representación. En el caso del Ecuador, la legislación presupone varios actores que pueden pretender esa tutela. Más adelante abordaremos sobre lo mencionado.

Siguiendo los postulados doctrinarios sobre la exigibilidad de los derechos subjetivos nos atiende la teoría del interés. Contraria a la teoría de la voluntad, los axiomas que sustentan la teoría del interés sostenida por Rudolf von Ihering plantean una concepción del derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido. El componente fundamental del derecho subjetivo es el interés que motiva al ordenamiento jurídico para otorgar tutela y protección. Para los fundamentos de Ihering la teoría de la voluntad es grandemente abstracta y presenta demasiada atención al aspecto formal de la voluntad.⁹⁹ Acorde a su pensamiento, era necesario un giro realista a la doctrina clásica de manera que las tesis doctrinales fueran más empíricas y respondieran al practicismo jurídico del día a día y no al revés como propone la teoría savigniana.¹⁰⁰ “Cabe destacar que se plantea una división conceptual del derecho subjetivo, de la que resultará, por un lado, un elemento material, que es la satisfacción del interés, y por otro lado, un elemento formal, que está constituido por la decisión que toma el ordenamiento jurídico de aplicar sus facultades tuitivas o protectoras”.¹⁰¹

⁹⁹Ihering, Rudolf von, *La Dogmática Jurídica*, traducido al castellano por Enrique Príncipe y Satorres. Editorial Lozada S.A., Buenos Aires, 1964, p. 181.

¹⁰⁰*Ibidem*

¹⁰¹*Ibidem*. 23

Nos bastaría con el análisis y exposición de estas tres teorías clásicas que recogen los alcances y aplicaciones de los derechos subjetivos, sin embargo, para el estudio de la titularidad y tutela de los derechos de la Naturaleza prescritos en la norma Suprema que atiende esta tesina, debemos considerar lo que profundiza la teoría ecléctica o mixta sostenida por Jellinek. En su Teoría general, Jellinek afirma que el Estado tiene una doble Naturaleza:

[...] es, primeramente, una formación histórica a la que se adosa el derecho, pero que no pudo crear a éste, sino que es más bien el fundamento de su existencia. El ser precede a la norma, el hecho hace nacer el derecho, lo real se transforma en normativo. Pero, a su vez, la norma origina, en virtud de un elemento racional y progresivo, un orden superior al derecho positivo. Por ello, el Estado es al mismo tiempo una formación social y una institución jurídica; de ahí que, para estudiarlo, sea preciso el concurso de dos ciencias autónomas: la teoría jurídica del Estado y la teoría social del Estado. A la primera corresponde la aplicación del método jurídico, mientras que a la segunda el método de las ciencias naturales.¹⁰²

En materia de derechos subjetivos, Jellinek comienza revisando la teoría de la voluntad y la teoría del interés, considerando que el derecho subjetivo no puede ser concebido únicamente como un poder de la voluntad reconocido por el derecho objetivo, o un poder de dominio prestado al individuo por el orden jurídico.¹⁰³ En esta situación que plantea esta teoría se excluye a los sujetos que carecen de voluntad o que el derecho no les reconoce voluntad propia como los incapaces relativos. Dentro de la teoría ecléctica se reconoce a la Naturaleza en su espectro de sistemas correlativos que son capaces expresar su voluntad a través de la tutela y la representación. Esto concentra un interés para el Estado quien según la legislación actual, sería a quien se le atribuye este beneficio.

La aplicación de esta teoría frente al estudio en cuestión responde al interés fundamental del Estado y del constituyente en la protección del *ius natura* y la exigibilidad de los mismos. Nos encontramos frente a una figura *sui generis*; en concomitancia con los presupuestos teóricos, doctrinarios y legislativos de figuras similares; nos enfrentamos a un incapaz relativo que necesita de la representación y tutela por medio de un individuo o individuos de manera colectiva que respondan en representación de la Naturaleza en un proceso sea este de carácter administrativo o judicial.

¹⁰²Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954, p. 33

¹⁰³*Ibidem*

Sobre la base de esta tesis que se fundamenta el tratamiento de los derechos de la Naturaleza consagrados en la Constitución. Necesitamos entonces un ente con voluntad que represente los intereses de un ente sin capacidad y que exija los derechos que por ley le son atribuidos. Aquí donde entra la definición de la tutela de los derechos.

La palabra tutela, viene del latín *ídem* y presenta una idea de cuidado, protección, y amparo.¹⁰⁴ En el léxico específico que nos atañe, la tutela se considera como “el mandato que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y/o bienes de quienes, por diversas razones, se presume hacen necesario, en su beneficio tal posición.”¹⁰⁵ Cuando nos referimos a la tutela en una rama determinada del Derecho, se restringe a los presupuestos de la norma positiva y a las materias que esta atiende (penal, civil, procesal, etc.). En el derecho comparado, la legislación argentina define a esta institución como “la función que la ley confiere para representar y gobernar la persona y bienes del menor de edad no emancipado que no está sujeto a la patria potestad” En el derecho argentino se define la tutela como “la función que la ley confiera para representar y gobernar a la persona y bienes del menor de edad no emancipado que no está sujeto a la patria potestad.”¹⁰⁶ Nuevamente se hace referencia a sujetos que bajo la luz del derecho son considerados incapaces relativos al no poseer ciertos límites en cuanto a la exteriorización de la voluntad. Pero lo importante de la figura de la incapacidad es el respeto al status de sujeto de derechos por intermedio de la institución que se denomina “representante legal” o la “tutela”. La persona, por incapaz que se considere, no deja de ser titular de derechos; el problema es que ciertos derechos se dejan de ejercer por sí mismos y los hace un tercero al que se le denomina representante. Un bebé de cinco meses, al que se le mueren sus padres, tiene derecho a la herencia, pero su administración requerirá de un representante. Una persona considerada demente, tampoco deja ser propietaria o deja de ser padre o madre o ciudadana, sino que se le designará un representante. Aun en el supuesto de la incapacidad absoluta, se deja de ejercer derechos. La mayoría de derechos siguen ejerciendo los sujetos

¹⁰⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI TAZA-ZONA, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires. p 476

¹⁰⁵ *Ibidem.* p.. 476

¹⁰⁶ *Ibidem.* p. 477

incapaces, tales como vivir, expresarse, alimentarse, recrearse, descansar, relacionarse, etc. Los derechos que requieren representación tienen que ver con la facultad de obligarse y de exigir su cumplimiento. No se puede suscribir contratos ni plantear juicios, dependiendo de las condiciones determinadas por la ley.

El reconocimiento de los derechos de la Naturaleza plantea simultáneamente el tema de titularidad y la tutela. La titularidad tiene que ver con la condición de ser sujeto de derechos propios, y tutela con quien representa o hace aplicables los mismos. Esto plantea un cambio de visión, pues la Naturaleza ya no sería un objeto que puede ser propiedad de las personas, sino un sujeto con derechos propios. En cuanto a la tutela, esta es una institución jurídica antigua creada para el ejercicio de los derechos de quienes no pueden exigirlos por sí mismos, como los niños, o quienes no pueden comunicar sus demandas. Consiste en un sistema de tutela de los derechos de la Naturaleza, que puede y debe ser compartida entre los individuos y colectividades que tienen derecho a interponer acciones en defensa de la Naturaleza, y con la existencia de una institución del Estado especializada que ejerza el patrocinio público de los derechos de la Naturaleza.

El sentido que el derecho ecuatoriano le otorga a la figura de la tutela es similar a la argentina. La tutela es una institución del derecho civil, obviamente no pensada para la Naturaleza, que consiste en el “cargo impuesto por ciertas personas a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos o administrar competentemente sus negocios [...]”¹⁰⁷. De forma general, según Guillermo Borda “en su esencia la tutela es una institución de amparo se procura dentro de lo que humanamente es posible [...]”¹⁰⁸

La Constitución consagra varios derechos fundamentales que son inherentes al ser humano. En primera línea son vistos como derechos de todo individuo de la especie humana. Precisamente en esto radica sus particularidades respecto al reconocimiento y garantías de ciertos derechos en distintas épocas, donde se constata la defensa de libertades

¹⁰⁷ Código Civil ecuatoriano, Art.- 367

¹⁰⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI TAZA-ZONA, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires. p 477, citando a Guillermo Borda A en su obra: *Tratado de derecho civil argentino (familia) t II, p. 259*

y facultades inherentes al humano, pero siempre ligadas a una universalidad, entendida como reconocimiento de los derechos del ser humano que cambia según los estamentos de la sociedad en particular. Por ejemplo, antes de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano en 1789 no se consideraba que todos los hombres tenían las mismas facultades ni podían exigir ciertas prestaciones. Estos matices, en cuanto a la evolución de la titularidad de los derechos fundamentales, ponían en duda los derechos de las mujeres, los derechos políticos de ciertas clases sociales, derechos de los niños y adolescentes, incluso los derechos de las personas jurídicas que era el tema menos estudiado. El problema para aceptar la titularidad derivaba de estas acepciones coyunturales y fundamentalmente, del propio entendimiento de los derechos fundamentales como derechos ligados a la Naturaleza humana.¹⁰⁹ Es por eso, que hasta hoy en día la identificación de la calidad de titular de derechos fundamentales con la de toda persona natural, en nuestra Constitución, es una afirmación de carácter general.

Esto se debe a que existen varias figuras donde los derechos fundamentales no pueden ser exigidos directamente. El caso más emblemático es el del nasciturus o la persona que está por nacer. En el derecho ecuatoriano existen distintas teorías al respecto de los derechos que resguardan a esta futura persona. Para este caso en específico nos basaremos en lo establecido por Eduardo Aldunate en su libro “La titularidad de los derechos fundamentales”. Él comenta lo siguiente:

[...] encontramos el caso de un titular con un campo muy restringido de protección: **el que está por nacer**, que en la redacción del artículo 19 No. 3 1.II parece excluido de la calidad de persona [...] y por tanto, sólo titular del derecho de protección previsto por esta disposición. Afirmar que un individuo tiene la calidad de persona desde el momento de la concepción es sustentable desde un punto de vista extra-jurídico, pero no parece encontrar fundamento en la estructura del artículo 19. Y esto porque la inclusión del inciso II del artículo 19 No. 2 es excepcional en dos sentidos. En el primero carecía de función normativa si la Constitución considerase personal al nasciturus, directo precepto constitucional del inciso I del artículo 19 No. 1. Por otro lado, la consagración expresa de un deber de protección legal al que está por nacer indica una diferencia respecto del derecho de a la vida del asegurado a las personas. De otro modo no se entiende que simplemente no se hubiese establecido como deber general de protección legal al derecho a la vida de toda persona.¹¹⁰

¹⁰⁹ Gómez, Montoro, Ángel, 2002, *Revista Española del Derecho Constitucional*, año 22, número 65, mayo-agosto 2002, p. 47.

¹¹⁰ Aldunate Lizana, Eduardo. *La titularidad de los derechos fundamentales*, Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003, p. 191

Caso similar es lo que sucede con las personas jurídicas. Esta institución del derecho se caracteriza por la necesidad de un representante legal que actúe en nombre y representación del ente debidamente constituido en derecho. El mismo autor, en un análisis constitucional de los derechos fundamentales en Chile, nos comenta al respecto que:

La titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas es una cuestión discutida. Sí, primeramente se les otorga a los derechos fundamentales el carácter de derechos innatos, y se les vincula de manera directa a la noción de dignidad humana, no es posible afirmar, con carácter general, que las específicas formas de colaboración individual a las que el ordenamiento otorga el carácter de personas jurídicas gocen, ellas mismas, en cuanto tales personas jurídicas, de derechos fundamentales. Nuestras disposiciones constitucionales ofrecen una constelación de preceptos que da cuenta fielmente de una visión de los derechos constitucionales como derechos reconocidos a los individuos; la relación del artículo 19 con las disposiciones del artículo 1° inciso I, en que se alude a derechos innatos de las personas, y el artículo 5° inciso II, en que se alude a los derechos que emanan de la Naturaleza humana, son fuertes argumentos a favor de restringir la titularidad de los derechos fundamentales a los individuos de la especie humana.¹¹¹

En cuanto a la capacidad de la Naturaleza para exigir lo prescrito en el marco constitucional se deben tomar en cuenta varios presupuestos. Primeramente, es un concepto que ha evolucionado durante la historia y presenta distintos matices. Como los ejemplos expuestos, los niños, los indígenas, las mujeres, todos alguna vez fueron considerados incapaces a la luz del derecho. Es decir que el concepto de capacidad, como cualquier categoría jurídica positiva, es convencional (depende de decisiones) y evoluciona en el tiempo. Así como la ampliación del concepto de capacidad no ha sido fácil ni imposible, ha costado racionalmente aceptarla y, casi siempre cuando se exponía, se ha considerado una barbaridad jurídica y hasta una insensatez, lo mismo ha sucedido con el reconocimiento de la Naturaleza como titular de derechos.

(Constitución chilena, De los Derechos y deberes Constitucionales. Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado. Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo; 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.-)

¹¹¹AldunateLizana, Eduardo. La titularidad de los derechos fundamentales, Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003, p. 195

La Naturaleza entonces es considerada como una excepción a la regla general de los capaces a la luz del derecho. Todas las personas son capaces para ejercer derechos y para contraer obligaciones, salvo que sean calificadas como incapaces. La incapacidad, según el derecho civil, puede ser relativa si es que existe alguna razón superable para ejercer la capacidad, o absoluta cuando se considera que las razones que impiden tener conciencia y voluntad son definitivas. Los seres humanos podemos estar en circunstancias de incapacidad relativa y absoluta, de acuerdo al derecho civil. La regla es que todos somos capaces salvo que la ley diga lo contrario.¹¹²

La ley civil enumera los absolutamente incapaces, que son los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; y son relativamente incapaces las personas menores de edad y las personas jurídicas.¹¹³ La Naturaleza no se encuentra dentro de las excepciones clásicas expuestas en el código civil, y podría entenderse desde una interpretación positivista y malintencionada que se aplica la regla general y que por lo tanto, al no haber una excepción legal, la Naturaleza tiene capacidad. Es importante señalar que el legislador al redactar el Código Civil se sujetaba a una connotación histórica de la época, y es improbable que en ese entonces se hubiese pensado en otorgar derechos a la Naturaleza. Es probable que los redactores del código, en circunstancias distintas en cuanto al desarrollo de los derechos fundamentales, hubiesen considerado a la Naturaleza como un incapaz relativo.

Esta evolución del derecho, y de las distintas instituciones que nacen en el desarrollo del mismo, responden a la relatividad de los conceptos jurídicos en el tiempo. En resumen lo importante de la figura de la incapacidad es el respeto al status de sujeto de derechos por intermedio de la institución que se denomina “representante legal” o la “tutela”. En conclusión, la Naturaleza deberá ser considerada un incapaz relativo, que necesita de un representante que tutele sus intereses dentro del espectro del ejercicio del derecho.

¹¹² Código Civil ecuatoriano, Art. 1462

¹¹³ *Ibidem* Art. 1463

2.2. El daño ambiental.-

No existe un método científico preciso, y tampoco se ha normado parámetros técnicos y finitos que puedan dar una definición precisa del daño ambiental y más aún de lo que significa un daño ambiental grave. Este concepto trae a la luz un debate. Es uno de las nociones del derecho ambiental cuya comprensión genera muchas dificultades. Según Peña Chacón el daño ambiental se define como:

[...] Toda acción, omisión, comportamiento u acto ejercido por un sujeto físico o jurídico, público o privado que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente y significativo, algún elemento constitutivo del concepto ambiente, rompiéndose con ello el equilibrio propia y natural de los ecosistemas.¹¹⁴

Si bien el daño causado a la Naturaleza puede ser producido por diversos factores, de forma casual, caso fortuito, incluso por parte de la misma Naturaleza, por ejemplo un terremoto o la erupción de un volcán, el daño jurídicamente regulable se puede decir que es aquel generado por una acción y omisión humana. En el artículo 72, se hace énfasis en el daño causado por el accionar humano de la industria extractora. Ese daño producido por el humano es que regula el derecho, y es el daño que puede llegar a degradar de manera significativa al ambiente.

En lo principal, según Peña Chacón, “el daño es producido por una conducta humana, que puede ser: omisiva o activa, voluntaria o involuntaria, dolosa o culposa, lícita o ilícita.”¹¹⁵ A la vez puede ser realizada por el sujeto actuando por sí mismo o por encargo de otro, ya sea persona natural o jurídica, privada o pública. El daño también puede ser producido colectivamente en el caso de que muchas personas lo causaren. Como también, el daño ambiental, además de afectar el equilibrio de los ecosistemas, en muchas ocasiones perjudica los derechos subjetivos e intereses legítimos de una pluralidad de sujetos que pueden ser fáciles o difíciles de individualizar. En la mayoría de los casos es el colectivo el que se ve afectado, llámese esta comunidad, tribu, asociación, vecindario, parroquia, etc.

¹¹⁴ Peña Chacón, Mario, *Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, primera edición agosto 2006, Costa Rica.

¹¹⁵ *Ibidem*

En estos casos es necesario probar la legitimación activa para este tipo de reclamos, y para actuar en defensa y tutela de la Naturaleza.

Asimismo debemos tener presente que el daño se produce tanto por situaciones culposas o negligentes del sujeto como por actuaciones fácticas de riesgo que independientemente de la conducta del agente, desarrollan lesiones en el patrimonio ambiental del sujeto pasivo (en este caso el Estado ecuatoriano y sus ciudadanos), en consecuencia es oportuno citar el principio establecido en sentencias del Tribunal Supremo Español de 17 de diciembre de 1986 y 22 de abril de 1987 “El perjudicado no tiene que soportar un daño que en su causación, beneficia económicamente al agente lesivo”.

Comentando lo que menciona Adecur de Néstor Cafferatta:

[...] 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. Asimismo se ha caracterizado el daño ambiental como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio o uno o más de sus componentes.¹¹⁶

El daño ambiental es difuso, no solo por la dificultad que entraña identificar a los agentes que lo causan, sino también, por la determinación de los sujetos que se encuentran legitimados para entablar acciones judiciales o administrativas ante los órganos competentes, así como aquellos a los que puede alcanzar una posible indemnización.

Tal y como lo expone el doctrinario Cafferatta:

[...] la agresión medioambiental puede ser desparramada, difusa, cambiante, traslaticia, nómada, itinerante, difícilmente contenible, viajera, mutante, desconcertante, sin límites geográficos, temporales, ni personales, potencialmente expansiva, multiplicadora, en ocasiones con efectos retardatorio, progresivo, acumulativo, sinérgico, invisible, silencioso, mortal o altamente riesgoso, explosivo o tóxico, degradante, capaz de provocar en su camino o desarrollo múltiples daños, supraindividuales y/o individuales, de afectación patrimonial o extrapatrimonial en derechos de la salud o en derechos personalísimos y/o coparticipados, insignificantes o pequeños hasta verdaderos desastres o estragos de efectos impredecibles.¹¹⁷

¹¹⁶Cafferatta Nestor. *Introducción al Derecho Ambiental*, Buenos Aires, 2003

¹¹⁷Cafferatta Nestor. *Introducción al Derecho Ambiental*, Buenos Aires, 2003

Por otra parte, el daño ambiental puede llegar a ser expansivo¹¹⁸ en el tanto su hecho generador crea efectos de tipo negativo, y en ocasiones estos llegan a convertirse en nuevas causas generadoras de otro tipo de daños, ocasionándose por tanto, una cadena que a la final, podría llegar a ser interminable, afectando de esta forma una multiplicidad de recursos. La concurrencia de varios agentes contaminantes, en muchas ocasiones hace difícil la apreciación de la relación de causalidad en los términos tradicionales del concepto.

Peña Chacón comenta de la característica temporal del daño ambiental, estableciendo que desde un punto de vista temporal el daño ambiental se podría catalogar como de continuado, permanente o bien progresivo. Nos dice que “el daño continuado es aquel que es producto de un proceso dilatado en tiempo, y por lo tanto su desarrollo no es consecuencia de una única acción localizable en el tiempo, sino que es obra de un conjunto o sucesión de actos, de un mismo o varios autores, en épocas diversas.”¹¹⁹ Si los efectos del daño ambiental continúan en el tiempo, estaríamos en presencia de un daño permanente. Por su parte, daño progresivo es aquel que es producto de una serie de actos sucesivos, cuya conjugación provoca un daño mayor que la suma de cada uno de los daños individualmente generados por cada acto lesivo; es lo que los científicos denominan procesos de saturación.¹²⁰

En manera de resumen y sintetizando los presupuestos expuestos se puede decir que desde el punto de vista general, el daño ambiental es aquel en que se incluye partes de las lesiones del ecosistema (hablando esencialmente de la biosfera).

2.2.1. Imprescriptibilidad de las acciones para prevenir y reparar el daño ambiental.-

El artículo 396 de la Constitución propone que la legitimación para demandar por un posible daño ambiental o por la reparación del daño ambiental es imprescriptible y perdura

¹¹⁸ Peña Chacón, Mario, *Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, primera edición agosto 2006, Costa Rica.

¹¹⁹ *Ibidem*

¹²⁰ Peña Chacón, Mario, *Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, primera edición agosto 2006, Costa Rica.

en el tiempo. Sin embargo del presupuesto veremos que deben cumplirse los requisitos del daño ambiental para que este se pueda valorar y ejecutar.

No indagaremos más en el tema por cuanto la imprescriptibilidad de la acción para prevenir y reparar daños ambientales está ligada a la legitimación activa que se verá más adelante.

2.2.2. La valoración del daño.-

La reciente Constitución de Ecuador prescribe un criterio de imprescriptibilidad de las acciones que persiguen daños ambientales, al respecto el artículo 396 dispone:

Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. 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.¹²¹

Para la determinación del daño ambiental, consideramos importante la forma clásica prescrita por el derecho civil para determinar el valor de un daño causado. Nos referimos al lucro cesante y daño emergente.

Para llegar a determinar el lucro cesante y el daño emergente producto de actividades lesivas al ambiente o que presenten un grado de peligrosidad frente a estos factores, se debe primero determinar cuáles son los daños indemnizables, es decir, que daños de acuerdo a la legislación ecuatoriana son los que merecen reparación por vía judicial.

En referencia al concepto de daño ambiental, al interés legítimo del Estado ecuatoriano en velar por la protección de la Naturaleza y los mandatos constitucionales

¹²¹Supra Nota 71, Art. 396

donde se expresa que la Naturaleza tiene derechos, al respecto se debe observar la posibilidad práctica que conlleva a una defensa privada e individual del ambiente frente a la posibilidad de un daño efectivamente causado. Bajo la óptica de la responsabilidad civil extracontractual, debemos considerar tres aspectos: que efectivamente exista un daño causado por un agente, que su actuación haya sido culposa o negligente y que exista un nexo causal que liga su conducta con el daño efectivo. Crespo Plaza nos comenta que para que se pueda aplicar debidamente los señalamientos del artículo 396 es necesario aplicar los preceptos de la responsabilidad objetiva y que concurren tres condiciones: Tiene que haber uno o más actores identificables (contaminadores o deforestadores, etc.), el daño tiene que ser concreto y cuantificable, y; se tiene que poder establecer una relación de causa-efecto entre los daños y los presuntos causantes.¹²² Por esa razón, para que esta reacción jurídica tenga lugar es necesario de la existencia real y efectiva del daño a pesar de la apreciación de la responsabilidad pueda ser subjetiva, en procesos ambientales esta será lo contrario, objetiva, y versará sobre un requisito esencial para que el causante pueda ejercer la acción en los tribunales, y esto es la determinación de que el daño causó un detrimento cuantificable e individualizable.

Para establecer esta certidumbre del daño actual en materia ambiental, se debe prometer una interposición de prueba amplia que sea apta para la determinación de esta certidumbre. En este punto surge la problemática de considerar los daños futuros, ya que del daño actual se podrían derivar otros tipos de daños que se producirían a lo largo del tiempo. De todas maneras, estos “posibles” daños sobrevinientes también deberán cumplir los requisitos establecidos en el párrafo superior para una determinación económica.

De manera ejemplificativa, en un caso en concreto, por ejemplo en un proceso que conlleve una peligrosidad alta como es el de la extracción de recursos minerales, la ley permite un marco sobre el cual los productores pueden explotar, previo verificación de que se cumplan los requisitos legales como es la obtención de la licencia ambiental, el título

¹²² Crespo Plaza, Ricardo. *La responsabilidad objetiva por daños ambientales y la nueva inversión de la carga de la prueba en la nueva Constitución*. Disponible en: <<http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1888/2/11.%20A.%20Actualidad.%20La%20responsabilidad%20objetiva%20por%20da%C3%B1os%20ambientales.%20Ricardo%20Crespo%20P.pdf>>

minero de explotación, etc. En el imprevisto que se produzca un daño, la autoridad pública, dentro de sus competencias, iniciará un proceso, sea este un proceso en la misma administración o un proceso judicial, donde deberán proveerse informes técnicos realizados por peritos expertos que determinen el incumplimiento de normas técnicas ambientales o un daño ambiental. En el caso del daño ambiental se deberá también, mediante peritajes, cuantificar el daño causado a la Naturaleza en todos los aspectos técnicos que el experto pueda detallar para la determinación de una indemnización.

Para mayor claridad del tema, y en relación a la responsabilidad por daño ambiental, está lo que determina el artículo 1572 del código civil ecuatoriano con respecto a los daños pecuniarios que se pueda causar a una persona. El artículo 1572 establece los dos elementos que integran el daño patrimonial: el daño emergente, que es el perjuicio efectivamente sufrido o empobrecimiento real del patrimonio, y el lucro cesante que es la ganancia que se dejó de percibir a consecuencia del acto ilícito. El mismo artículo señala que existe el derecho a la indemnización por daño emergente y lucro cesante a menos que la ley limite al daño emergente.

Para que haya lugar a la reparación de este tipo de perjuicio, deben existir los siguientes requisitos: el perjuicio debe ser cierto; el perjuicio debe ser subsistente, es decir que no debe haber sido reparado ya, el daño debe ser personal y debe afectar un interés legítimo. El perjuicio debe ser cierto.- Su realización debe ser cierta. Si es solamente hipotética, eventual, no puede quedar comprometida ninguna responsabilidad. Un perjuicio futuro puede ser cierto: La doctrina señala que no es necesario que el daño ya se haya producido, pues desde el momento en que se tiene certeza de que se producirá en el futuro y puede cuantificarse, la víctima tiene derecho a exigir la reparación, es decir no se necesita que sea actual el daño.¹²³ . La pérdida de una probabilidad no constituye un perjuicio eventual, sino un perjuicio cierto. Por ejemplo, Al abogado que no interpone un recurso de apelación porque ha dejado transcurrir el plazo, su cliente puede demandarlo por

¹²³ Atilio Aníbal, Alterini, *Responsabilidad Civil, Límites de la Reparación Civil*, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 135.

responsabilidad civil. La base de la responsabilidad del abogado está dada por la pérdida de una probabilidad, el cliente podía haber obtenido la reforma del fallo.¹²⁴

En la legislación ecuatoriana, en lo que se dice en relación a la indemnización por daños se encuentra previsto la reposición del daño emergente y del lucro cesante, sin embargo en materia ambiental, a más de cubrir el daño emergente y lucro cesante en la persona o en la colectividad, hay que establecer la reparación de la lesión que se produzca en el ambiente, es decir, la restauración del mismo. Lo que deberá ser una consecuencia automática de la imposición de indemnizaciones de que trate según el caso.

De manera de conclusión, la responsabilidad por daño ambiental quedaría enmarcada en tres consecuencias reparatorias, atribuibles al sujeto, o colectividad pública o privado que son:

- a) Reparación por medio de la indemnización pecuniaria por el detrimento sufrido en el patrimonio de bienes o derechos extramatrimoniales.
- b) La puesta en práctica de las medidas materiales necesarias que impidan la producción de nuevos daños o la terminación de la actividad que generan los mismos.
- c) La restauración de la zona afectada, donde se debe intentar regenerar y restablecer el equilibrio ecológico alterado.

A través de estos tres axiomas, se pretende lograr una reparación frente a los costos de restauración en obediencia a los preceptos enmarcados en la legislación ecuatoriana.

2.3.El Derecho a la Restauración de la Naturaleza.-

Se ha dicho que la finalidad suprema de todo sistema de responsabilidad, no puede ser otra que obtener la reparación del bien jurídico dañado, sin embargo la reparación del daño ambiental ofrece una serie de problemas que no pueden ser resueltos mediante la remisión a las normas derecho común, típicamente el derecho civil que se caracteriza por

¹²⁴*Supra Nota 123*, p. 135

ser un derecho reparador, pero tampoco través de la adaptación del derecho público (penal y administrativo) cuya misión, como se sabe, es fundamentalmente preventiva.

Es necesario distinguir la reparación del daño *in natura* de la consistente en el pago de una indemnización monetaria. En efecto, la institución de la responsabilidad civil establece una vía por la cual la persona perjudicada puede recibir una indemnización por el daño padecido, con lo cual se hace frente sólo a las situaciones en las que es más justo que el responsable de la acción o incidente que origina el daño asuma los gastos correspondientes porque ha habido culpa imputable a él o porque pueden imputársele por otras razones las pérdidas ocasionadas por el daño.¹²⁵

Por otro lado, la reparación *in natura* consiste en “la restitución del bien dañado al estado que se encontraba antes de sufrir una agresión y es por tanto la única reparación razonable desde el punto de vista ecológico”.¹²⁶ A diferencia de lo que sucede con los daños civiles tradicionales, el daño ambiental no puede ser abordado exclusivamente desde una óptica económica y, por consiguiente, la compensación monetaria o indemnización por daños y perjuicios debe ser subsidiaria en relación con la indemnización *in natura*.

Este principio es reconocido en la mayor parte de Latinoamérica, y algunos autores sostienen que su fundamento se puede ejemplificar en la Ley No. 6.939/81 de Brasil, la misma que traza los objetivos de una política ambiental.¹²⁷ Esta señala: “La preservación y restauración de los recursos ambientales con miras a su utilización racional y disponibilidad permanente, concurriendo para la mantención del equilibrio ecológico propicio para la vida”.¹²⁸ De estas definiciones se deslinda la restauración *in natura* consiste en el restablecimiento de las condiciones anteriores a la comisión del daño, es decir, en la restauración. No obstante, la solución a este problema no es fácil, pues la recomposición

¹²⁵ González Márquez, José Juan. *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Primera Edición Lomas Virreyes, México D.F, 2003, p. 67.

¹²⁶ *Ibidemp.* 67

¹²⁷ González Márquez, José Juan. *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Primera Edición Lomas Virreyes, México D.F, 2003, pp. 67.

¹²⁸ Artículo 4, Ley No. 6.939/81, Brasil. Tomado de: González Márquez, José Juan. *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Primera Edición Lomas Virreyes, México D.F, 2003, p. 68.

del ambiente al estado anterior del daño exige disponer de criterios científicos capaces de calcular el grado de reconstitución del medio ambiente dañado.

2.3.1 El artículo 72 de la Constitución que consagra el Derecho a la Restauración de la Naturaleza.-

Entre los derechos de la Naturaleza consagrados en la Constitución, el derecho a la restauración recoge los presupuestos generales de una tendencia política, social y cultural en una época donde la Naturaleza pasa de ser vista como un simple objeto a ser protegido a un ente con derechos tutelables y exigibles.

Art. 72.- La Naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.¹²⁹

Este artículo debe ser analizado por partes para un mejor entendimiento y estudio del mismo.

2.3.1.1 “La Naturaleza tiene derecho a la restauración”.

Existen diferentes tipos de restauración. La definición que encontramos en términos generales dentro del derecho comparado es: el regresar a un estado original o un estado aún más saludable y vigoroso.¹³⁰ En el ámbito de la restauración se utilizan comúnmente cuatro términos diferentes: restauración, rehabilitación, remediación y reclamación.

En cuanto a la restauración ecológica, Sociedad Internacional para la Restauración Ecológica (SER por sus siglas en inglés) define la restauración ecológica como “el proceso de asistir la recuperación de un ecosistema que ha sido degradado, dañado, o

¹²⁹ *Supra Nota 71*. Art. 71

¹³⁰ Glosario Ambiental, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, disponible en : <<http://www.ambiente.gov.ar/?idseccion=173&aplicacion=glosario&IdPalabra=1132>>

destruido”¹³¹En un intento de definición de restauración conforme a las disposiciones estudiadas hasta el momento, podríamos decir que la restauración ecológica es el esfuerzo empírico y tangible en recuperar de forma asistida, las dinámicas del ecosistema, con el fin de restablecer los ciclos naturales históricos o nativos de una región.

El proceso de restauración presenta varios problemas en el sentido tangible y práctico de la recuperación de las dinámicas naturales. Esto es porque la restauración se exige cuando existe un daño. En la legislación ecuatoriana se precisa este término en el sentido más amplio, y no proclama una ecuación medible frente al daño. Esto se da porque prácticamente es imposible medir la repercusión del daño a un ecosistema donde confluyen cientos de miles de sistemas bióticos y abióticos, y el resultado de otorgar un valor de restauración a un posible daño causado no subsana a cabalidad lo que corresponde a un equilibrio.

La restauración frente al daño ambiental es un concepto relativo y difícil de medir, por eso es que habría que entender a la restauración como un intento de recuperación, no de la totalidad sino de los componentes básicos de la estructura, función, composición de especies de acuerdo a las condiciones actuales que se encuentra el ecosistema que se va a restaurar y compararla con los ciclos evolutivos naturales anteriores a la producción de un daño.

El valor de usar la palabra restauración desde el punto de vista ecosistémico es que nos ayuda a pensar en todos los procesos fundamentales de funcionamiento de un ecosistema, especialmente en los procesos ligados a las sucesiones naturales, sus interacciones y las consecuencias de las actividades humanas sobre estos procesos. Según Vargas, muchas áreas en el mundo están tan alteradas que ya es difícil hablar de restauración y se pueden emprender otras acciones como la rehabilitación, la reclamación o remplazo y la revegetalización.¹³² En general el concepto de restauración abarca o incluye actividades como la rehabilitación o remplazo.

¹³¹ Vargas, Orlando. *Los pasos fundamentales para una restauración ecológica*, Universidad Nacional de Colombia, disponible en <http://www.redcre.com/pdf/guia_metodologica_chizaca_c1.pdf>

¹³² *Supra Nota 131.*

En examen a lo mencionado en líneas superiores, con respecto a las distintas acciones que se pueden tomar en consideración en lugar de una restauración, hay lo siguiente: Con relación a la rehabilitación, varios autores suelen utilizar esta palabra como sinónimo de restauración, pero en realidad, su uso presenta diferencias. La diferencia más grande es que la rehabilitación no implica llegar a un estado original. La rehabilitación se puede usar para indicar cualquier acto de mejoramiento desde un estado degradado, sin tener como objetivo final producir el ecosistema original.¹³³ Al respecto el biólogo Vargas no comenta que:

Es posible que podamos recuperar la función ecosistémica, sin recuperar completamente su estructura, en este caso estamos hablando de una rehabilitación de la función ecosistémica, muchas veces incluso con un remplazo de las especies que lo componen. En muchos casos la plantación de árboles nativos o de especies pioneras dominantes y de importancia ecológica puede iniciar una rehabilitación.¹³⁴

Lo expuesto se refleja en los enunciados de la Codificación de la Ley Forestal, de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre en donde se prevé, por ejemplo, que en el caso de una tala y desbroces de vegetación nativa, bosque primario o área protegida, para determinar el costo del daño causado, se necesita realizar un análisis técnico profesional, para determinar el valor de restauración conforme a los preceptos expuestos en la misma ley donde se le impone al causante de la tala ilegal, una retribución económica por cada hectárea afectada. Así, con esa recaudación lo que se intenta es menoscabar el daño ya producido y remplazar la vegetación desbrozada con la misma vegetación que existía antes de que se produjera el siniestro. Esta acepción nos conduce al siguiente aspecto distinto de la restauración, la reclamación o remplazo.

Con respecto a la reclamación o remplazo, en palabras del biólogo Orlando Vargas, el término reclamación viene del lenguaje anglosajón “reclamation” y hace referencia al retorno de un estado específico de utilidad antes que a un estado original.¹³⁵ Se remplaza

¹³³ *Supra Nota 131*

¹³⁴ Vargas, Orlando. *Los pasos fundamentales para una restauración ecológica*, Universidad Nacional de Colombia, disponible en <http://www.redcre.com/pdf/guia_metodologica_chizaca_c1.pdf>

¹³⁵ *Ibidem*

un ecosistema degradado por otro productivo, pero estas acciones no llevan al ecosistema original. Este término ha sido muy utilizado en la recuperación de minas a cielo abierto. Otros autores se refieren a la reclamación como a las acciones para la construcción de topografía, suelo y condiciones para las plantas después del disturbio, lo cual puede llevar a que el sitio pre disturbio sea diferente, pero permite a la tierra degradada funcionar adecuadamente en el ecosistema del cual este era y es parte.¹³⁶

Finalmente, sobre el concepto de la a revegetalización, Vargas comenta que es un término utilizado para describir el proceso por el cual las plantas colonizan un área de la cual ha sido removida su cobertura vegetal original por efecto de un disturbio. La revegetalización no necesariamente implica que la vegetación original sea restablecida, sino que algún tipo de vegetación ocupe el sitio donde se produjo el daño. Por ejemplo, muchas áreas que sufren disturbios son ocupadas por especies invasoras que desvían las sucesiones a coberturas vegetales diferentes a las originales.¹³⁷

En síntesis según lo expuesto por Vargas, la restauración ecológica difiere de la revegetalización, rehabilitación y reclamación en tres aspectos fundamentales: primero, la restauración busca restablecer no solamente la función del sitio afectado, sino que pretende reparar sus componentes, estructura y complejidad. Segundo, la restauración depende de un propósito intencional y de actividades humanas constructivas, se necesita de un esfuerzo del hombre en colectividad para cumplir el fin de la restauración. Tercero, la restauración no intenta únicamente imitar lo que era un sistema, sino además replicar lo que un sistema hacía y así crear una “auto organización sostenible y persistente”.¹³⁸

La restauración ecológica como disciplina intencional y multidimensional, tiene otras dimensiones además de la ecológica, como la social, política, económica y ética. La dimensión social busca integrar las poblaciones humanas a los proyectos de restauración y contribuir a mejorar sus condiciones, esto implica que se debe tener un enfoque amplio de

¹³⁶ Melo P, *Restauración ecológica de bosques tropicales: veinte años de investigación académica*, Interciencia, p. 581

¹³⁷ Vargas, Orlando. *Los pasos fundamentales para una restauración ecológica*, Universidad Nacional de Colombia, disponible en <http://www.redcre.com/pdf/guia_metodologica_chizaca_c1.pdf>

¹³⁸ *Ibidem*

restauración para lograr que la gente se identifique con los objetivos de los proyectos. En muchas regiones debe existir una planificación y ordenamiento del paisaje para que la gente esté de acuerdo con que parte de las tierras deben ser destinadas a restauración para garantizar la sostenibilidad de servicios ambientales como el agua y áreas de rehabilitación de suelos para garantizar la sostenibilidad de los sistemas productivos.

Las dimensiones económica y política se refieren principalmente a los costos que implica restaurar grandes áreas y a la necesidad de una voluntad política que haga de la restauración una práctica ligada a la conservación de ecosistemas. La dimensión ética implica replantear una visión de la Naturaleza, cambiar comportamientos de destrucción y remplazarlos por comportamientos hacia la conservación y restauración. Otro aspecto muy importante es la relación ética con las comunidades locales. En comunidades indígenas donde existe una relación estrecha con la Naturaleza hay que tener en cuenta su dimensión espiritual.

2.3.1.2 “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 dependen de los sistemas naturales afectados”.

La norma constitucional diferencia al derecho a la restauración de la Naturaleza de los derechos que envisten a las personas o comunidades que pueden ser afectados por un disturbio ambiental. Dentro de la esfera de investigación que atiende esta tesina, es importante concommitar los derechos de los demás sujetos que concurren en un proceso de daño ambiental y exigibilidad del derecho de restauración. Para este enfoque, el derecho ambiental ha desarrollado una institución calve que viene siendo estudiada ya desde hace algunos años, y fue un prefacio para la consagración de los derechos de la Naturaleza. Nos referimos a los derechos colectivos o derechos difusos.

El artículo 72 de la Constitución es concordante y se vincula específicamente con lo que prescriben los artículos, 10, 11, y 57 literales 7 y 8, de la norma suprema.

El artículo 10 de la Constitución a letra reza: “Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La Naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.”¹³⁹ En la misma línea, el artículo 11 numerales 1, 2 6, y 7 propone las garantías del ejercicio de los derechos constitucionales en materia de derechos colectivos. Su texto es el siguiente:

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

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. [...]

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

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. [...]¹⁴⁰

El articulado en mención presenta algunas consideraciones con respecto al estudio de los derechos colectivos. Primero enviste de los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales a las comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos., y en coherencia con el articulado consecutivo, este reafirma la igualdad de derechos de los colectivos y comunidades enfatizando en la característica de que los derechos consagrados

¹³⁹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 10

¹⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008., Art. 11 numerales 1,2 6 y 7.

en la constitución pueden ser exigidos en forma colectiva o individual, y que los mismos son inalienables, interdependientes, irrenunciables y de igual jerarquía. Hay que hacer énfasis en lo que respecta a la jerarquía igualitaria de los derechos en el sentido de que estos pueden ser exigidos de manera individual como colectiva.

Por otro lado, el artículo 57 prescribe:

Art. 57.- 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:
7.- 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.
8.- Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

Es claro que la Constitución abre las puertas para que los derechos y garantías recogidas en el texto constitucional puedan ser exigidos tanto por un individuo en forma personal como por una colectividad. Sin embargo, la Constitución proclama un marco por el cual estos derechos pueden ser exigidos de manera colectiva. Primeramente plantea la posibilidad de creación de asociaciones de nacionalidad, etnias, pueblos ancestrales como por ejemplo una comunidad Shuar, o Kichwa, o montuvia, que pueda exigir una retribución en un proceso de disturbio ambiental, pero, así mismo, deberán probar su calidad de colectividad frente al juez o frente a la Administración pública. Este tema amplio, merecedor de un estudio más completo y profundo, y está ligado al marco teórico que esta tesina atiende, sin embargo, no es menester analizar en profundidad esta temática por cuanto gastaríamos una tesis entera para analizarla. Por lo mismo, en manera de síntesis, se puede concluir que la Constitución delimita el accionar del derecho colectivo en el sentido de que para que sea exigido, debe cumplir lo estipulado en la normativa reguladora de esta materia. Por ejemplo, para que una asociación o colectividad tenga personería válida y pueda representar un interés colectivo, debe cumplir lo que establece la ley de la materia

para la conformación de este tipo de organizaciones. Por el momento nos limitaremos a enunciar las atribuciones que la Constitución de Montecristi propone.

Volviendo al tema de los derechos colectivos en materia de derecho ambiental y relacionado a lo prescrito en el artículo 72 de la Carta Magna, estos son parte de los derechos de tercera generación, junto con otros derechos como el derecho a un medio ambiente sano, derecho de los pueblos indígenas y derecho de los consumidores. Lo que diferencia a estos derechos de los enunciados como derechos de primera y segunda generación es que en estos no es posible determinar con exactitud un individuo específico que haya sido afectado, sino que es la sociedad en colectividad que puede exigir estos derechos.¹⁴¹ En otras palabras, son derechos difusos en cuanto su violación o detrimento nos afecta a todos pero no es posible determinar específicamente a quienes. En contraste con los derechos colectivos donde se puede determinar la colectividad que los ejerce, tal como lo pudimos observar en líneas superiores, verbigracia, los derechos colectivos a un medio ambiente sano pueden ser difusos, pero en cuanto sea posible determinar quiénes son los afectados por una violación de los mismos, se ajustan mejor al concepto de derechos colectivos. De hecho, los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales. Así lo establece Grijalva, quien dice, por ejemplo, el derecho colectivo a un medio ambiente sano ampara tanto la salud de la comunidad como la de cada uno de los individuos que la forman Sin embargo, los derechos colectivos son indivisibles: son derechos del grupo y de todos y cada uno de sus miembros individuales, pero nunca de solo uno o algunos de ellos, con abstracción del grupo.¹⁴²

¹⁴¹ Grijalva Agustín, *¿Qué son los Derechos Colectivos?*, Universidad Andina Simón Bolívar, disponible en: <<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf1/GRIJALVA%20AGUSTIN.pdf>>

¹⁴² *Ibidem*

2.3.1.3 “En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables”

Finalmente, el artículo 72 nos habla de los casos de impacto ambiental ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables. Estos recursos se refieren a los combustibles fósiles, los minerales, energía, y gas natural. El agua y el suelo también pueden ser considerados como este tipo de recursos, sin embargo quedan excluidos para el análisis pertinente. Los recursos no renovables son aquellos donde su ciclo de formación tarda millones de años en producirse. En palabras de Rizzo, “podemos decir que son finitos y su explotación conduce al agotamiento.”¹⁴³ En el Ecuador actualmente el recurso no renovable más importante es el petróleo, sin embargo, los trabajos de exploración y el descubrimiento de grandes yacimientos de minerales, han llamado la atención de la industria tanto nacional como internacional, y haciendo que el Ecuador poco a poco se convierta en un país explotador de minería.

Esta parte del artículo en análisis parte de una premisa clave, *un impacto ambiental grave*. En este sentido la Naturaleza podrá ejercer su derecho a ser restaurada cuando exista un daño, detrimento, deterioro, causado por el impacto generado en la extracción de recursos naturales no renovables.

Es de conocimiento general que el impacto al entorno biótico causado por la industria petrolera y minera es alto. La extracción de recursos no renovables implica un impacto ambiental, motivo por el cual la normativa ambiental vigente, amparándose en los preceptos constitucionales, regla y regula esta actividad de una manera estricta. Sin perjuicio de que existe amplia normativa adjetiva que regula los procedimientos de extracción de recursos no renovables, siempre se produce un mediano y alto impacto con una industria de este tipo. En ese sentido, los preceptos que estipula la norma constitucional se tipificarían cuando ese impacto sea grave.

¹⁴³ Rizzo, Pablo, *Protección de los recursos naturales en el Ecuador*, Editorial Sica, Guayaquil, 2004.

2.3.1.4.- El Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.-

Continuando el análisis pertinente el Estado debe promover mecanismos eficaces para alcanzar la restauración. Esta primera parte del artículo presenta la obligación del Estado en proveer mecanismos eficaces que presten la ayuda necesaria para alcanzar la restauración de la Naturaleza.

Esta disposición resalta la intención del Estado en cumplir los presupuestos establecidos para la protección de los ecosistemas, y en cierto sentido, le brinda una forma lírica y atractiva para cualquier persona que lo observa, sin embargo, la aplicación de este precepto presentaría algunas consideraciones que deben ser tomadas en cuenta.

La ley no prescribe un mecanismo determinado para promover lo que a letra versa el artículo 72. Teóricamente la restauración deberá ser integral y tendrá que promover toda clase de mecanismo que sea eficaz y expedito para la recuperación de la Naturaleza. Sin embargo, estos mecanismos no han sido reglados ni legislados. Nos preguntamos entonces, ¿Queda entonces a la sana crítica del juez determinar los costos de restauración?, ¿Debe el Estado central intervenir como restaurador o quien tendría la legitimación para restaurar la Naturaleza cuando así se lo haya resuelto? ¿Qué es un mecanismo oportuno? Son diversas las incógnitas que se generan al momento de interpretar esta norma. Es por eso que es pertinente e importante analizar los límites del derecho de restauración para que este pueda ser analizado en un caso en concreto, y para lo que concierne al trabajo de esta tesina, sería concretamente en los procesos de exploración y explotación minera.

2.4.- Los límites del Derecho a la Restauración integral de la Naturaleza.-

Primeramente, se genera una duda al determinar que significa un mecanismo eficaz de restauración. Ya vimos que la restauración no es un concepto fácil de definir y tiene muchas disyuntivas. Para la aplicación de este precepto se debe tomar en cuenta lo que ya se ha dicho sobre la restauración. Para el cumplimiento de lo establecido, el Estado deberá

mover todo el aparato público en aras de una mejora. Nos preguntamos entonces ¿quién estaría legitimado para solicitar este accionar? La respuesta a esta pregunta se encuentra en la Ley de Gestión Ambiental. El artículo primero de esta norma establece los principios y directrices de política ambiental; determina la responsabilidad en distintos niveles de participación, tanto del sector público como del privado en la gestión ambiental, y señala los límites permisibles, controles y sanciones en esta materia. En su capítulo II, artículo octavo, se menciona que:

Art. 8.- La autoridad ambiental nacional será ejercida por el Ministerio del ramo, que actuará como instancia rectora, coordinadora y reguladora del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental, sin perjuicio de las atribuciones que dentro del ámbito de sus competencias y conforme a las leyes que las regulan ejerzan otras instituciones del Estado. El Ministerio del ramo contará con los organismos técnico- administrativo de apoyo, asesoría y ejecución, necesario para la aplicación de las políticas ambientales, dictadas por el Presidente de la República.¹⁴⁴

Así mismo, es obligación del Estado el determinar la eficacia de los sistemas de control con que cuentan las instituciones que forman parte del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental para la verificación del cumplimiento del presente reglamento y sus normas técnicas.

De la misma forma, no está claro ni definido que es un impacto grave y tampoco es un presupuesto normado por la legislación ecuatoriana. Sin perjuicio de aquello, en base a la exposición del Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria y los distintos tratados internacionales de materia ambiental suscritos por el Ecuador, se presenta un marco institucional donde se maneja el impacto con base a la aplicación del principio precautorio. Este principio estipula que en caso de existir un daño grave o irreversible al ambiente, la ausencia de certidumbre científica, no será usada como una razón para posponer las medidas costo efectivas que sean del caso para prevenir la degradación del ambiente. Al final, el impacto grave será determinado por un juez, quien deberá recoger todos los elementos de juicio necesarios, incluyendo peritajes, informes técnicos, o cualquier otro medio de prueba que pueda determinar un impacto grave, y en base al

¹⁴⁴Ley de Gestión Ambiental, publicado en el Registro Oficial # 418 del 10 de Septiembre de 2004. Artículo 8.

principio precautelatorio y los demás presupuestos constitucionales determinar el impacto grave.

En suma, el derecho a la restauración de la Naturaleza no es un aspecto determinante o preciso. La imposibilidad de una *restitutio in integrum* responde a un intento relativo de poder retributivo del hombre frente a la Naturaleza y no puede ser medido en escalas precisas. El simple hecho de que es prácticamente imposible restaurar íntegramente un ecosistema. De todas formas, es menester de los axiomas de la norma el prever por la restauración dentro de los límites humanos, con el fin de cumplir lo establecido. Debemos analizar distintos componentes de la restauración para obtener una idea más clara al respecto:

- a) Es necesaria la intervención del humano para iniciar un mecanismo de restauración. El mismo que tiene que disponer de métodos biológicos y científicos que procuren una posible restauración y mitigación del daño. Como ya se especificó es el humano que a través de la figura de la representación deberá exigir el derecho presto a la Naturaleza para la restauración de un área afectada, y es el humano quien deberá aplicar las técnicas que estén a su alcance para intentar recobrar el equilibrio.
- b) Difícilmente el ecosistema regresará a su condición original. El humano no tiene los medios como para remediar integralmente un ecosistema puesto que al ser afectado, los seres bióticos como abióticos pueden desaparecer. La restauración dependerá de una trayectoria en el tiempo de recuperación del ecosistema. Esta trayectoria depende del tiempo de recuperación de los ciclos naturales de la Naturaleza, por eso es que este concepto presenta un nivel muy grande de relatividad y subjetividad. Siempre existirá una discusión entre los distintos niveles de restauración y que se puede considerar una restauración integral versus a una remediación de los daños.
- c) La recuperación de un ecosistema *in situ* dependerá de los conocimientos de los técnicos en esa área en tres niveles: antes de ser afectada, el estado actual del ecosistema y después de la afectación. Según Vargas, estas formas se conocen como

ecosistema *predisturbio* y ecosistema *pos disturbio* respectivamente.¹⁴⁵ El objetivo de la restauración es iniciar y acelerar los procesos que conduzcan a una recuperación natural del ecosistema. La visión ecosistémica implica que lo que debe retornar a un estado predisturbio son las condiciones ecológicas que garantizan la recuperación de la composición estructura y función del ecosistema y que recuperan servicios ambientales. Desde este punto de vista la restauración es un proceso integral de visión ecosistémica tanto local, como regional y del paisaje, que tiene en cuenta las necesidades humanas y la sostenibilidad de los ecosistemas naturales, seminaturales y antrópicos.

- d) Las condiciones actuales del ecosistema dependen de la relación histórica entre Naturaleza y sociedad.¹⁴⁶

En síntesis, la restauración presenta la misma dificultad que la determinación del daño ambiental y dependerá de cada caso en particular, y en la debida aplicación de los principios observados en la Constitución y tratados internacionales.

2.5. El Derecho a la Restauración Integral de la Naturaleza en el contexto de los principios rectores del derecho ambiental: precaución y prevención.

Para un mejor contexto, a continuación se mencionan los principios fundamentales del Derecho Ambiental, pilar sobre el cual se asientan los presupuestos constitucionales del derecho ambiental. Algunos de estos principios son tomados en cuenta por Pedro Fernández Bitterlich quien señala:

- a) Principio de soberanía: responde al derecho soberano de los Estados a explotar y adoptar las acciones de protección de sus recursos naturales. Según la Declaración de Estocolmo de las Naciones Unidas, Principio 21 “los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”. De acuerdo con el Principio 22 contenido en la Carta Mundial de la Naturaleza

¹⁴⁵Vargas, Orlando. *Los pasos fundamentales para una restauración ecológica*, Universidad Nacional de Colombia, disponible en <http://www.redcre.com/pdf/guia_metodologica_chizaca_c1.pdf>

¹⁴⁶*Ibidem*

(1982), se reafirma el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos Naturaleza, para lo cual, cada Estado deberá aplicar las disposiciones de dicha Carta por conducto de sus órganos competentes y en cooperación con los demás Estados. El principio “de soberanía”, es concordante con el principio segundo de la Declaración de Río adoptada con motivo de la Reunión “Cumbre de la Tierra” sobre Desarrollo y Medio Ambiente organizada por las Naciones Unidas en el año de 1992, al ratificar que: “los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de velar porque las actividades no causen daños al ambiente de otros Estados.” Los principios aludidos, reconocen el derecho soberano de los Estados a explotar sus recursos, sin embargo, tienen que hacerlo aplicando normas, políticas y acciones que tengan como propósito el preservar el medio ambiente.¹⁴⁷

El principio de soberanía consiste en la potestad que tiene cada Estado para explotar sus propios recursos naturales, sean renovables o no renovable, y la explotación de estos recursos será normada y legislada de tal manera que sea más conveniente en base a las políticas de cada Estado; así como también pueden promulgar y expedir toda norma apropiada para proteger y defender los recursos naturales. Este principio tiene origen en Instrumentos como la Declaración de Estocolmo, la Carta Mundial de la Naturaleza y la Declaración de Río.

b) Principio de Desarrollo Sustentable: ratifica el criterio que la protección del medio ambiente es parte integrante del proceso de desarrollo, por lo que les corresponde a los Estados reducir y eliminar modalidades de producción y consumo insostenible.¹⁴⁸

Sobre este principio existe amplia doctrina y teoría que puede ser estudiada. Por esta ocasión solo estableceremos la definición en el sentido más amplio, esto es la implementación del Estado en fomentar políticas públicas y planes de desarrollo económico sostenibles que permitan un desarrollo de corto, mediano y largo plazo pero sin menoscabo de que ese desarrollo no presente un limitante para el desarrollo de las generaciones futuras.

c) El Principio Contaminador Pagador: expresado en la frase “el que contamina paga”. Este principio se evidenció en la Declaración de Founex sobre el Desarrollo y Medio Ambiente (1971), al señalar que “la empresa deberá asumir la responsabilidad en el medio ambiente.”¹⁴⁹

¹⁴⁷ P. Fernández Biterlich. *Manual de Derecho Ambiental Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2da Edición, 2004, p. 61.

¹⁴⁸ *Supra Nota 45* p. 78

¹⁴⁹ *Supra Nota 45* p. 78

El principio Contaminador- Pagador implica la atribución de una responsabilidad a los agentes que causaren o produjeren contaminación en como de una actividad contaminante, por ende las empresas son responsables de pagar y reparar el daño ambiental que se les pueda atribuir.

d) El principio precautorio: Conforme se establece en el principio 16 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, con el fin de proteger el medio ambiente, “los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.” La prevención es una de las características de un sano manejo del ecosistema a fin de evitar daños posteriores. El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestre y su hábitat que se encuentren actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la Naturaleza.¹⁵⁰

Finalmente el principio precautorio, en él se establece todos los mecanismos y sancionatorios que deben aplicar los Estados, para impedir la degradación y tutelar el medio ambiente. Así mismo se determina que por este principio el hombre es el custodio principal del patrimonio natural, por ende, toda política pública debe involucrar necesariamente a los ciudadanos.

El principio de precaución comenzó a tomar su forma actual a finales de los años 80 en distintos instrumentos jurídicos de Derecho Internacional medioambiental, y finalmente a los derechos internos de cada Estado. El primer instrumento internacional que recoge el principio de precaución de manera expresa es la Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada por las Naciones Unidas en Nairobi el 28 de octubre de 1982, en cuyo Principio n° XI. b) se dice que:

Las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la Naturaleza serán precedidas de un examen a fondo, y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la Naturaleza. Esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales.¹⁵¹

¹⁵⁰ P. Fernández Biterlich. *Manual de Derecho Ambiental Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2da Edición, 2004, p. 61.

¹⁵¹ Principio n° 11, Carta Mundial de la Naturaleza.

Se puede observar aquí que, en primer lugar, el principio XI de la Carta Mundial de la Naturaleza, se encuadra en el marco de lo que se llama “grandes peligros”, por lo que parece que no todo peligro legitimaría este régimen, y se prevé la necesidad de un examen previo. En el Ecuador, este examen previo se materializa de modo general en el instrumento necesario para la obtención de una licencia ambiental el Estudio de Impacto Ambiental. Pero lo interesante es, por un lado, que se obliga al promotor de las actividades peligrosas a probar que sus beneficios son mayores que los daños potenciales, lo que constituye una inversión general de la carga de la prueba (responsabilidad objetiva). Y por otro lado, mucho más importante que en situación de incertidumbre científica sobre el riesgo (“cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales”), simplemente se prohíbe que dichas actividades se lleven a cabo. Por tanto, vemos que el principio de precaución se configura aquí como un principio de inacción o conservación.

Pero es el Principio nº XV de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, adoptada en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río en 1992, el que más repercusión ha tenido a la hora de dar publicidad de este principio en Derecho Internacional, y es el que suele considerarse como el precedente más importante en materia de regulación del mismo. La forma en la que regula tal principio es que es como sigue:

Con el fin de proteger el Medio Ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.¹⁵²

Vemos que el daño necesario para actuar se transforma de serio a grave, los Estados pueden aplicar el principio de precaución “conforme a sus capacidades”, y el criterio de los costos económicos pasa de estar implícito a preverse expresamente en el texto. Lo mismo sucede en la definición brindada en el preámbulo del Convenio sobre Diversidad Biológica que sitúa a las medidas precautelatorias en el ámbito de reducir al mínimo las amenazas,

¹⁵² Principio XV, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 1992.

contrario a impedir las, como se decía en Río. En dicho preámbulo se dice, más exactamente: “Cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.”¹⁵³

Una unificación de las distintas posiciones doctrinales sobre el contenido del principio resulta una tarea muy dificultosa, ya que estas posiciones están tan alejadas entre sí, que bajo el nombre de “principio de precaución” tratan en realidad de cosas bastante distintas.

En palabras Domenech Pascual, usualmente, “la doctrina tiende a distinguir entre un principio de precaución en sentido fuerte, o una visión maximalista, y una precaución en sentido débil, o visión minimalista.”¹⁵⁴ Las versiones fuertes de la precaución defienden un principio de inacción en el que la carga de la prueba corresponde siempre a quien introduce el riesgo y no a quien lo sufre, los costos económicos no son oponibles a los costos ambientales, es lícita la fijación de un nivel de riesgo cero, la acción pública puede darse en condiciones incluso de ignorancia científica y la precaución se configura como un principio general del derecho.¹⁵⁵

La versión minimalista, por el contrario, niega las anteriores afirmaciones y pretende en último término un principio aplicable únicamente en caso de riesgo inminente de graves daños irreversibles, evaluando los costes económicos de tal forma que la intervención pública solo pueda suceder cuando el gasto comprometido no supere el montante alcanzado por los trastornos que se intenta atajar.¹⁵⁶

Conscientes de estas limitaciones, es pertinente sistematizar las muy diversas posiciones doctrinales en torno a tres características fundamentales del contenido del principio de precaución. Los elementos claves para un entendimiento de este principio son:

¹⁵³ Preámbulo Convenio de Diversidad Biológica

¹⁵⁴ Domenech Pascual, Gabriel. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 305

¹⁵⁵ *Ibidem*

¹⁵⁶ *Supra* Nota 47 p 305

la desvinculación de la decisión pública respecto al juicio científico de certidumbre, la concepción de la precaución como un principio de acción o de inacción y la inversión de la carga de la prueba o también conocida como la responsabilidad objetiva.

2.5.1. La desvinculación de la decisión precautoria de la certeza científica.-

Según Domenech Pascual, los problemas implicados en el funcionamiento del principio de precaución son, dos: el primero sería la efectividad de las medidas precautorias y el control de la arbitrariedad de quien las adopta.¹⁵⁷ Ello implica que, para funcionar correctamente, la decisión adoptada por la autoridad competente deberá estar fundamentada en algo más que su mera voluntad, pero también, y esta es la nota fundamental del principio, que dicha autoridad no tendrá por qué esperar a la existencia de un conocimiento científico completo del riesgo para actuar, es decir, que se halla desvinculada de la idea de certeza científica. Como característica principal, se concluye que la lógica precautoria es la posibilidad de actuar en condiciones de incertidumbre científica, pero en ocasiones es motivo de preocupación que la precaución legitime una acción al margen de la ciencia. En otras palabras, es necesaria la exigencia de una evaluación científica de riesgos como requisito ineludible de la adopción de medidas precautorias, o si se quiere la adopción de medidas precautorias se debe fundamentar en una evaluación científica, sin perjuicio de que esta sea incompleta o no concluyente.

Muchas veces este requisito técnico-científico se encuentra en el Estudio de Impacto Ambiental para los proyectos que pudiesen llegar a causar un detrimento ambiental. La experiencia en este campo demuestra que esperar a una prueba completa conforme a los criterios tradicionales suministrados por la ciencia no garantiza una adecuación de la acción precautelaría a los fenómenos naturales que posteriormente se “descubren” como reales. Consecuentemente, la efectividad de las políticas precautorias exige rediseñar el concepto

¹⁵⁷ *Ibidem*

de prueba científica, que lo que pretende es disminuir la fuerza probatoria exigida a una teoría para ser aceptada como científica por el propio ordenamiento jurídico.¹⁵⁸

Naturalmente, el único que puede elaborar las teorías que se exponen son un colegiado científico, sin embargo, no todo lo que este organismo científico haga o diga, merece ser calificado como ciencia cierta y empírica. En palabras de Domenech Pascual, “la precaución sí implica una separación Ciencia-Estado, en la medida en que al Estado se le permite asignar valor (y consecuencias jurídicas) a teorías que la Ciencia, conforme a sus criterios, descartaría de momento.”¹⁵⁹ En otras palabras, las teorías científicas pueden o no ser capaces de demostrar un posible daño ambiental, pero sí legitiman el accionar políticas precautorias.

Así pues, se puede determinar que la actividad de precaución se encuentra desvinculada de la Ciencia, pero sin embargo es completamente dependiente de la opinión de los científicos. Esto es así porque la cuestión fundamental para el ordenamiento jurídico es decidir sobre lo incierto, fundamentando dicha decisión en alguien que puede valorar, opinar y otorgar un criterio de lo incierto en base a sus conocimientos científicos, y por ende cuenta con más criterios específicos para realizar esa valoración de la peligrosidad de un proceso, verbigracia, el proceso de extracción de minerales.

En conclusión, el principio de precaución exige un mínimo de conocimiento científico sobre los riesgos que amenazan un bien jurídico protegido (en este caso la Naturaleza) para legitimar la adopción de medidas precautelatorias. . La evaluación de dicho riesgo, por el contrario, no tendrá por qué ser completa, y para muchos autores, el hecho de que la evaluación de riesgos no pueda llevarse a cabo, no tiene por qué implicar que el riesgo no pueda ser reducido. Así, se abre una doble dimensión: la del bien jurídico a proteger y la del riesgo a evitar, cuestión que trataremos inmediatamente.¹⁶⁰

¹⁵⁸ *Supra Nota 47 p 305*

¹⁵⁹ *Ibidem*

¹⁶⁰ *Supra Nota 47 p. 306*

2.5.2. Precaución activa y precaución inactiva.-

Un primer punto de vista sobre la importante cuestión de la Naturaleza activa o inactiva del principio de precaución podría referirse a si los poderes públicos están o no obligados a la adopción de medidas precautorias cuando confluyen los requisitos de incertidumbre y riesgo necesarios en cada caso.

La solución a este problema fue presentada en Río en 1992 y de muchos otros instrumentos internacionales posteriores donde se suele afirmar que la precaución se configuró como un principio de acción pública potestativa.¹⁶¹ La fórmula usualmente utilizada desde entonces es que la incertidumbre sencillamente no impide dicha acción, que respondería, así, a un criterio de oportunidad de la autoridad pública competente para adoptar medidas precautorias o de prevención.

En este sentido, tal como lo expresa Domenech Pascual, en cuanto a la distinción entre un principio de acción y un principio de inacción, “sería la contemplación de la acción como una adopción de medidas positivas, y de la inacción como una adopción de medidas negativas, en el sentido de evitar la acción de los privados.”¹⁶² Es decir, en un sentido global, acción equivaldría a movimiento: producción, transporte, comercialización, y la inacción equivaldría a espera: investigación, observación, discusión.

Podríamos afirmar entonces que la precaución se configura primordialmente como un principio inactivo, que ha de ser perseguida activamente debido a la existencia implícita en nuestro ordenamiento jurídico de una presunción de daño y peligrosidad de cualquier proyecto que pueda presentar el proponente para realizar una actividad específica.

Interesa aquí también explicar cómo la precaución va a partir de una idea concreta de conservación de una situación conocida, y cómo es ésta una de las notas principales que permiten distinguir este principio del principio de prevención. Según Esteve Prado, la

¹⁶¹ *Ibidem*

¹⁶² *Supra Nota 47* p. 306

prevención es la “acción y efecto de prevenir”¹⁶³ o la “preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo”¹⁶⁴, mientras que la precaución es una “cautela para evitar o prevenir los inconvenientes, o daños que puedan temerse.”¹⁶⁵ La precaución presenta la cualidad de un aviso repentino, mientras que la prevención debe ir acompañado de la explicación del daño que está próximo en llegar, ante el cual es posible diseñar estrategias para frenarlo, es decir, prevenirlo.

2.5.3. Responsabilidad objetiva.-

La inversión de la carga de la prueba es uno de los mecanismos más discutidos dentro de los procesos ambientales, y en general de toda resolución de conflictos sobre materias con altos grados de incertidumbre. El problema del modelo tradicional, que obliga al demandante a probar la peligrosidad de la actividad que lleva a cabo el demandado, es que en ámbitos de incertidumbre tal prueba no tiene vocación alguna de resolverse positivamente, luego materialmente resulta casi imposible atacar estas actuaciones en sede judicial, más allá de las normas generales que las regulen.

Para determinar a los responsables por daños ambientales, se hace frente a la facultad del juez en establecer diferentes niveles de responsabilidad en distintas esferas., sin embargo, ¿es necesario que se reconozca el responsable del daño para tomar las acciones en protección del ambiente para evitar que el daño que siga extendiendo en el tiempo y el espacio? La respuesta es no, debido a que, como ya se observó, la protección del ambiente corresponde a un deber estatal que tiene la obligación de tutelar principal y subsidiariamente este derecho en función del principio de precaución. Lo expuesto sirve como un preámbulo que media sobre los preceptos constitucionales y que legitima la intervención del Estado en forma directa en base a los presupuestos de la responsabilidad objetiva. Para una mayor comprensión debemos detenernos en conceptualizar a la responsabilidad objetiva.

¹⁶³ Esteve Prado José, *Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica*” p. 700

¹⁶⁴ *Ibidem*

¹⁶⁵ *Ibidem*

La responsabilidad objetiva es “la determinada legalmente sin hecho propio que constituya deliberada infracción actual del orden jurídico ni intencionado quebranto del patrimonio ni de los derechos ajenos.”¹⁶⁶ Así tenemos que la Constitución ecuatoriana establece que *la responsabilidad por daños ambientales es objetiva*.¹⁶⁷ Esto implica que los responsables de la afectación tienen la obligación de reparar el daño originado, es decir, deben responder de forma directa e inmediata, sin que para ello exista previamente una categorización que determine los grados subjetivos de su responsabilidad.

La responsabilidad por los daños ambientales les corresponde a las personas naturales, jurídicas, públicas y privadas, nacionales y transnacionales. No obstante esta disposición, dada las características de las legislaciones de los países en estudio, basadas en el derecho civil romano, dentro del derecho penal por ejemplo, se ha venido aplicando solamente a las personas naturales y no a las jurídicas, toda vez que la responsabilidad penal requiere del elemento subjetivo *mens rea*, que acorde a la doctrina civilista tradicional, solo puede estar presente en una persona natural, mas no en las jurídicas.¹⁶⁸ En el caso de Ecuador, el propio código civil expresa que las personas jurídicas deben estar representadas por una persona natural, quien debe responder civil y penalmente, por los actos que realice la sociedad de capital o personas. Las personas jurídicas, actualmente sólo han respondido en la parte administrativa, ejemplos de esto lo podemos encontrar cuando se clausuran los negocios o empresas, se revocan las licencias ambientales, los permisos de funcionamiento, etc.

Este mismo contexto pero en otras palabras, se tiene que en la responsabilidad objetiva se responde al causante cuando existe un daño o un “posible daño”, sin más; en cambio, en la responsabilidad subjetiva responde una persona y tiene que demostrarse que existe culpa o dolo.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Diccionario Jurídico elemental*, Editorial Heliasta.

¹⁶⁷ Art. 96 de la Constitución de la República., publicada en el Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008

¹⁶⁸ Márquez Quiñónez, Iván. *Derecho Ambiental y Sociología Ambiental* 2004, p. 401-402

¹⁶⁹ Saavedra, Luis Ángel. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Comunicaciones INREDH, Disponible en: < http://www.inredh.org/archivos/pdf/constitucion_final.pdf>

Debemos necesariamente recurrir a la Jurisprudencia existente en nuestro país ya que esta es fuente de derecho legalmente reconocida. Respecto de la responsabilidad extracontractual, se hace referencia a lo dicho por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema:

Según la doctrina, que se plasma en nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad civil extracontractual por daños es de dos clases: responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva. Si el autor del daño ha obrado con dolo o negligencia da origen a la denominada responsabilidad subjetiva. Si los daños causados han sido sin dolo o negligencia dan lugar a la responsabilidad objetiva o de pleno derecho. Estas dos clases de responsabilidades tienen como elemento común la existencia de un daño, o sea, todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia en los bienes o personalidad de la víctima. El daño es el requisito primario, sine qua non, para la responsabilidad civil, daño que puede ser material o moral. El daño debe ser cierto, real, efectivo, evidente. Asimismo, el daño puede ser presente o futuro. El futuro es cierto e indemnizable cuando necesariamente ha de realizarse, sea porque consiste en la prolongación de las cosas existentes, o porque se han realizado determinadas circunstancias que lo hacen inevitable. En el daño futuro puede ser incierta su cuantía, pero no ocurre lo mismo en su existencia, ya que dentro de las probabilidades humanas su realización aparece evidente. El elemento diferenciador entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva es la relación de causalidad. En la responsabilidad subjetiva debe mediar delito o cuasidelito y no solo eso, sino que es indispensable que entre el dolo o la culpa por una parte y el daño por la otra, haya una relación de causalidad, es decir, que sea efecto o consecuencia de ese dolo o culpa. Por regla general, en la responsabilidad subjetiva la carga de la prueba de que el autor del daño ha obrado con dolo o negligencia, pesa sobre la víctima o damnificado. Sin embargo, hay daños que se producen por actividades peligrosas o de alto riesgo, en que prácticamente es imposible al damnificado probar la existencia de la culpa o dolo antedichos. La doctrina, para no dejar a la víctima sin la tutela de la reparación por los daños sufridos, ha encontrado solución a dicho problema al revertir la carga de la prueba, y dejar que sea el agente del daño el que tenga que demostrar que ha observado todo el cuidado y precauciones necesarias para que no se produzca el accidente que ha ocasionado tal daño, sino que éste ha sido el efecto de fuerza mayor o caso fortuito (definido en el artículo 30 del Código Civil). En otras palabras se presume (*iuris tantum*) culpa en el agente del daño.¹⁷⁰

Justamente, esta Sala acogió esta doctrina en el fallo dictado en el juicio ordinario de daños y perjuicios No. 31-2002 seguido por los representantes del barrio "Delfina Torres Vda. de Concha" en contra de Petroecuador y sus filiales, publicado en el R.O. 43 de 19 de marzo del 2003. En este fallo, declara categóricamente que los demandados incurrieron en responsabilidad subjetiva y, con ese fundamento, fueron condenadas al pago de indemnizaciones, por cuanto, dentro del proceso, no probaron que los daños causados a las

¹⁷⁰ Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Suprema, causa No. 31-2002 seguido por los representantes del barrio "Delfina Torres Vda. de Concha" en contra de Petroecuador y sus filiales, publicado en el R.O. 43 de 19 de marzo del 2003.

víctimas fueron el efecto o consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito; es decir, se aplicó la presunción de culpa de los demandados.

En la responsabilidad objetiva, mientras tanto, al individuo señalado como responsable se le impone la obligación de indemnizar a la víctima, independientemente de la previsión o intención que aquel haya podido tener del daño resultante del accidente. En otras palabras, ya no será únicamente responsable quien obró con malicia, negligencia o impericia, sino también el individuo que creó la actividad peligrosa o utilizó el bien riesgoso. En la responsabilidad objetiva se pondera la tutela jurídica de reparación a la víctima. El damnificado debe demostrar solamente: el hecho, el daño y la relación causal vinculante entre los dos primeros, no necesita demostrar si el agente obró con malicia, imprudencia o impericia.

Dentro del caso en análisis y en aplicación directa a lo establecido por el artículo 396 de la Constitución de la República que a letra reza:

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

La tesis de la responsabilidad objetiva sostiene la posibilidad de una responsabilidad sin culpa, ni presunta, ni probada. En consecuencia, la víctima sólo tiene que probar el perjuicio y la relación de causalidad. En definitiva se prescinde del elemento culpa, el demandado, responde sin culpa, responde por el resultado. Es una responsabilidad que se

fundamenta en el vínculo material de causalidad entre el hecho o actividad del demandado y el perjuicio sufrido por la víctima.¹⁷¹ La doctrina con respecto a ello expresa que:

En la responsabilidad ambiental, el medio ambiente, es un bien jurídico a tutelar a través de su titular y de su carácter de bien colectivo, en el cual si se causa un daño, su reparación no solo puede exigirse por la vía tradicional, cuando existe un afectado directo, sino que todos aquellos que son titulares de un derecho al medio ambiente adecuado, pueden ejercitar este derecho.¹⁷²

Este tipo de responsabilidad objetiva o de riesgo frente a los hechos derivados de la actividad industrial, que aunque no hayan sido causados por culpa, deben necesariamente responder alguien que ha obtenido provecho de la actividad dañosa¹⁷³, por ende, se responde ante un hecho objetivo que no es otro que el daño.

La responsabilidad objetiva, dice Crespo Plaza, “establece una excepción a la regla general basada en la responsabilidad subjetiva o por culpa”¹⁷⁴. En el caso de la responsabilidad objetiva se presume la culpa del demandado pues la demostración de la responsabilidad se centra exclusivamente en la concurrencia de un daño o la producción de un riesgo que causa un perjuicio o peligro no solo a la víctima sino a toda la sociedad, por ende la responsabilidad por daño ambiental es objetiva y por consiguiente invierte la carga de la prueba.

Complementando lo dicho por los tratadistas antes citados, está lo que establece Peña Chacón que en relación a la responsabilidad objetiva menciona:

“El principio de que todo daño debe ser reparado -dice el tratadista citado, pág. 37- "da lugar al replanteamiento del derecho de la responsabilidad, en su integridad. / En él se inscribe la responsabilidad, objetiva, en la cual no hace falta el nexo de la culpa entre el hecho dañoso y la víctima, ya que puede ser suficiente la producción del daño, el hecho", añadiendo que, "aun cuando el acto no sea culpable, la responsabilidad existe y el resarcimiento se debe igualmente, si hay nexo causal entre el acto no culpable y el daño", "lo que constituye la llamada responsabilidad objetiva", responsabilidad que "tiende a ampliar su campo de

¹⁷¹ Saavedra, Luis Ángel. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Comunicaciones INREDH, Disponible en: < http://www.inredh.org/archivos/pdf/constitucion_final.pdf

¹⁷² Carmona Lara, María del Carmen. *Notas para el análisis de la responsabilidad ambiental y el principio de "quien contamina paga", a la luz del Derecho Mexicano*. p. 64

¹⁷³ *Ibidem*

¹⁷⁴ Crespo Plaza, Ricardo. *La Responsabilidad Objetiva por daños ambientales y la inversión de la carga de la prueba en la nueva Constitución*. Disponible en: <<http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1888/2/11.%20A.%20Actualidad.%20La%20responsabilidad%20objetiva%20por%20da%C3%B1os%20ambientales.%20Ricardo%20Crespo%20P.pdf>>

aplicación y tiene como característica esencial la inversión de la carga de la prueba, pues se exonera al perjudicado de la prueba de la culpa o del dolo del perjudicante: basta probar el daño y el nexo de causalidad entre el acto, aunque no sea culpable y el daño.(...) el solo hecho de que la Constitución declare el derecho de los ciudadanos a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado implica este tipo de responsabilidad, concluyendo: a. la responsabilidad por daño ambiental es siempre de carácter objetivo, independientemente que exista norma que así lo establezca, al ser un principio general del derecho reconocido por la misma Constitución, b. la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizarlos daños y perjuicios causados con su conducta, incluso si la conducta desplegada es lícita. c. Se presume la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad de su actividad. d. Se invierte la carga de la prueba recayendo la misma en quien asumió el riesgo de la actividad dañosa. e. Los únicos eximentes de responsabilidad aceptados son la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero".¹⁷⁵

El mismo autor nos comenta que la responsabilidad objetiva conlleva implícita "la presunción de responsabilidad del agente causante del daño por cuanto objetivamente se le hace responsable del mismo, pues se requiere únicamente que se indique el daño y el nexo causal por parte de la víctima¹⁷⁶"; sin embargo, la prueba de la falta de culpa o de la inexistencia de causa y efecto le corresponden al demandado mismo que a su vez no podrá eximirse de responsabilidad por haber actuado con suficiente prudencia y cuidado, pues los únicos eximentes de responsabilidad para el demandado podrían ser el caso fortuito y la culpa de la víctima trasladándose así el nexo causal hacia circunstancias externas o hacia terceros, se aplica en otras palabras el principio "a daño causado, daño indemnizado".¹⁷⁷

Sobre la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, según Manthley Pinto, la exigencia de responsabilidad o el criterio de imputación de la misma, se sustenta en dos pilares básicos, el subjetivo y el objetivo.¹⁷⁸ La manera que se vincula lo señalado con el autor con los preceptos de la responsabilidad objetiva se encuentra en que frente a los daños producidos a una persona y su patrimonio, (como es en el caso de daños en materia civil), la responsabilidad se determina por culpa o negligencia o es objetiva o por riesgo. Empero, la responsabilidad civil no se basta exclusivamente en la idea de culpa del sujeto que causa el daño, sino que por el contrario, se basa en la idea de peligrosidad o en la posibilidad de

¹⁷⁵ Peña Chacón, Mario. *Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, primera edición agosto 2006, Costa Rica

¹⁷⁶ *Ibidem.*-

¹⁷⁷ *Ibidem.*-

¹⁷⁸ Manthley Pinto, Oswaldo. *Canalización de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Ambiental*

generar un resultado dañoso que puedan llegar a generar ciertas actividades, aunque estén permitidas por el Estado. Las consecuencias que se deriven de estas actividades si bien al productor de ellas, le supone un beneficio económico, a los sujetos ajenos a ellas, pueden ser directa o indirectamente, afectados o lesionados en su patrimonio, o puede llegar a generarse una incertidumbre de que un daño se pueda producir.

2.5.4. La teoría del Riesgo.-

La teoría del riesgo es un tema profuso, digno de una tesis propia; teoría que es aplicable en diversas instituciones y ramas del derecho e incluso de otras carreras, empero, para efectos de mejor entendimiento, se topará este tema de una manera ligera en aplicación del derecho ambiental.

Los daños no casi nunca son producto de un actuar culposo o negligente del sujeto, sino de actuaciones empíricas de riesgo, que independientemente de la conducta del agente, desarrollan lesiones en el patrimonio ambiental del sujeto pasivo.

Esta es una teoría por la cual se pretende establecer un criterio adecuado para los fines del derecho y de las necesidades sociales de nuestra época por medio del cual determinar cuáles son los responsables de un daño ocasionado a una persona natural o jurídica. Esta teoría aborda todos los actores que puedan generar una acción con tendencias a ser peligrosa y afectar derechos de terceros. Así ocurre, por ejemplo, en materia de explotación de metales en minas. El proponente o la empresa extractora, los vehículos y maquinarias que se utilizan, inclusive la empresa aseguradora que resguarda las actuaciones del área minera, todas crean un riesgo, y es esa actividad riesgosa la que determinará los responsables en caso de existir un daño. Por lo mismo, a todos los actores de esta actividad se los atribuirá el posible daño causado.

Estas situaciones son las que concreta la teoría del riesgo. En aplicación de esta teoría la pretensión es que no solamente sea una persona la responsable directa de un daño, sino que todos aquellos que en un determinado momento tomaron la decisión de asumir ciertos riesgos que pudieran generar daños. Es una especie de responsabilidad solidaria donde

todos los actores responden de manera general pero diferenciada a la indemnización por un daño.

Concretamente, la teoría del riesgo se aplica al campo de la responsabilidad civil extracontractual y sirve como criterio para determinar la responsabilidad de las personas (naturales o jurídicas) involucradas en el daño ocurrido a otra persona, sin haber tenido tal persona que soportar el daño que se le ocasionó. Este criterio dice que “son responsables de los daños de tipo extracontractual todas aquellas personas que efectúan una conducta que tenía el riesgo de que se presentara en concreto el resultado dañoso acontecido”.¹⁷⁹ En otras palabras, son responsables todos aquellos que asumen el riesgo de llevar una acción y omisión que pueda generar consecuencias dañosas para terceros, aun cuando la persona que asume el riesgo efectuó la actividad o conducta con el mayor cuidado y cautela posible. Verbigracia, es responsable todo aquel que lleve a cabo una conducta que conlleva el riesgo de un resultado dañoso. Lo relevante en la teoría del riesgo es determinar quienes generaron dicho riesgo, no importa necesariamente determinar materialmente quien lo causó. Esto es de vital importancia por cuanto vincula al proceso a toda persona que haya contribuido a generar el riesgo. Son responsabilidades compartidas.

2.6. Exigibilidad de los derechos de la Naturaleza.-

La especificidad del daño ambiental plantea problemas que no pueden ser resueltos cabalmente ni por el derecho público no por el derecho privado. Como ya se ha mencionado en líneas superiores, la identificación del daño, sus causas y sus fuentes es tan compleja que resulta difícil determinar cuáles deben ser los alcances de la restauración. Por otra parte, aunque se consiga descubrir qué se va a restaurar; será necesario averiguar quién va a reparar: la identificación del responsable pasa por superar las extraordinarias dificultades de prueba del nexo causal. En tercer lugar, es absolutamente necesario determinar quién puede exigir la reparación del daño ecológico: el carácter colectivo del daño ambiental pone, en entredicho la garantía de la legitimación activa frente a los atentados ambientales; en fin, aun suponiendo que alguien reclame la reparación de un

¹⁷⁹ Atilio Aníbal, Alterini, *Responsabilidad Civil, Límites de la Reparación Civil*, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 15

determinado daño ecológico presuntamente producido por un responsable particular, queda por averiguar cómo se va a reparar y cuándo se va a reparar: Tanto la reparación in natura cuanto la compensación económica presentan dificultades prácticas insuperables que obligan, por un lado, a limitar el alcance de la reparación y, por otro, a buscar soluciones alternativas de inspiración colectiva más allá del mecanismo clásico judicial de corte individualista que informa el esquema de la responsabilidad civil.¹⁸⁰

2.6.1. Legitimación activa.-

El aforismo del derecho procesal civil, según el cual, el que está legitimado para reclamar la reparación del daño es aquél que lo ha sufrido, no puede ser aplicable al ámbito de la responsabilidad por el daño ambiental, pues en la medida en que el daño ambiental afecta a una multiplicidad de personas, se plantea el problema de quién tiene el interés jurídico reconocido para actuar en juicio y, en consecuencia, para accionar el aparato judicial que habrá de proveer la tutela del ambiente.¹⁸¹

En este caso, la víctima del daño es el propio medio ambiente, que como hemos dicho es un bien jurídico de titularidad colectiva y por lo tanto, deberían estar legitimados para reclamar su reparación todos los titulares del derecho a un medio ambiente adecuado. En el derecho latinoamericano no existe una solución uniforme al problema de la legitimación activa pues se presentan diferentes tendencias, tales como la posibilidad de acciones colectivas por parte de asociaciones ambientalistas, como es el caso Ecuador; Verbigracia, la Ley de Gestión Ambiental en su artículo 47 estipula: “Las personas naturales o jurídicas o grupos humanos vinculados por un interés común y afectados directamente por una acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos”.

En otros países, la representación del interés ambiental la ejerce un ente público, como ocurre en Cuba y México; En Cuba, por ejemplo, la Ley N° 81 del Medio ambiente

¹⁸⁰Gimíis Catalá, Lucía. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Navarra, Aranzadi, 1998. p. 247.

¹⁸¹*Ibidem*.

señala: “Artículo 71.- Están facultados para reclamar la reparación del daño a la indemnización de los perjuicios: a) la Fiscalía General de la República, b) El Ministerio de Ciencia, tecnología y medio ambiente, c) Quien haya sufrido personalmente el daño o perjuicio. Los sujetos expresados en los incisos a) y b) del presente artículo podrán actuar en defensa de interés social, en la protección del medio ambiente”.¹⁸²

En México la Ley General de Vida Silvestre su artículo 107 señala: “Artículo 107.- Cualquier persona física o moral podrá denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente daños a la vida silvestre y su hábitat sin demostrar que sufre una afectación personal y directa en razón de los daños. [...]”

En otras legislaciones, la legitimación activa la tiene el interés jurídico difuso de la ciudadanía como sucede en los casos de Colombia, Costa Rica, y El Salvador. Se tomará como ejemplo base lo que señala la Constitución de Costa Rica en su artículo 50.

Artículo 50.- Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La Ley determinará las responsabilidades y sanciones correspondientes.¹⁸³

2.6.2. Jurisdicción especializada en materia ambiental.-

En el Ecuador no existe una jurisdicción especializada en materia ambiental, y tampoco se puede señalar que sea una tendencia expansiva en otros países de Latinoamérica, sin embargo, este tema sí está siendo explorado.

Para dirimir los conflictos de materia ambiental, la regla general en la mayoría de países, somete esta decisión a las reglas ordinarias de competencia, como es el caso de Argentina, Chile y Ecuador. Empero, son de destacarse los casos de Costa Rica y en donde se han creado tribunales con jurisdicción especializada en materia ambiental.

¹⁸² Ley N° 81 del Medio Ambiente, Cuba artículo 71

¹⁸³ Constitución de la República de Costa Rica, artículo 50.

En el Ecuador, este es un horizonte aún no estudiado, pero no se descarta la idea de crear comisarías ambientales que estarían encargadas de velar por la protección, prevención y mantenimiento de los ecosistemas. Actualmente, los jueces conocen los casos ambientales cuando se interponen recursos constitucionales, tales como la acción de protección, medidas cautelares, y acción extraordinaria de protección. No nos olvidemos también la competencia que se le otorga al Ministerio del Ambiente como entidad reguladora, para dirimir los conflictos ambientales que puedan surgir tanto en el incumplimiento de normas técnicas ambientales como en la producción de daños a los ecosistemas.

Nos enfrentamos a un futuro que prácticamente dibuja en su panorama un desarrollo en el tema de litigación del campo ambiental. Al pronunciar una Constitución vanguardista, que expone temas nuevos a la luz del derecho, como los mencionados *ius natura* o derechos de la Naturaleza, no es difícil pensar que pronto existan jurisdicciones especializadas con jueces que apliquen los principios del derecho ambiental en casos particulares, ponderando el bien jurídico de la Naturaleza frente a otros que se puedan presentar. El Ecuador guarda una ventaja frente a otros países con el tema de declarar a la Naturaleza como sujeto de derechos y exhorta al legislador y al poder judicial a crear nuevas formas de aplicación de estos principios. Por el momento, es presuroso emitir conclusiones dativas sobre las dádivas que el derecho de la Naturaleza en todos sus ámbitos pueda generar. Sabemos con cabalidad que muy pronto estas jurisdicciones serán también tema de un amplio análisis doctrinario y jurisprudencial, por lo mismo, limitaremos este tema a un análisis exiguo.

2.6.2.1. Competencia civil y administrativa.-

En la medida que la mayoría de las legislaciones ambientales de América Latina se han desarrollado muy cerca del derecho administrativo, la primera forma en cómo se ha enfrentado el problema de la responsabilidad por el daño ambiental ha sido justamente mediante la aplicación de las sanciones administrativas. Como lo señala Günter Heine, “los legisladores en todo el mundo han establecido en el campo de investigación del derecho ambiental con una más o menos amplia red de regulaciones administrativas, frecuentemente dejando a las agencias administrativas determinar el nivel aceptable o permisible de

contaminación en casos individuales”¹⁸⁴ Sin embargo, el derecho administrativo tiene, a diferencia del derecho civil, una misión preventiva antes que reparadora y por ello basa su efectividad precisamente en el establecimiento de un sistema de sanciones preponderantemente pecuniario para los casos de incumplimiento de la norma, sin que necesariamente los recursos recaudados por dichas sanciones hayan de destinarse a la reparación del daño.

En algunos países el derecho ambiental administrativo ha mostrado ciertos rasgos innovadores en ese sentido, por ejemplo, frente a las sanciones pecuniarias tradicionalmente propias del derecho administrativo. Por ejemplo, en el derecho anglosajón, a través del derecho estatutario, se han incorporado las figuras de la remediación, la compensación y la limpieza y restauración de suelos dañados.¹⁸⁵

En el contexto latinoamericano la mayoría de los países castigan administrativamente las conductas contrarias al ambiente, pero en algunos casos, a las sanciones administrativas tradicionales se agrega la reparación del daño ambiental.

Hablando específicamente de la legislación ecuatoriana, el artículo 46 de la Ley de Gestión ambiental nos trae que:

Art. 46.- Cuando los titulares por acción y omisión, incumplan las normas de protección ambiental, la autoridad competente adoptará sin perjuicio de las sanciones previstas en la Ley, las siguientes medidas administrativas.

- a) Decomiso de las especies de flora y fauna obtenidas ilegalmente y de los implementos utilizados para cometer la infracción; y,
- b) Exigirá la regularización de las autorizaciones, permisos, estudios y evaluaciones; así como verificará el cumplimiento de las medidas adoptadas para mitigar y compensar daños ambientales, dentro del término de 30 días.¹⁸⁶

En ese sentido, en las diversas legislaciones ambientales de carácter administrativo no sólo se contemplan criterios propios del derecho civil para calificar el monto de la multa,

¹⁸⁴ Heine Günther, *Environment protection criminal law*. En: LOMAS, Owen. *Frontiers of environmental law*. Londres, Chancery, 1991. p. 79

¹⁸⁵ *Ibidem*

¹⁸⁶ Art. 46 ley de Gestión Ambiental, publicada en el R.O el 30 de julio de 1999.

tales como el daño producido o el beneficio obtenido, sino que también facultan a la autoridad para agregar a las sanciones tradicionales (multa, clausura, arresto, etc.) las medidas necesarias para restaurar el medio ambiente alterado y se prevé el destino de las multas hacia la reparación del daño causado.

En cuanto al derecho civil, en la medida que este derecho ha correspondido tradicionalmente la reparación de daños, como ya se ha analizado en líneas superiores, es lógico extender su aplicación también al ámbito del daño ambiental. Así, en algunos países de América Latina, las legislaciones ambientales tratan de resolver el paradigma de la reparación de los daños ambientales remitiendo simplemente a la aplicación del derecho civil, como ocurre por ejemplo con Ecuador.

La ley de Gestión Ambiental en su artículo 43, capítulo 1 de las acciones civiles prescribe:

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

Sin perjuicios de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago que por reparación civil corresponda se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley.

En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.

Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.

CAPÍTULO III.-La aplicación de los Derechos de la Naturaleza en los procesos industriales de extracción de minerales.-

La minera a gran escala en el Ecuador no tiene precedentes, sin embargo actualmente es una actividad económica a la que se le ha puesto mucho interés, debido al gran potencial minero que tiene el país. Al igual que lo que ocurrió en su momento con la explotación petrolera, la minería es promovida ahora como un puntal de desarrollo, y fuente de importantes recursos económicos para el Ecuador.

Se considera a la actividad minera como el nuevo eje de la economía y el desarrollo en este país, inclusive llegando a ser el primer motor de la riqueza ecuatoriana, superando a la producción de crudo. En este examen se tiene que la minería puede ser metálica, o de materiales pétreos utilizados fundamentalmente para en la industria de la construcción civil. Este planteamiento ha sido fuertemente cuestionado por organizaciones sociales, principalmente indígenas y ecologistas, que proponen buscar otras alternativas que superen la apropiación y mercantilización de los bienes de la Naturaleza.

En particular, la minería no-metálica ha sido motivo de menor controversia ambiental que la metálica. Un hecho si es incuestionable, la escasez próxima de los yacimientos petroleros, ha situado al sector minero como la nueva opción de desarrollo en el país, en este marco se han suscitado algunos eventos de carácter político, sociales, legales y económicos que sitúan a la minería como el nuevo motor de desarrollo a futuro. Vale la pena analizar a la minería para tener una idea fundamentada de lo que significaría esta actividad para el Ecuador, bajo distintas circunstancias que enmarca la legislación ecuatoriana. En este contexto, la minería tiene que articularse a un conjunto de disposiciones legales que deben intervenir en la solución de conflictos que se van a presentar por el inevitable impacto que la minería traería sobre los recursos naturales, el ambiente y las personas. Dicho de otra manera, para un desarrollo de la minería tiene que contarse con un marco legal apropiado que sea capaz de garantizar que los derechos, tales como al agua, a la soberanía alimentaria, a la propiedad, la consulta previa, ambiente sano, derechos de la Naturaleza, salud y otros que estén en contraposición con la actividad

minera y que puedan verse afectados, no se vulneren. En el presente capítulo nos concretaremos en lo que respecta a la posible afectación del patrimonio natural del Estado, los derechos mineros, su concomitancia con los derechos de la Naturaleza y la exigibilidad de los mismos dentro del marco constitucional.

En primer lugar, se debe solventar lo que es la minería para la ley ecuatoriana. Según Ortiz Monsalve:

[...] la industria minera es eminentemente destructiva, que requiere de elevada tecnología, grandes capitales y personal altamente capacitado y calificado [...] Más que las otras industrias requiere de estrictos controles gubernamentales que eviten la contaminación ambiental, los desequilibrios ecológicos y el aprovechamiento irracional de los recursos.”¹⁸⁷

Nuestra actual legislación minera reconoce varias clases de minería, estas se describen en la Ley de Minería ecuatoriana, publicada en el Registro Oficial N° 517 del 29 de enero del 2009.

Minería Artesanal y de Sustento.- Es aquella que: se efectúa mediante trabajo individual, familiar o asociativo; utiliza herramientas, máquinas simples y portátiles; la comercialización de sus minerales sólo permite cubrir las necesidades básicas de la persona o grupo familiar que las realiza; y, no requieren una inversión superior a las 150 remuneraciones básicas unificadas (RBU) o de 300 en caso de asociación de tres o más mineros artesanales. Se la realiza mediante permisos, por un plazo de 10 años renovables por periodos iguales.¹⁸⁸

Pequeña Minería.- Es aquella que tiene una capacidad instalada de explotación y/o beneficio de hasta 300 toneladas métricas por día; y una capacidad de producción de hasta 800 metros cúbicos por día, con relación a la minería de no metálicos y materiales de

¹⁸⁷ Alvaro Ortiz Monsalve, *Derecho de Minas*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992, p. 8

¹⁸⁸ Ley de Minería, artículo 34. Publicada en el Sumario del Registro Oficial No. 517 del 29 de enero del 2009.

construcción. Se la realiza mediante concesiones mineras, por un plazo de 25 años renovables por periodos iguales.¹⁸⁹

En el estudio a cargo del Centro de Planificación y Estudios Sociales (CEPALES) se define a la minería a pequeña escala como “[...] una forma de minería intermedia entre la empresarial mediana y la artesanal, la minería de pequeña escala es quizás el tipo de actividad minera más relevante en el país, debido a la cantidad de material extraído y procesado y porque concentra a la mayoría de la fuerza laboral minera registrada.”¹⁹⁰ Dentro de esta categoría entran la mayoría de concesiones mineras en el Ecuador por la gran cantidad de yacimientos de distintos minerales que están concesionados a particulares.

Minería Industrial o a Gran Escala.- Este tipo de minería no está definida expresamente por la Ley de Minería, pero, en analogía y contraste a los otros tipos de minería, se entiende que es toda aquella que por sus inversiones, volúmenes y actividades, supera a la pequeña minería. En coherencia a la Ley de Minería, se la realiza mediante concesiones mineras, por un plazo de 25 años renovables por periodos iguales.

Esta actividad comprende diversas etapas, cada una de las cuales conlleva impactos ambientales particulares. En un sentido amplio, estas etapas serían: prospección y exploración de yacimientos, desarrollo y preparación de las minas, explotación de las minas, tratamiento de los minerales obtenidos en instalaciones respectivas con el objetivo de obtener productos comercializables en el mercado. El desarrollo actual de la minería en Ecuador contemplada en la ley minera incluye las fases de prospección, exploración, explotación, benefició, fundición, refinación y comercialización de minerales metálicos y no metálicos.

¹⁸⁹ Ley de Minería, artículo 138. Publicada en el Sumario del Registro Oficial No. 517 del 29 de enero del 2009.

¹⁹⁰ Sandoval Moreano, y otros, *Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en Ecuador*, CEPALES 2000, Quito, disponible en: < <http://pubs.iied.org/pdfs/G00583.pdf>>

3.1. El proceso de exploración y explotación minera en la legislación ecuatoriana.-

Es preciso señalar las fases de la actividad minera que establece el Art. 27 de la Ley de Minería, haciendo una breve explicación concomitante desde un punto de vista técnico y jurídico de cada fase.

El artículo 27 prescribe lo siguiente:

Art. 27.- Fases de la actividad minera.- Para efectos de aplicación de esta ley, las fases de la actividad minera son:

- a) Prospección, que consiste en la búsqueda de indicios de áreas mineralizadas;
- b) Exploración, que consiste en la determinación del tamaño y forma del yacimiento, así como del contenido y calidad del mineral en él existente. La exploración podrá ser inicial o avanzada e incluye también la evaluación económica del yacimiento. Su factibilidad técnica y el diseño de su explotación;
- c) Explotación, que comprende el conjunto de operaciones, trabajos y labores mineras destinadas a la preparación y desarrollo del yacimiento y a la extracción y transporte de los minerales;
- d) Beneficio, que consiste en un conjunto de procesos físicos, químicos y/o metalúrgicos a los que se someten los minerales producto de la explotación con el objeto de elevar el contenido útil o ley de los mismos;
- e) Fundición, que consiste en el proceso de fusión de minerales, concentrados o precipitados de éstos, con el objeto de separar el producto metálico que se desea obtener, de otros minerales que los acompañan;
- f) Refinación, que consiste en el proceso destinado a convertir los productos metálicos en metales de alta pureza;
- g) Comercialización, que consiste en la compraventa de minerales o la celebración de otros contratos que tengan por objeto la negociación de cualquier producto resultante de la actividad minera: y,
- h) Cierre de Minas, que consiste en el término de las actividades mineras el consiguiente desmantelamiento de las instalaciones utilizadas en cualquiera de las fases referidas previamente, si no fueren de interés público, incluyendo la reparación ambiental de acuerdo al plan de cierre debidamente aprobado por la autoridad ambiental competente.

El Estado propenderá a la industrialización de los minerales producto de las actividades de explotación, promocionando la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, respetando los límites biofísicos de la Naturaleza. En todas las fases de la actividad minera, está implícita la obligación de la reparación y remediación ambiental de conformidad a la Constitución de la República del Ecuador, la ley y sus reglamentos.

En todas las fases, es obligación del titular minero y concesionarios el realizar sus actividades.

3.2. La prospección.-

La prospección, también conocida como exploración inicial, exploración generativa o actividades mineras preliminares, es aquella búsqueda de indicios de áreas mineralizadas a través de la geoquímica de sedimentos fluviales y suelos.¹⁹¹ En el Reglamento Ambiental para Actividades Mineras se estipula que la prospección se realiza exclusivamente a través de observaciones visuales, que incluye actividad geofísica remota y recolección de muestras superficiales no comerciales, para que después sean analizadas en un laboratorio.

Se recolecta de 500 a 1.000 gramos de arenas en quebradas, cada 100 y 300 metros de distancia, con excavaciones de hoyos de 1m x 1m para recolectar muestras de suelos.¹⁹² Es un tipo de análisis de suelo, donde se buscan indicios o rezagos de un yacimiento minero. Técnicamente esta fase dura de 6 a 24 meses, para poder definir si el área merece o no ser explorada. Como lo expresa Pillajo Gadivia, en la etapa de prospección “el objetivo es identificar áreas favorables que tengan potencial del recurso mineral que se busca; se llega a delimitar anomalías con los recursos minerales inferidos, para lo cual se necesita realizar varias actividades secuenciales que básicamente dependen de la información geológica, geoquímica o geofísica que se disponga [...]”¹⁹³ En esta fase se cubren grandes superficies, generalmente mayores a 20,000 hectáreas donde el trabajo fundamental de los investigadores, (mayoritariamente geólogos) es recabar datos del suelo de sectores que puedan resultar de interés o donde se suponga que hay indicios de yacimientos mineros. Es un trabajo exclusivamente técnico, donde se requiere de expertos en materia de geología que puedan determinar un hallazgo de mineral observando muestras de suelo, rocas, agua, etc. Se pueden tomar muestras pequeñas que después serán analizadas por laboratorios calificados para este tipo de trabajo. Con los resultados obtenidos se realiza una interpretación de los mismos que normalmente son presentados mediante un informe

¹⁹¹ Núñez Bazante, Carlos Mauricio, *Formas de Participación Privada en la Actividad Minera –Conveniencia de Títulos versus Contratos Mineros*, Monografía de Especialización Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, 2009, p. 9-11.

¹⁹² Núñez Bazante, Carlos Mauricio, *Formas de Participación Privada en la Actividad Minera –Conveniencia de Títulos versus Contratos Mineros*, Monografía de Especialización Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, 2009, Págs. 9-11.

¹⁹³ PillajoGadivia, Edgar, *La Minería al servicio de los Ecuatorianos*, Fungeomine, Quito- Ecuador, 2010 p. 127

técnico. La metodología para los trabajos de prospección dependerá de la persona interesada y del presupuesto que este cuente para el trabajo.¹⁹⁴

En esta etapa los impactos al ambiente que se pueden generar son relativamente escasos, se podría decir que mínimos. Es prácticamente un trabajo de mapeo, de recorrido en vehículos pequeños por lugares donde posiblemente puedan existir yacimientos. Todo se basa en indicios de que puedan encontrar minerales. Cuando ya se tiene un mínimo conocimiento de la existencia de algún yacimiento, es menester del interesado o recurrente el iniciar el trámite pertinente en el Ministerio de Energías No Renovables para obtener los correspondientes derechos mineros.

La Ley de Minería ecuatoriana permite la realización de trabajos de prospección en forma libre, el único límite es esta actividad se debe realizar en áreas que no hayan sido adjudicadas a un titular minero. Las áreas disponibles para una prospección pueden verificarse de manera extra oficial en la página web del Ministerio de Recursos No Renovables. Tampoco establece una entidad particular que pueda desarrollar esta actividad. Es decir, toda persona natural o jurídica (excepto las que prohíbe la Constitución y la ley), tienen la facultad de prospectar libremente, con el objeto de buscar sustancias minerales (salvo en áreas protegidas, dentro de concesiones mineras ajenas, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las áreas mineras especiales).¹⁹⁵ Legalmente hablando, no existe un plazo máximo de duración para esta fase y no es necesaria la obtención de una concesión minera, título minero o licencia ambiental para realizar esta actividad. Sin perjuicio de aquello, cuando una empresa haya obtenido el título minero, el titular del mismo, deberá notificar la ejecución de estas actividades a la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), y a las delegaciones regionales del Ministerio del Ambiente. Así lo establece el artículo 25 del Reglamento Ambiental para actividades mineras, que a letra reza:

¹⁹⁴ *Ibidemp.* 128

¹⁹⁵ Núñez Bazante, Carlos Mauricio, *Formas de Participación Privada en la Actividad Minera –Conveniencia de Títulos versus Contratos Mineros*, Monografía de Especialización Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, 2009, Págs. 9-11.

Art. 25.- Actividades mineras preliminares.-Aquellas actividades de prospección y/o exploración inicial que se realicen exclusivamente a través de observaciones visuales, que incluye actividades de geofísica remota y recolección manual de muestras superficiales y suelos en cantidades no comerciales destinadas a análisis de laboratorio, se podrán realizar previa la obtención de la licencia ambiental correspondiente que incluirá el informe de participación social. El titular minero deberá notificar la ejecución de estas actividades a la Agencia de Regulación y Control Minero, y a las delegaciones regionales del Ministerio del Ambiente.

3.3. La exploración minera.-

La exploración minera tiene un tratamiento distinto frente al derecho y frente al proceso de actividad extractiva en sí. Los expertos definen a la exploración como la determinación del tamaño y forma del yacimiento, así como del contenido y calidad del mineral en él existente.¹⁹⁶ En esta fase se realizan actividades de mapeo de quebradas, muestreo de roca, estudios geofísicos (mediante técnicas de magnetismo, electromagnetismo, resistividad eléctrica, sísmica, etc.); y, perforaciones (entre 50 y 100 metros de distancia, con una profundidad de 50 a 500 metros, para obtener núcleos de roca de 45 a 65 milímetros, también conocidos como testigos).¹⁹⁷ Para esta fase es necesaria una licencia ambiental, y también es aquí donde se elaboran las primeras evaluaciones de prefactibilidad y factibilidad de la minera. El Reglamento Ambiental para Actividades Mineras define a la exploración en su glosario como la “determinación del tamaño y forma del yacimiento, así como del contenido y calidad del mineral existente.”¹⁹⁸

Legalmente hablando, esta etapa abarca tres sub períodos: exploración inicial (con un plazo máximo de duración de cuatro años); exploración avanzada (con plazo máximo de duración de cuatro años adicionales); y, evaluación económica del yacimiento, incluyendo su factibilidad técnica y el diseño de su explotación (con un plazo máximo de duración de dos años, renovales por otros dos).

¹⁹⁶ Núñez Bazante, Carlos Mauricio, *Formas de Participación Privada en la Actividad Minera –Conveniencia de Títulos versus Contratos Mineros*, Monografía de Especialización Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, 2009, Págs. 9-11.

¹⁹⁷ PillajoGadivia, Edgar, *La Minería al servicio de los Ecuatorianos*, Fungeomine, Quito- Ecuador, 2010. p. 130.

¹⁹⁸ Ley de Minería, anexo 1 glosario, publicado en el Registro Oficial No. 517 del 29 de enero del 2009.

En el anexo 1 de la Ley de minería vigente en el Ecuador se define a la exploración inicial como la “recolección manual de muestras de rocas, suelos y sedimentos fluviales, toma de datos por métodos geofísicos, apertura de trochas, trincheras y pozos exploratorios”.¹⁹⁹ En cuanto a las actividades avanzadas de exploración, el mismo cuerpo legal la define como “trabajos de perforación; construcción de galerías; apertura de vías de acceso; apertura de trincheras y construcción de campamentos permanentes.”²⁰⁰

Previo a cualquier actividad, los interesados deben cumplir con requisitos puntuales y obligatorios. La omisión del cumplimiento de estos requisitos representará el inicio de procesos administrativos y/o judiciales en contra de las personas naturales o jurídicas que realicen la actividad. Para esta fase se requiere el cumplimiento de varios requisitos estipulados por la Ley de Minería y su Reglamento Ambiental, y la Ley de gestión ambiental. Estos precisamente son el título minero, y la licencia ambiental.

El artículo 5 del Reglamento ambiental para actividades mineras estipula expresamente lo siguiente:

Artículo 5.- Los titulares mineros serán responsables civil, penal y administrativamente por las actividades y operaciones de sus contratistas ante el Estado Ecuatoriano, el Ministerio del Ambiente y los ciudadanos en general; por lo tanto será de su directa y exclusiva responsabilidad la aplicación de todos los subsistemas de Naturaleza ambiental establecidos en la normativa vigente y en particular las medidas de prevención, mitigación, compensación, control, rehabilitación, reparación, cierres parciales, y, cierre y abandono de minas, sin perjuicio de la que solidariamente tengan los contratistas.

Se establece además la responsabilidad señalada a los contratistas o asociados del titular minero para la exploración, explotación, beneficio, procesamiento, fundición, refinación, transporte, comercialización de minerales, cierre y abandono de minas, así como aquellos autorizados para instalar y operar plantas de beneficio mineral, procesamiento, fundición o refinación. La responsabilidad del titular minero en estos casos es solidaria.

Quienes obtuvieren del Ministerio Sectorial la autorización para aprovechar libremente los materiales de construcción tendrán las mismas obligaciones y responsabilidades. Si la actividad observada es ejecutada por contratistas o asociados según se ha señalado en el artículo anterior, la responsabilidad por la acción observada recae solidariamente en él o los titulares mineros.²⁰¹

¹⁹⁹ *Ibidem*

²⁰⁰ *Ibidem*

²⁰¹ Artículo 5, Reglamento Ambiental Para Actividades Mineras, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 67 del 16 de noviembre del 2009

En cuanto a la materia que nos incumbe en esta tesina, en concomitancia con el artículo citado, se tiene lo que prescribe el artículo 14 del Reglamento Ambiental Minero específicamente a la exploración:

Art. 14.- Presentación de estudios de impacto ambiental.- Los titulares mineros, previo al inicio o modificación sustancial de cualquier proyecto minero, o de cualquier actividad de exploración inicial o avanzada, explotación, beneficio o procesamiento, fundición, refinación, transporte, comercialización de minerales y de cierre de minas, presentarán al Ministerio del Ambiente los estudios de impacto ambiental con los siguientes requisitos: a) Informe del proceso de participación ciudadana; b) El estudio de impacto ambiental en medio magnético y en dos ejemplares impresos a fin de optimizar el acceso a la información; y, c) Ficha técnica de identificación del estudio de impacto ambiental, debidamente firmada por el titular minero y el consultor ambiental minero.²⁰²

En relación a los derechos de los pueblos ancestrales o lo que respecta a la consulta previa, la Ley de minería estipula lo siguiente:

Art. 90.- Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República.

En la fase de exploración, algunas de las actividades propicias a causar un impacto ambiental en distintos niveles son: la preparación de los caminos de acceso a la mina, mapeos topográficos y geológicos, el montaje de campamentos e instalaciones auxiliares, trabajos geofísicos, investigaciones hidrogeológicas, aperturas de zanjas y pozos de reconocimiento, tomas de muestras, etc.

Si los resultados de la etapa de prospección y exploración inicial son positivos, se continúa con esta fase de exploración avanzada, que también se la conoce como la de detalle. Para esta etapa, la superficie de investigación es más reducida y lo que la diferencia de la etapa de prospección es que ya se tiene evidencia cierta de un posible depósito mineral. Esta fase requiere un costo alto de inversión y las actividades suelen producir

²⁰² Artículo 14, Reglamento Ambiental Para Actividades Mineras. publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 67 del 16 de noviembre del 2009

impacto en el ambiente. Por ese motivo, la ley prevé mecanismos para la protección del ambiente que se sintetiza en la aprobación de una licencia ambiental por parte de la autoridad reguladora, que en este caso es el Ministerio del Ambiente. Así lo establece el artículo 6 del Reglamento Ambiental para Actividades Mineras (RAAM).

Art. 6.- El Ministerio del Ambiente, como Autoridad Ambiental Nacional rectora del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental, tiene a su cargo la coordinación con los organismos del Estado, gobiernos y organismos seccionales, que tengan competencia en materia de protección ambiental y uso y manejo de recursos naturales no renovables con el objeto de verificar el cumplimiento del régimen ambiental vigente en la República del Ecuador.²⁰³

Para esta fase de exploración, es necesaria la obtención de un título minero que se otorga al concesionario minero, es decir, previo a la emisión del título minero se tiene que negociar una concesión minera con el Estado exclusivamente para trabajos de exploración.

Nos incumbe determinar qué actividades comprende la etapa de exploración, cuales son los riesgos frente al medio ambiente, y cuales herramientas nos brinda el derecho para la prevención de un impacto serio en el desarrollo de esta actividad exclusivamente.

Como ya se dijo, la etapa de exploración avanzada comprende el investigar las anomalías determinadas en la etapa de prospección, y verificar si el prospecto se convierte en un hallazgo. Es necesario un levantamiento topográfico de detalle, realizando una triangulación del área a explorar mediante herramientas como el GPS. Posteriormente a la etapa de detalle, cuando ya se tienen datos precisos de geología, geoquímica, geofísica, suficiente para definir un modelo preliminar del depósito o yacimiento, entonces se procede a comprobar los resultados mediante perforaciones.²⁰⁴

Estas perforaciones se logran con una perforación a diamantina de reconocimiento, que es la realización de una perforación que oscila entre 2000 y 4000 metros donde se obtiene un pedazo de suelo de forma cilíndrica, conocida como sondajes de reconocimiento

²⁰³ Artículo 6, Reglamento Ambiental Para Actividades Mineras, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 67 del 16 de noviembre del 2009

²⁰⁴ PillajoGadivia, Edgar, *La Minería al servicio de los Ecuatorianos*, Fungeomine, Quito- Ecuador, 2010, p. 132.

o testigos de perforación.²⁰⁵ Con el análisis de este sondaje se puede llegar a generar un modelo tridimensional de un posible yacimiento. Las perforaciones se hacen con maquinas creadas exclusivamente para ese uso. Ya no es necesaria la construcción de carreteras para el transporte de esta maquinaria, ya que la tecnología actual ha desarrollado mecanismos eficaces con la finalidad de evitar mayores impactos. Para este caso en específico, la máquina perforadora se desarma en tres partes y puede ser transportada por varias personas por senderos donde ya no se necesitan carreteras. La cantidad de agua que utiliza cada de estas máquinas para operar es de 6 metros cúbicos diarios, y la misma agua es recirculada a la operación con el fin de evitar mayor deterioro del ambiente. Estas nuevas tecnologías permiten que el desarrollo de las perforaciones no cause sino un impacto mínimo. Sin embargo, las afectaciones al ambiente serían mayores si no se aplican estas nuevas tecnologías o se utilizan maquinas antiguas.

Los testigos obtenidos de las perforaciones son etiquetados y almacenados muy cuidadosamente. El testigo se corta a la mitad y es enviada a análisis en laboratorios, la otra mitad queda para el mapeo del geólogo a cargo del proceso quien debe documentar las características petrográficas del suelo y de la roca.²⁰⁶ Los testigos mineros deben ser colocados en un lugar amplio, normalmente se los coloca en galpones que cuentan con estanterías donde se los guarda y mantiene. Las perforaciones para la obtención de testigos causan un impacto ambiental leve y se las realiza en superficies pequeñas. Por ejemplo, una plataforma de perforación sería más o menos de un 6 x 6 metros.²⁰⁷

Para el estudio y almacenamiento de los testigos, usualmente se instauran campamentos temporales para que las personas que trabajan en el proceso de exploración puedan vivir. Estos campamentos no son definitivos y son autosustentables. En el caso de que se deba parar la exploración, el campamento debe desarmarse completamente, y es obligación de los actores del proyecto dejar el área donde se asentaba el campamento tal como estaba inicialmente.

²⁰⁵ *Ibidem*

²⁰⁶ PillajoGadivia, Edgar, *La Minería al servicio de los Ecuatorianos*, Fungeomine, Quito- Ecuador, 2010p.134

²⁰⁷ *Ibidem*

Subsiguientemente, cuando ya se tiene una evaluación del suelo y de los componentes del mismo, producto del trabajo de la exploración y de las perforaciones, y cuando se cuenta con un mapa geofísico tridimensional del suelo y se tiene un conocimiento preciso de la localización del yacimiento o depósito se termina la fase de exploración y comienza la de explotación minera.

3.4. La explotación minera.-

La exploración minera es el conjunto de operaciones, trabajos y labores mineras destinadas a la preparación y desarrollo del yacimiento, así como a la extracción y transporte de los minerales.²⁰⁸ La Ley de Minería define a la explotación como la actividad “que comprende el conjunto de operaciones, trabajos y labores mineras destinadas a la preparación y desarrollo del yacimiento y a la extracción y transporte de los minerales”.²⁰⁹ En el artículo 27 del mismo cuerpo normativo impone al Estado central la industrialización de los minerales producto de las actividades de explotación, promocionando la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, respetando los límites biofísicos de la Naturaleza.²¹⁰ Hace énfasis en el respeto a la Naturaleza, la obligación de reparar y remediar el impacto causado conforme los tabulados constitucionales.²¹¹

Existe división de criterios respecto a si dentro de esta fase se debe incluir a la construcción de obras o construcción de la mina (que puede tomar de 2 a 3 años). Algunos autores atribuyen la construcción de la mina a una etapa de exploración avanzada, mientras que otros atribuyen esta actividad dentro de la fase de explotación. En lo que no hay discordancias es en las formas de explotación. Únicamente se conocen dos formas de explotación que son la explotación a cielo abierto y la explotación subterránea (aunque, algunos técnicos hablan también de una mixta, como tercera forma). Puede durar un promedio de 20 a 35 años dependiendo de las reservas y de la producción diaria.

²⁰⁸ Núñez Bazante, Carlos Mauricio, *Formas de Participación Privada en la Actividad Minera –Conveniencia de Títulos versus Contratos Mineros*, Monografía de Especialización Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, 2009, Págs. 9-11.

²⁰⁹ Artículo 27. Ley de Minería., Publicada en el Sumario del Registro Oficial No. 517 del 29 de enero del 2009.

²¹⁰ *Ibidem*

²¹¹ *Ibidem*

Para esta fase, se debe contar con un estudio de factibilidad concreto y aprobado, licencia ambiental aprobada, Estudio de Impacto Ambiental, plan de Manejo ambiental y haber cancelado todas las regalías e impuestos que esta actividad comprende. Todas estas obligaciones se las debe cumplir en cada institución reguladora de este proceso, específicamente la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), el Ministerio del Ambiente y el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables respectivamente.

La inversión aportada a esta fase es inmensa, superando fácilmente centenas de millones de dólares. Es por eso que los inversionistas que deseen aportar para el desarrollo de esta fase desean obtener una certeza tanto científica como política y social de que el proyecto de la actividad minera pueda obtener réditos a largo plazo, y no ser una carga impositiva donde únicamente se generen perjuicios a los actores en todos los niveles posibles, sean estos sociales, judiciales, administrativos, políticos, económicos, éticos, etc.

Por eso es que los estudios económicos y financieros son de vital importancia antes de comenzar la etapa de explotación. El desarrollo de un proyecto minero depende primeramente de una capitalización del proyecto a través de inversionistas, y que estos a su vez, aporten con todos los mecanismos necesarios para cumplir lo que establece la normativa técnica ambiental y administrativa reguladora de estos procesos.

Antes de iniciar cualquier actividad, es obligatorio que el proyecto cuente con una licencia ambiental aprobada por el Ministerio del Medio Ambiente, la misma que cuenta con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado, y un Plan de Manejo Ambiental que ilustre paso a paso los mecanismos de mitigación, prevención, control, y preservación de las áreas afectadas, y un plan de contingencia por cualquier riesgo o pérdida de valores ambientales que pueda generarse. El incumplimiento de la obtención de la licencia ambiental acarreará sanciones pecuniarias altas e incluso reclusión en el caso de probarse daño ambiental.

Previo a la emisión de la licencia ambiental, el Estudio de Impacto Ambiental deberá determinar que la empresa extractora del material mineral, preste las facilidades para la aplicación de tecnologías amigables con el ambiente, las cuales deberán estar reflejadas en el Plan de Manejo Ambiental. El Ministerio del Ambiente determinará las garantías de fiel cumplimiento ambiental y vigilará el proceso de explotación realizando inspecciones que, dependiendo del proyecto pueden ser semestrales, trimestrales o mensuales (todo dependerá de la discreción de los técnicos del Ministerio del Ambiente y del impacto del proyecto), el Ministerio de Recursos No Renovables determinará el monto de inversión del proyecto, cuales son los costos de operación, y según eso obtendrá el monto de regalías e impuestos que deben pagar los titulares mineros al Estado. También es necesario gestionar las concesiones de agua con la Secretaría Nacional del Agua (SENAGUA) quienes de igual forma y dentro de sus competencias deberán aprobar el uso de fuentes de agua para la producción minera. Se debe contar con una agenda minera con las comunidades y gobiernos locales, quienes deben estar conformes con el inicio de la actividad de explotación. Los proponentes deben formular proyectos compensatorios y alternativos a la minería que se implementarán en las comunidades locales. Este tipo de aceptación significa la emisión de una licencia social que es aprobada por las veedurías ciudadanas.

Cuando todos estos por mayores y menores están completamente definidos, entonces se puede pasar a la etapa de explotación. Una vez que se ha tomado la decisión de invertir en el proyecto y que ya se cuentan con todos los permisos y licencias necesarias, se inicia la etapa de desarrollo de la mina que consiste en los trabajos previos que se realizan en el sitio donde se encuentra el yacimiento con la finalidad de llegar al mineral desde la superficie.²¹² Se necesita armar toda la infraestructura que significará la explotación del mineral, eso es campamentos para alojamiento del personal, bodegas, oficinas, instalaciones eléctricas, instalaciones de los servicios básicos (agua, luz teléfono), planta de procesamiento del mineral, etc.

²¹² Núñez Bazante, Carlos Mauricio, *Formas de Participación Privada en la Actividad Minera –Conveniencia de Títulos versus Contratos Mineros*, Monografía de Especialización Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, 2009, Págs. 9-11.

La construcción de la mina se inicia con el “desencape”, que tal como lo expresa Pillajo Gadivia, significa “quitar la cobertura de vegetación, suelo y tierra o roca que cubre la mineralización, para luego dar paso a la construcción de bancos en el caso de minería a cielo abierto, o túneles, rampas o piques para el caso de la minería subterránea.”²¹³ Esto dependerá exclusivamente de lo que dispone el Estudio de Impacto Ambiental, y Plan de Manejo Ambiental aprobados por el Ministerio del Ambiente, y el estudio de factibilidad aprobado por la Agencia de Control y Regulación Minera.

Finalmente, cuando ya se ha montado la mina se inicia la etapa de explotación. En palabras de Pillajo Gadivia, esta es:

La fase de producción comercial, las etapas de explotación y beneficio tienen por objeto el extraer el mineral para abastecer a la planta de beneficio a objeto de:

- Aumentar la recuperación de metales preciosos y otros metales útiles, mediante la implementación de modernos procesos de beneficios.
- Mejorar los procesos de trituración, molienda, cianuración, fundición y refinación, mediante la aplicación de tecnologías versátiles y eficientes, aplicando los principios actuales de sustentabilidad.
- Bajar los costos de operación en los procesos de beneficio a fin de obtener mayor rentabilidad en el proyecto de tal forma que sea competitivo y eficiente.

Con la explotación se inicia la alimentación sostenida del mineral a la planta de procesamiento, según las cantidades y requerimientos proyectados. Aquí se generan las mayores inversiones del proyecto minero, se contempla incluso inversiones ambientales y también sociales, promueve el desarrollo ecoeficiente del proyecto ya que aumenta las plazas de trabajo.”²¹⁴

Continuando en la etapa de explotación, es necesario que el proponente o titular minero, paralelamente al levantamiento de la infraestructura para la actividad minera, construya sitios para las escombreras.

Durante la fase de explotación, los impactos que se producen están en función del método utilizado para obtener los recursos. A cabalidad, esta fase es la que mayor impacto produce al entorno por eso es que esta actividad es estrictamente regulada por distintas autoridades estatales quienes deberán ser garantes de una explotación sustentable que

²¹³PillajoGadivia, Edgar, *La Minería al servicio de los Ecuatorianos*.Fungeomine, Quito- Ecuador, 2010,p. 144

²¹⁴*Ibíd.*

responda a los principios constitucionales, a las leyes y brinde un desarrollo sustentable a la población que puede llegar a ser afectada directa o indirectamente; tanto los derechos de la Naturaleza, como los derechos de los colectivos, pueblos ancestrales, etc. Deben ser tomados en cuenta, previos al inicio de cualquier actividad de explotación. Incluyendo también a las poblaciones rurales o urbanas que puedan ser afectadas directa o indirectamente por esta industria.

Los impactos que se puedan producir directamente en el territorio concesionado para la explotación dependerán de los factores bióticos y abióticos que puedan ser afectados. Por ejemplo, en las zonas de bosque, la sola deforestación de los suelos y el desbroce de la vegetación constituyen un grave impacto a corto, mediano y largo plazo. La deforestación no solo afecta el hábitat de cientos de especies de flora y fauna, sino el mantenimiento de un flujo constante de agua desde los bosques hacia los demás ecosistemas y centros urbanos. La deforestación de los bosques primarios causa una rápida y fluida escorrentía de las aguas provenientes de las lluvias, agravando las crecidas en los periodos de lluvia debido a que el suelo no puede contener el agua como lo hace en presencia de las masas boscosas.²¹⁵

El impacto producido por esta actividad es de gran magnitud, y debe ser controlado desde sus inicios para que no se desencadene un desgaste ambiental que pueda generar daños irreversibles.

Además del área perturbada por la socavación, el desgaste que las minas provocan en la superficie por la erosión y colmatación (sedimentación del lecho de los cursos de agua) consiguientes, se ve agravado por los montones de residuos de roca sin valor económico (a los que se llama material estéril), que suelen formar enormes montañas a veces más grandes que la superficie sacrificada para la socavación. Revisando el mapa mineralógico del Ecuador, preocupa sobremanera observar que la mayor parte de los yacimientos minerales

²¹⁵ Núñez Bazante, Carlos Mauricio, *Formas de Participación Privada en la Actividad Minera –Conveniencia de Títulos versus Contratos Mineros*, Monografía de Especialización Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, 2009, Págs. 9-11.

y concesiones mineras en el Ecuador se encuentran en las estribaciones de los Andes. Estas áreas, que incluyen a millones de hectáreas de bosques nublados y de páramos, juegan un rol crucial en la protección de las cuencas altas y medias de la mayoría de los ríos del país y proveen de agua potable a millones de habitantes.

Para un mejor análisis de la sustanciación de estos procesos mineros se debe explorar los preceptos de la Constitución del Ecuador, la Ley de Minería y demás leyes que regulan el extractivismo. Para eso tenemos lo que establece la Ley de Aguas, la Ley de Gestión Ambiental, el Libro VI del Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria, el Reglamento Ambiental para Actividades Mineras.

3.5. La Ley de Minería ecuatoriana.-

Ya se ha visto y analizado un poco de los enunciados de la Ley de Minería, sin embargo, antes de abordar el tema de la minería relacionada con los principios constitucionales, protectores de los derechos de la Naturaleza, es menester realizar un análisis corto de los preceptos de esta ley.

La Ley minera fue publicada en el Registro Oficial en el año 2009, por eso es que su vigencia ha significado un cambio en el antiguo régimen minero y apenas ha sido verificada en tres años. Con la expedición de la nueva Constitución, se cambió el antiguo tratamiento de los recursos naturales, (renovables y no renovables), haciendo inminente un nuevo marco regulatorio para actividades que comprendan la extracción de estos recursos.

La nueva Constitución de la República del Ecuador señala que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos²¹⁶ (Artículo 313), entendidos como aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, entre los cuales se hallan los recursos naturales no renovables; lo cual es indiscutible, al tratarse de bienes nacionales que

²¹⁶Art. 313.- Constitución de la República, publicado en el Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008.

pertenecen al dominio público.²¹⁷ Más aún, queda claro que los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

La nueva Ley Minera en el Ecuador está basada en la maximización de los procesos de explotación de los recursos naturales, teniendo en cuenta los procesos ecológicos y socioeconómicos de los actores sociales, que 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*”, previsto en el artículo 14 de la Constitución.

Esta ley se base en tres bases conceptuales: Las declaratorias de inalienabilidad e imprescriptibilidad a favor del Estado; la utilidad pública en todas las fases de las concesiones mineras; y la aplicación de los principios de sustentabilidad, protección y conservación del medio ambiente.

A continuación pasaremos a analizar los conceptos que incorpora la actual ley de minería en el Ecuador, específicamente en lo que respecta a los derechos mineros, la concesión minera y el título minero.

3.5.1. Concesión minera.-

El artículo 30 de la Ley de Minería define a la concesión minera como “un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible [...], y sobre éste se podrán establecer prendas, cesiones en

²¹⁷ Art. 604.- Código Civil: Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.

Código Civil, Art. 607.- El Estado es dueño de todas las minas y yacimientos que determinan las leyes especiales respectivas, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares, sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situados. Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescriben las leyes de minería.

garantía y otras garantías previstas en las leyes”. La antigua ley de minería definía a la concesión minera como “un derecho real e inmueble, distinto e independiente al de la propiedad de la tierra en que se encuentra aunque ambas pertenezcan a una misma persona. El derecho real que emana de la concesión minera es oponible a terceros, transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y, en general, de todo acto o contrato, excepto el de constitución de patrimonio familiar”²¹⁸ La concesión minera concede al proponente un título minero el mismo que otorga a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión.

Para las fases mineras de explotación y siguientes, el Estado debe suscribir un Contrato de Prestación de Servicios con el proponente del proyecto; el cual debe contener la remuneración del prestatario minero; así como sus obligaciones en materias de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades y actividades de cierre parcial o total de la mina. Este contrato también comprende los términos, condiciones y plazos para las etapas de construcción y montaje, extracción, transporte, y comercialización de los minerales obtenidos dentro de los límites de la concesión minera; así como las obligaciones del concesionario minero en materias de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades, pago de regalías y actividades de cierre parcial o total de la mina incluyendo el pago de todos los pasivos ambientales correspondientes a un período equivalente al de la concesión. El Contrato de Explotación Minera deberá contener también el Precio Base para la aplicación de la normativa determinada en la legislación tributaria (impuesto del 70% sobre las ganancias extraordinarias). El procedimiento para el otorgamiento de concesiones mineras de metálicos, no metálicos y materiales de construcción, está establecido en los Arts. 181, 182 y 183 de la Ley de Minería, concordancia con los Art. 10 y 12 del Reglamento General Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Minería.

El título único de concesión minera confiere al titular el derecho real para realizar todas las fases de la actividad minera, establecida en el Art. 18 de la Ley de Minería. Para

²¹⁸ Ley de Minería Art. 7. (Derogada) (R.O. 695-S, 31-V-91)

el otorgamiento de concesiones mineras tienen jurisdicción y competencia las siete Direcciones Regionales de Minería del país, de conformidad a la atribución establecida en el Art. 178 de la Ley de Minería.²¹⁹

El Estado otorga concesiones mineras mediante Resolución Administrativa, que es “el título de concesión minera” a favor de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, y confiere al titular el derecho real y exclusivo para prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar y comercializar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área, sin otras limitaciones que las señaladas en la Ley de Minería. El otorgamiento del título minero, se lo hace mediante resolución administrativa, el título deberá protocolizarse en cualquier notaria del país y para su validez y eficacia tiene que inscribirse en el Registro Minero del Registro de la Propiedad del cantón en que se ubica el área, conforme dispone el Art. 180 de la Ley de Minería²²⁰ dentro del plazo de 30 días y entregar dos copias a la Dirección Regional de Minería, para su registro, control, seguimiento y cumplimiento de obligaciones técnicas, ambientales y económicas al Estado.²²¹

²¹⁹ Ley de Minería.- Art. 178.- Atribuciones de las direcciones regionales de Minería.- Son atribuciones de las direcciones regionales de Minería dentro de sus respectivas jurisdicciones:

- a) Otorgar concesiones de exploración y de explotación;
- b) Otorgar las licencias de comercialización de sustancias minerales a que se refiere el artículo 51;
- c) Autorizar la instalación de plantas de beneficio, fundición y refinación y el tratamiento de minerales que provengan de otras concesiones;
- d) Conceder prórrogas, declarar caducidades y nulidades en los casos previstos en la presente Ley;
- e) Conocer y fallar, en primera instancia, en los procesos de oposición, internación y servidumbres;
- f) Designar interventor en los casos previstos en el artículo 123;
- g) Conocer y resolver, en primera instancia, los casos de reducción y renuncia; y,
- h) Las demás que les correspondan conforme a esta Ley y los reglamentos

²²¹ Ley de Minería. Art. 180.- Registros de minería. Los títulos mineros, actos y contratos referidos en la presente Ley, deberán inscribirse en el Registro Minero a cargo del Registrador de la Propiedad del cantón de su jurisdicción, con sujeción a las disposiciones de esta Ley, su Reglamento y de la Ley de Registro de Inscripciones en lo que fuere aplicable, dentro del plazo de treinta días contados a partir de su otorgamiento o celebración.

En el caso de que la concesión se encuentre ubicada en más de una jurisdicción cantonal, el registro se efectuará en el Registro Minero a cargo del Registro de la Propiedad del Cantón en que se encuentre ubicada la mayor parte de la concesión.

La falta de inscripción en el plazo antes señalado, determinará la invalidez de los títulos mineros, actos y contratos, excepto en casos de fuerza mayor debidamente justificados ante las direcciones regionales de Minería, en los que se admitirán inscripciones tardías. En ningún caso se realizarán inscripciones tardías después de un plazo de noventa días contados a partir del otorgamiento de los títulos mineros o de celebración de los actos o contratos.

El Registrador de la Propiedad llevará los siguientes registros mineros:

3.6. La protección ambiental en los procesos de exploración y explotación minera.-

Como ya se ha mencionado, la actividad minera en el desarrollo de sus distintas fases representa un riesgo inminente al ambiente y un deterioro ambiental en el tiempo. Es por eso que la normativa ambiental vigente regula a cabalidad esta actividad. Sin perjuicio de esa regulación, el impacto producido por la minería es evidente y por eso es que se procura que la actividad utilice las últimas tecnologías a nivel de extracción que minimicen el posible daño causado.

3.6.1 Impactos de la minería.-

Los impactos ambientales de la minería se los puede observar principalmente en el suelo, aire y agua.

Aire: Emisión de aire particulado, arrastre de sedimentos, turbidez que causa falta de oxígeno en el agua, acabando con su flora y fauna.²²² Las mayores fuentes de contaminación del aire en operaciones mineras son: material particulado transportado por el viento como resultado de excavaciones, voladuras, transporte de materiales, erosión eólica (más frecuente en tajos abiertos), polvo fugitivo proveniente de los depósitos de relaves, depósitos, pilas de desechos, caminos.²²³ Las emisiones de los gases de escape de fuentes móviles (vehículos, camiones, maquinaria pesada) también contribuyen a aumentar el nivel de material particulado; y emisiones gaseosas provenientes de la quema de combustibles en fuentes estacionarias como móviles, voladuras y procesamiento de minerales.

-
- a) De concesiones mineras;
 - b) De autorizaciones para la instalación de plantas de beneficio, fundición y refinación
 - c) De contratos mineros;
 - d) De hipotecas, gravámenes y prohibiciones de enajenar;
 - e) De renunciadas y reducción de hectáreas mineras;
 - f) De conversión de concesiones de exploración en concesiones de explotación;
 - g) De servidumbres; y,
 - h) De extinción de derechos mineros.

²²² Earthworks Fact Sheet: Hardrock Mining and Acid Mine Drainage. Disponible en <http://www.earthworksaction.org/pubs/FS_AMD.pdf>

²²³ *Ibidem*

Suelo: Pérdida de la capa vegetal, lodo de perforación con sustancias altamente tóxicas, apertura de caminos sin estudios que producen deslaves sobre fuentes de agua de consumo humano, deforestación, colonización. En la mayoría de proyectos mineros, el potencial de erosionar los suelos y sedimentos y degradar la calidad del agua superficial es un gran problema. De acuerdo con un estudio encargado por la Unión Europea:

Debido a la gran extensión de tierras perturbadas por operaciones mineras y las grandes cantidades de materiales excavados expuestos en los lugares de operación, la erosión puede ser un problema mayor. En consecuencia, el control de la erosión debe considerarse desde el inicio de operaciones mediante el cumplimiento de medidas de rehabilitación. La erosión puede causar grandes cantidades de sedimentos (cargados con contaminantes químicos) en los cuerpos de agua cercanos, especialmente durante tormentas severas y periodos en los cuales la nieve se derrite.²²⁴

Agua: Contaminación de las fuentes, calentamiento de las aguas puede producir problemas en las especies endémicas y aledañas, contaminación con mercurio, muerte de la fauna y flora de los ríos y sus orillas.

Tal vez el impacto más significativo de un proyecto minero es el efecto en la calidad y disponibilidad de los recursos hídricos en la zona del proyecto. Las preguntas principales son si tanto el agua superficial como el agua subterránea permanecerán aptas para consumo humano, y si la calidad de las aguas superficiales en el área del proyecto seguirá siendo adecuada para mantener las especies acuáticas nativas y la vida silvestre terrestre.

Otro impacto producido con la actividad minera es lo que se conoce como drenaje ácido. Tal como explica Earthworks:

El drenaje ácido se considera una de las amenazas más graves a los recursos hídricos. El drenaje ácido tiene el potencial de causar devastación con impactos a largo plazo en los ríos, riachuelos y en la vida acuática. El potencial de drenaje ácido es una cuestión clave.

La respuesta determinará si la propuesta de un proyecto minero es o no es ambientalmente aceptable. Cuando los materiales (tales como las paredes de los tajos abiertos y de las minas subterráneas, relaves, escombros o desechos de roca, lixiviados y materiales de desecho de la lixiviación) se excavan y se exponen al oxígeno y al agua, se puede formar ácido si el hierro y materiales sulfurados (especialmente la pirita, u 'oro de tontos') son abundantes y hay una insuficiente cantidad de material que lo neutralice para contrarrestar la formación de ácido.

²²⁴ Guía para evaluar EIAs de Proyectos Mineros, Vista General de la Actividad Minera y sus impactos. Disponible en: <<http://www.elaw.org/files/mining-eia-guidebook/Capitulo%201.pdf>>

El ácido se convertirá en lixiviado o disolverá metales y otros contaminantes que se encuentran en los materiales minados y formará una solución ácida con alto contenido de sulfatos, rica en metales (incluyendo elevadas concentraciones de cadmio, cobre, plomo, zinc, arsénico, etc.) El drenaje ácido y la lixiviación contaminante es la fuente más importante de impactos en la calidad de agua relacionadas con la minería metálica.²²⁵

Los impactos en la calidad del agua por los deslaves, rocas de desecho, pilas de lixiviación y lixiviación en montones pueden ser graves. Estos impactos incluyen la contaminación del agua subterránea que está debajo de las instalaciones mineras, y contaminación en las aguas superficiales que reciben sus descargas. Las sustancias tóxicas pueden lixivarse de estas instalaciones, filtrarse a través del suelo y contaminar las aguas subterráneas, especialmente si el fondo de estas instalaciones no ha sido adecuadamente protegido con una membrana impermeabilizante.²²⁶

Otro impacto que se puede generar por las actividades mineras es la afectación a la vida silvestre. La vida silvestre, tipificado en la normativa ambiental ecuatoriana e internacional, es un término amplio, referido a todos los seres vivientes del ecosistema, en especial todos los vegetales, animales y otros organismos no domésticos que habitan en los nichos ecológicos. La flora nativa de un área donde está localizada la mina, como por ejemplo alguna especie de orquídea, puede ser considerada como vida silvestre. La fauna, comprendida en todos sus dominios, también se considera vida silvestre. Dentro de este contexto, el impacto que produce la minería con su actividad, afecta el componente biótico de los ecosistemas, especialmente la vida silvestre. Esto se produce por la remoción de vegetación y capa superficial del suelo, desplazamiento de la fauna, la liberación de contaminantes, y la generación de ruido.

3.6.2. Protección ambiental en la ley de minería.-

La Ley de Minería proclama un marco normativo que regula la protección al ambiente en todos los posibles impactos que la actividad produce. Como vimos en líneas superiores, de manera general, la minería puede causar daños al aire, al suelo, al agua y a la

²²⁵ Earthworks Fact Sheet: Hardrock Mining and Acid Mine Drainage. Disponible en <http://www.earthworksaction.org/pubs/FS_AMD.pdf>

²²⁶ Guía para evaluar EIAs de Proyectos Mineros, Vista General de la Actividad Minera y sus impactos. Disponible en: <<http://www.elaw.org/files/mining-eia-guidebook/Capitulo%201.pdf>>

vida silvestre. Motivados en hacer cumplir los principios constitucionales, la Ley de Minería regula la actividad minera con la finalidad de prevenir y mitigar los posibles impactos.

El Estado, según la Constitución, debe brindar protección del patrimonio natural del país, proveer por la conservación del ambiente y mantener los procesos productivos dentro del margen de la ley para su funcionamiento. La ley de Minería recoge estos presupuestos y prevé métodos para la recuperación ambiental. El artículo 396 de la Constitución, en concomitancia con los presupuestos de la Ley de Minería establece 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”²²⁷. También se tiene lo que prescribe los considerandos del Reglamento Ambiental para Actividades Mineras que textualmente señala:

Que, la Constitución de la República del Ecuador le asigna derechos a la Naturaleza, según lo establecido en el artículo 10; y que dichos derechos han sido desagregados en los artículos 71, 72 y 73, siendo ellos, los siguientes: a) a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; b) a la protección de la Naturaleza, y a la promoción del respeto a todos los elementos que forman un ecosistema; c) a la restauración; d) a la adopción de las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas; e) a la aplicación de medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.²²⁸

Como punto de partida para observar la protección ambiental que brinda la Ley de Minería y el Reglamento Ambiental para actividades mineras, es menester rescatar lo que señala el artículo 26²²⁹ de la nombrada ley. En este artículo se puntualizan los actos

²²⁷ Artículo 15, Ley de Minería publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 517 del 29 de enero de 2009

²²⁸ Considerandos, Reglamento Ambiental Para Actividades Mineras, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 67 del 16 de noviembre de 2009.

²²⁹ Artículo 26, Ley de Minería publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 517 del 29 de enero de 2009: Art. 26.- Actos Administrativos Previos.- Para ejecutar las actividades mineras a las que se refiere el Capítulo siguiente, en los lugares que a continuación se determinan, se requieren, de manera obligatoria, actos administrativos fundamentados y favorables, otorgados previamente por las siguientes autoridades e instituciones, según sea el caso: a) En todos los casos, se requiere la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental y el informe sobre la afectación a áreas protegidas por parte del Ministerio del Ambiente; b) Del Concejo Municipal, dentro de zonas urbanas y de acuerdo con el ordenamiento territorial y la planificación del desarrollo económico social cantonal; c) Del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, con relación a

administrativos previos a la ejecución de un proyecto minero. Actos administrativos que son de estricto cumplimiento, verbigracia, obligatorios para toda persona, natural o jurídica, que pretenda beneficiarse de un depósito o yacimiento minero. En aplicación a lo previsto en esta tesina, se requiere la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental y el informe sobre la afectación de áreas protegidas (en el caso de que el proyecto interseque con alguna) por parte del Ministerio del Ambiente.

El procedimiento para que una minera pueda realizar trabajos de explotación y beneficio, está puntualmente determinado en la Ley de Minería, y en cuanto al procedimiento en sí, en el Reglamento Ambiental Para Actividades Mineras.

Para ilustrar uno de los procedimientos de autorización de actividades de una minera, nos permitimos resaltar paso a paso los requisitos y obligaciones que los proponentes tienen que cumplir con el Ministerio del Ambiente para la obtención de la licencia ambiental, requisito *sine qua non*, para un proyecto de este tipo. Para esto rescataremos los requisitos enunciados por servidores públicos del Ministerio del Ambiente, quienes pudieron facilitar los requisitos legales obligatorios necesarios para el otorgamiento de la Licencia Ambiental para la actividad minera. Al respecto nos permitimos dar a conocer que el procedimiento para la emisión de Licencias Ambientales, se encuentra establecido en el Decreto No. 121, Reglamento Ambiental para actividades mineras en la República del Ecuador, al igual que en el Libro VI, del Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria del Ministerio del Ambiente (TULAS), del Sistema Único de Manejo Ambiental (SUMA), tanto para

edificios, caminos públicos, ferrocarriles, andariveles y, a los consejos provinciales en el caso de vías de tercer orden;d) De la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones con relación a estaciones de radiocomunicaciones, antenas e instalaciones de telecomunicaciones;e) Del Ministerio de Defensa, dentro de áreas o recintos militares o en sus terrenos adyacentes, de lugares destinados a depósitos de materiales explosivos o inflamables, en zonas que se encuentren en los límites y fronteras oficiales del país y en puertos habilitados, playas de mar y fondos marinos;f) De la autoridad única del Agua en todo cuerpo de agua, como lagos, lagunas, ríos o embalses o en las áreas contiguas a las destinadas para la captación de agua para consumo humano o riego, de conformidad con la ley que regula los recursos hídricos. En el referido acto administrativo se estará a lo determinado en la Constitución de la República del Ecuador en cuanto al orden de prelación sobre el Derecho al acceso al Agua;g) De la Dirección Nacional de Hidrocarburos con relación a oleoductos, gasoductos y poliductos, refinerías y demás instalaciones petroleras;h) De la Dirección de Aviación Civil, con relación a aeropuertos o aeródromos o en sus terrenos adyacentes;i) Del Ministerio de Electricidad y Energías Renovables en áreas en las cuales existan centrales eléctricas, de las torres y líneas de tendidos del sistema nacional interconectado; y,j) Obligatoriamente del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural en la zona de prospección minera que pueda tener vestigios arqueológicos o de patrimonio natural y cultural. [...]

personas naturales como jurídicas, para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que pueda causar impacto ambiental.

En estas normas se establecen los requisitos, obligaciones y condiciones que el proponente de un proyecto debe cumplir para prevenir, mitigar, o remediar los efectos indeseables que el proyecto autorizado pueda causar en el ambiente.

Para el efecto de aplicación de este procedimiento, el beneficiario de derechos mineros presentará ante la autoridad ambiental el título minero otorgado por la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM) conforme el sistema de información e inscripción que la agencia así lo establezca dentro de su competencia. El procedimiento es el siguiente:

Primero: El proponente debe solicitar al Subsecretario de Calidad Ambiental, o en base a la desconcentración del Ministerio del Ambiente a cualquier Dirección Provincial del Ambiente en cuya jurisdicción se encuentre el proyecto o actividad, el Certificado de Intersección con el Sistema de Áreas Protegidas (SNAP), Bosques Protectores (BP) y Patrimonio Forestal del Estado (PFE).

El certificado de Intersección es el documento que emite el Ministerio del Ambiente (MAE), mediante el cual se certifica que un proyecto interseca o se sobrepone con un Área Protegida, perteneciente al Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), Bosques Protectores (BP) o Patrimonio Forestal del Estado (PFE). En el caso de que el proyecto interseque con estas categorías de manejo, a Licencia Ambiental deberá ser tramitada y emitida por el Ministerio del Ambiente.

Otros proyectos que deberán ser tramitados en el MAE, a pesar de estar fuera del SNAP, Bosques Protectores y el PFE, son aquellos declarados de prioridad nacional, mega proyectos y los que se encuentran en la jurisdicción de un organismo sectorial o seccional que no ha sido acreditado por el SUMA.

Para la emisión del Certificado de Intersección del proyecto, el proponente debe presentar una solicitud en el que conste la siguiente información: Fecha de la solicitud del Certificado de Intersección; Razón Social del Proponente; Apellidos y Nombres del Representante Legal; Dirección: ciudad, calle número de teléfono, correo electrónico; Nombre del proyecto; Actividad y una breve descripción del proyecto; Ubicación del Proyecto en coordenadas UTM, DATUM WGS84m se deberán presentar puntos referenciales tanto en proyectos lineales como en polígonos (mínimo cuatro puntos) en función del tipo de proyecto; así tanto en proyectos lineales como en polígonos (mínimo cuatro puntos) en función del tipo de proyecto; así mismo si son más de diez coordenadas deben presentarse en formato digital: EXCEL 1997-2003 con el siguiente formato (Punto. X-ESTE, Y-NORTE) únicamente para los proyectos de minería y áreas de libre aprovechamiento del Datum será: Provisional de Sudamérica de 1956 (PSAD56); Papeleta de depósito en la Cuenta Corriente del Ministerio del Ambiente No. 0010000793 en el Banco Nacional de Fomento, de la tasa correspondiente de USD 50,00 de conformidad con lo dispuesto en el Libro IX del Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria (TULAS).

Esta solicitud tiene que ser suscrita por el representante legal y debe ser dirigida al Director Provincial del Ambiente correspondiente.

Segundo: El Ministerio del Ambiente emitirá el certificado de Intersección del proyecto con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), Bosques Protectores (BP) y Patrimonio Forestal del Estado (PFE) adjuntando el mapa correspondiente y la referencia del número de expediente asignado, el cual deberá ser mencionado por el proponente en futuras comunicaciones.

Tercero: El proponente debe solicitar al Ministerio del Ambiente, la aprobación de los Términos de Referencias (TDR's) para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental en el caso de proyectos nuevos, para actividades en funcionamiento deben presentar los Términos de referencia para la Elaboración del Estudio de Impacto Ambiental Ex Post y el Plan de Manejo Ambiental. Esta solicitud debe

contener: Fecha de la solicitud de los Términos de Referencia; Razón social del proponente; Nombre del Proyecto; Referencia No. De expediente asignado al trámite al obtener el Certificado de Intersección; Términos de Referencia (TDR's) (documento escrito y en medio magnético).

Cuarto: El ministerio del Ambiente analizará los TDR y notificará al Proponente con su aprobación o con las observaciones si las hubiere, que deberán ser atendidas por el Proponente hasta lograr su aprobación.

Quinto: Si una vez aprobados los TDR's el proponente solicitará la asignación de un facilitador para el proceso de socialización, en el caso de proyectos nuevos; y en el caso de proyectos Ex-Post se debe coordinar el proceso de socialización, en donde se presentará a la comunidad el Borrador del Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental, con la Dirección Provincial a cargo de revisar el mencionado Estudio.

Sexto: El proponente debe solicitar al Ministerio del Ambiente, el análisis y pronunciamiento del Estudio de Impacto Ambiental (ESIA) y el Plan de Manejo Ambiental del proyecto (PMA), para proyectos nuevos, para el caso de actividades en funcionamiento el Estudio de Impacto Ambiental Ex post y el Plan de Manejo Ambiental. Esta solicitud deberá contener: Fecha de la solicitud del EIA; Razón social del proponente; Nombre del proyecto; Referencia No. de expediente asignado al trámite al obtener el Certificado de intersección.; EIA y PMA en el cual se incluye el cronograma valorado de ejecución del PMA (documento escrito y en medio magnético; Constancia debidamente documentada de que el EIA y PMA fueron puestos en conocimiento de la ciudadanía según los mecanismos de participación ciudadana establecidos en el decreto ejecutivo 1040 del 8 de mayo de 2008 y el Acuerdo Ministerial 112 de 17 de julio de 2008.

Séptimo: El Ministerio del Ambiente evaluará los estudios y notificará al Proponente el informe favorable del ESIA y PMA o la observaciones si las hubiere, que deberán ser atendidas por el Proponente hasta lograr su aprobación.

Octavo: El Ministerio del Ambiente notificará al Proponente el pago de la tasa por emisión de la Licencia Ambiental, que corresponde al: Uno por mil del costo total del proyecto y la tasa por el primer año de Seguimiento y Monitoreo al PMA según lo establecido en el Libro IX del TULAS; Garantía de Fiel cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental; Tasa correspondiente al Monitoreo y Seguimiento; El proponente debe solicitar al Ministerio del Ambiente, la emisión de la Licencia Ambiental para la realización del proyecto adjuntando la siguiente documentación: 1. Fecha de la solicitud de la Licencia Ambiental; 2. Razón Social del Proponente; 3. Nombre del Proyecto; 4. Papeleta de depósito en la cuenta corriente del Ministerio del Ambiente No. 0010000793 en el Banco Nacional de Fomento, de las tasas correspondientes a la emisión de la Licencia Ambiental y Seguimiento y monitoreo. 5. Garantía de fiel cumplimiento del plan Anual de Manejo Ambiental, equivalente al 100% del cronograma anual valorado a nombre del ministerio del ambiente.

Noveno.- El ministerio del Ambiente emitirá mediante Resolución Ministerial la correspondiente Licencia Ambiental, la inscribirá en el registro de Licencias Ambientales, notificará y entregará al proponente el original de la Licencia Ambiental emitida por el Ministerio del Ambiente, que rige desde su publicación en el Registro Oficial, la cual contiene todas las obligaciones y responsabilidades que el proponente asume en materia ambiental por el tiempo de vigencia de la licencia

Décimo.- El proponente deberá tomar en consideración lo dispuesto en el libro IX del TULAS, referente a servicios Forestales y de Áreas Naturales protegidas y Biodiversidad Silvestre (licencias Forestales, permisos de investigación, etc.)

Décimo primero.- Finalmente, en el PMA contenido en la Licencia Ambiental, se determinará un cronograma de seguimiento, determinando fechas para auditorías de control, con el objeto de verificar el cumplimiento del PMA y el EIA aprobados en la Licencia Ambiental.

Para finalizar, como ya se ha especificado, los métodos para la protección ambiental de la minería deben estar tipificados en el Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Manejo Ambiental, recordando que se necesitan una licencia ambiental para las actividades de exploración, y otra para las actividades de explotación y beneficio.²³⁰

3.7. La exigibilidad del Derecho a la restauración integral de la Naturaleza en la exploración y explotación minera.

Una vez considerada la normativa de evaluación de impacto ambiental en su relación con las actividades mineras, es necesario referirnos a la normativa referente a la restauración de áreas afectadas por actividades extractivas. El artículo 50 del Reglamento Ambiental para Actividades Mineras regula la restauración durante la actividad minera. Los titulares de derechos mineros están obligados a realizar monitoreo y controles de programas y proyectos de remediación ambiental durante la etapa de la actividad, para verificar el cumplimiento del Plan de contingencia en caso de posibles impactos y detrimentos que pudieran causarse en los distintos elementos de la biota.

²³⁰ Reglamento Ambiental Para Actividades Mineras, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 67 del 16 de noviembre de 2009. Art. 78.- Estudios de impacto ambiental y Auditorías Ambientales.- Los titulares de concesiones mineras y plantas de beneficio, fundición y refinación, previamente a la iniciación de las actividades mineras en todas sus fases, de conformidad a lo determinado en el inciso siguiente, deberán efectuar y presentar estudios de impacto ambiental en la fase de exploración inicial, estudios de impacto ambiental definitivos y planes de manejo ambiental en la fase de exploración avanzada y subsiguientes, para prevenir, mitigar, controlar y reparar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades, estudios que deberán ser aprobados por el Ministerio del Ambiente, con el otorgamiento de la respectiva Licencia Ambiental.

No podrán ejecutarse actividades mineras de exploración inicial, avanzada, explotación, beneficio, fundición, refinación y cierre de minas que no cuenten con la respectiva Licencia Ambiental otorgada por el Ministerio del ramo. Para el procedimiento de presentación y calificación de los estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental y otorgamiento de licencias ambientales, los límites permisibles y parámetros técnicos exigibles serán aquellos establecidos en la normativa ambiental vigente. Todas las fases de la actividad minera y sus informes ambientales aprobatorios requieren de la presentación de garantías económicas determinadas en la normativa ambiental legal y reglamentaria vigente.

Los términos de referencia y los concursos para la elaboración de estudios de impacto ambiental, planes de manejo ambiental y auditorías ambientales deberán ser elaborados, obligatoriamente por el Ministerio del Ambiente y otras instituciones públicas competentes, estas atribuciones son indelegables a instituciones privadas.

Los gastos en los que el ministerio del ambiente incurra por estos términos de referencia y concursos serán asumidos por el concesionario. Los titulares de derechos mineros están obligados a presentar una auditoría ambiental anual que permita a la entidad de control monitorear, vigilar y verificar el cumplimiento de los planes de manejo ambiental.

Art. 50.- Monitoreo de programas de remediación.- El Ministerio del Ambiente, coordinará con los titulares de derechos mineros los aspectos técnicos del monitoreo y control de programas y proyectos de remediación ambiental. Serán objeto de aprobación y seguimiento los programas o proyectos de remediación referentes a:

1. La estabilización de taludes, galerías y cursos de agua, en caso de riesgos ambientales como hundimientos, inundaciones, deslaves, descargas de contaminantes y otros.

2. La solución de pasivos ambientales que presenten riesgo inminente de contaminación o afectación a terceros.

3. La remoción y/o remediación de piscinas de relaves, escombreras, suelos contaminados.

4. La remediación de los cursos de agua superficiales y subterráneos, después de accidentes o incidentes en los que se hayan derramado sustancias químicas peligrosas, en valores mayores a los que indiquen las normas vigentes en el país o normas internacionalmente aceptadas, en caso de no disponer de normas nacionales.

5. En los programas y proyectos de remediación deberá constar la siguiente información:

- Denominación del área minera, código y ubicación cartográfica.
- Razón social del titular minero, dirección o domicilio, teléfono, fax, correo electrónico; representante legal y casillero judicial para notificaciones.
- Diagnóstico y caracterización de la contaminación en base de análisis físico-químicos, de metales pesados y biológicos del suelo, aguas superficiales y subterráneas, inclusive determinación exacta de la superficie del área afectada relacionada con acuíferos, drenajes superficiales, lagos y lagunas, evaluación de impactos y volúmenes de suelo a tratarse.
- Descripción de la(s) tecnología(s) de remediación a aplicarse, incluyendo los diseños correspondientes.
- Análisis de alternativas tecnológicas.
- Técnicas de rehabilitación y uso posterior del sitio remediado.
- Cronograma de los trabajos de remediación.
- Monitoreo físico-químico, de metales pesados y biológicos de la remediación incluyendo el cronograma de ejecución.
- Plazo de ejecución del proyecto.

Una vez finalizada la remediación, el titular minero responsable presentará al Ministerio del Ambiente, en un término máximo de 15 días posteriores, una evaluación técnica del proyecto.

Los titulares mineros deberán proporcionar facilidades a los funcionarios del Ministerio del Ambiente, para la verificación de cumplimiento de la ejecución de programas de remediación.

Las tasas por seguimiento y monitoreo constarán en la norma especial expedida para tal efecto.

La actividad minera, estrictamente regulada, debe someterse al proceso de licenciamiento minero para el funcionamiento. Durante el proceso de regularización, la normativa también exige el pago de garantías de fiel cumplimiento y planes de contingencia en caso de un daño. Todos estos presupuestos deberán estar recogidos en el

Estudio de impacto Ambiental. De igual manera, en caso de un detrimento futuro, se deberá aplicar el régimen de la normativa de restauración.

El instrumento central para de los previstos en ella es el Plan de restauración, que ha de ser presentado ante el órgano administrativo autonómico competente en materia de minería con anterioridad al otorgamiento de la autorización o concesión, con el objeto de que este órgano, después de realizar las comprobaciones, la recepción de informes y las observaciones oportunas, acuerde, en su caso, la aprobación del mismo juntamente con el otorgamiento de la autorización o concesión. La ejecución del Plan de restauración corresponderá al titular de la explotación, ejecución para la que la Administración podrá exigir garantía suficiente de su cumplimiento; incluso, el titular de la explotación podrá optar porque sea la Administración la encargada de ejecutar el Plan de restauración, en cuyo caso, el titular de la explotación deberá cubrir el coste de la ejecución.

Como hemos observado, durante la etapa de exploración y explotación se necesita de un Estudio de Impacto Ambiental donde se contemple un plan de remediación en caso de un daño. En la etapa de exploración y explotación los posibles daños pueden ser remediados sin perjuicio de la continuación de las actividades mineras, en el caso de que el titular minero cumpla con todo el aparataje regulador de la actividad, sin embargo, el rezago de la actividad minera que deja mayor impacto es en la etapa de cierre de la mina.

Para el ejercicio de una restauración de la Naturaleza, se deben incorporar técnicas actuales y tecnológicas en la etapa del cierre de la mina, que aseguren una remediación integral del espacio donde se dio la explotación. Así lo estipula el artículo 28²³¹ y 34²³² del

²³¹ Reglamento Ambiental Para Actividades Mineras, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 67 del 16 de noviembre de 2009. Art. 28.- Reducción o renuncia.- El titular minero deberá notificar al Ministerio del Ambiente sobre la reducción o renuncia del área minera debidamente aprobada por el Ministerio Sectorial. En caso de reducción, si se mantuvieron las actividades mineras constantes en el estudio de impacto ambiental aprobado sin ningún cambio y en su misma locación espacial, el estudio se mantendrá vigente. Caso contrario se aplicará el régimen previsto en el artículo 22 de este reglamento.

El estos casos, el titular deberá además presentar el plan de remediación para rehabilitar, remediar y reparar los pasivos ambientales, en caso de haberlos.

²³² Reglamento Ambiental Para Actividades Mineras, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 67 del 16 de noviembre de 2009 Art. 34.- Ejecución de garantías.- La garantía de fiel cumplimiento del plan de manejo ambiental será ejecutada por el Ministerio del Ambiente cuando a través de los

Reglamento Ambiental Para Actividades Míneras, que en su parte pertinente establece que el titular minero, cuando exista una renuncia del área minera, deberá presentar un plan de remediación para rehabilitar, remediar y reparar los pasivos ambientales. También establece que en caso de que se produzca un daño, categorizado mediante informe técnico motivado de control y seguimiento ambiental, donde se determinen no conformidad mayores, el Ministerio del Ambiente podrá ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, en virtud del daño producido, con el objeto de que esa garantía sirva para remediar el detrimento a la biota de manera expedita.

El RAAM, señala dos tipos de no conformidades, la mayor y la menor. La No conformidad menor (NC) implica una falta leve frente al plan de manejo ambiental y/o normas aplicables, bajo los siguientes criterios: fácil corrección o remediación; rápida corrección o remediación; bajo costo de corrección o remediación; evento de magnitud pequeña, extensión puntual, poco riesgo e impactos menores e implica la obligación de su corrección inmediata. Por otro lado, la No conformidad mayor (NC+) implica una falta grave frente al plan de manejo ambiental y/o normas aplicables, bajo los siguientes criterios: corrección o remediación de carácter difícil, corrección o remediación que requiere mayor tiempo y recursos humanos y económicos, el evento es de magnitud moderada a grande, los accidentes potenciales pueden ser graves o fatales y evidente despreocupación, falta de recursos o negligencias en la corrección de un problema menor o si se producen repeticiones periódicas de no conformidades menores. El RAAM exige una bioremediación y revegetación, entendidas como, “el proceso de remediar sitios contaminados que aprovecha el potencial de ciertos microorganismos de degradar y descomponer los contaminantes orgánicos, optimizando a través de técnicas mecánicas y

informes de control y seguimiento ambiental técnico de campo, realizado por las unidades administrativas correspondientes y previo al procedimiento administrativo señalado en este reglamento, se haya determinado no conformidades mayores con respecto a la normativa ambiental vigente y el plan de manejo ambiental o a través de las auditorías ambientales en las que se determine un bajo nivel de certidumbre y alto nivel de riesgo con respecto al cumplimiento de la normativa ambiental vigente y del plan de manejo ambiental, que provoquen afectaciones ambientales que requieran actividades u obras específicas para mitigar o reparar dichas afectaciones. La ejecución de la garantía se efectuará sin perjuicio de la obligación del concesionario de realizar todas las actividades ambientales de recuperación y remediación, así como de las acciones civiles o penales a las que hubiera lugar contra el concesionario. Pe existir remanentes, los valores ejecutados irán a la cuenta del Ministerio del Ambiente que invertirá en desarrollo e investigación ambiental y control ambiental minero.

físico – químicas las condiciones para la acción microbiológica,²³³ y la siembra de especies vegetales de interés colectivo, generalmente como última etapa en trabajos de remediación ambiental²³⁴ respectivamente. Todo esto en función de la restauración de pasivos ambientales.

En caso de verificarse no conformidades, el titular minero estará obligado a presentar ante el Ministerio del Ambiente la presentación de una Auditoría Ambiental de Cumplimiento. Esta deberá incluir un plan de acción con las medidas específicas para levantar las no conformidades establecidas, un cronograma de implementación de las medidas y el presupuesto correspondiente. Las medidas propuestas, en caso de no conformidades mayores, no deberán superar los 5 años, y, obligan al titular minero a mantener vigentes las correspondientes garantías.

Para evitar futuros impactos o detrimentos, la legislación ecuatoriana prescribe que en caso de ejecución de garantías de fiel cumplimiento, el titular de derechos mineros que haya sido sujeto de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del plan de manejo ambiental no podrá solicitar una nueva licencia ambiental para el mismo proyecto o actividad que ocasionó o produjo el daño, sino hasta después de la comprobación motivada por parte de la autoridad ambiental de la implementación de las medidas de mitigación, rehabilitación, remediación y reparación ambiental que solventen la causal de ejecución y el pago de una multa correspondiente a la totalidad del monto al que asciende la ejecución del plan de manejo. Obligación prescrita en el artículo 39 del RAAM.²³⁵

²³³ Reglamento ambiental para actividades mineras, glosario de términos. publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 67 del 16 de noviembre de 2009.

²³⁴ *Ibidem*

²³⁵ Art. 39, Reglamento ambiental para actividades mineras, glosario de términos. publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 67 del 16 de noviembre de 2009.- Nuevas licencias ambientales en caso de ejecución de garantías.- El titular de derechos mineros que haya sido sujeto de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del plan de manejo ambiental no podrá solicitar una nueva licencia ambiental para el mismo proyecto o actividad que ocasionó o produjo el daño, sino hasta después de la comprobación motivada por parte de la autoridad ambiental de la implementación de las medidas de mitigación, rehabilitación, remediación y reparación ambiental que solventen la causal de ejecución y el pago de una multa correspondiente a la totalidad del monto al que asciende la ejecución del plan de manejo. De ocurrir incidentes, accidentes u otras contingencias en el desarrollo de actividades y/o proyectos mineros, incluidos aquellos resultantes de la actividad minera que coadyuven y/o potencien los efectos de

Finalmente, para sintetizar lo estudiado hasta el momento, contrastando las disposiciones legales reguladoras de la actividad minera con los principios constitucionales de los derechos de la Naturaleza y el derecho ambiental, se tiene lo que prescribe el artículo 103 del RAAM con relación al proceso administrativo que se inicia en contra de un titular minero, en caso de verificarse No conformidades mayores en sus actividades. El artículo versa de la siguiente manera:

Art. 103.- Principio precautelatorio.- Si el titular de derechos mineros que cuente con la licencia ambiental o ficha ambiental aprobada por el Ministerio del Ambiente, según sea el caso, realizare actividades que generen riesgo de daños ambientales por accidentes, incidentes o mala aplicación de los planes de manejo ambientales, calificados por el Ministerio del Ambiente o por no conformidades mayores señaladas en las auditorías, o en caso de daño al medio ambiente calificado por el Ministerio del Ambiente. Esta autoridad podrá disponer la suspensión de la licencia o de la aprobación de la ficha ambiental de la actividad que causante del daño ambiental.

De ser necesario, requerirá además, del Ministerio Sectorial, la suspensión de actividades mineras indebidamente iniciadas hasta el cumplimiento del requisito señalado. O hasta que se repare la falta u omisión, en aplicación del principio precautorio al que se hace referencia en el primer inciso del artículo 396 de la Constitución de la República del Ecuador y en la normativa ambiental vigente.

La suspensión de actividades podrá ser levantada con la verificación del cumplimiento del plan de acción emergente aprobado por el Ministerio del Ambiente. Solo con esta verificación realizada por el Ministerio del Ambiente, la Autoridad Sectorial podrá autorizar el reinicio de la actividad minera observada.

Si la actividad minera no cuenta con licencia o aprobación de ficha ambiental, el Ministerio del Ambiente iniciará los procedimientos sancionatorios tanto en el ámbito administrativo y en el jurisdiccional para requerir las sanciones a que hubiere lugar, conforme a lo dispuesto en la normativa ambiental vigente para dichos casos. La regularización de la actividad minera en lo que corresponde a la materia ambiental requerirá del cumplimiento del procedimiento de evaluación ambiental establecido en este reglamento y el cumplimiento previo del plan de remediación debidamente aprobado por el Ministerio del Ambiente.

Las autoridades en mención podrán contar con el apoyo de la Fuerza Pública para hacer cumplir la disposición señalada en este artículo.

desastres naturales, durante el tiempo que no estuviese vigente la garantía o la póliza de responsabilidad civil, el monto de las indemnizaciones será cubierto en su totalidad por el titular de derechos mineros.

3.8. Acceso a la justicia en la actividad minera.-

Las vías para acceder a la declaración del derecho a la restauración del a Naturaleza son de tres tipos. La vía constitucional, la vía administrativa, la vía civil y la vía penal.

3.8.1. Vía Constitucional.-

En la vía constitucional, como norma de aplicación directa, el acceso a la justicia constitucional tiene gran relevancia y es el mecanismo oportuno para el reconocimiento de un derecho supremo frente a otros mecanismos legales que también prescribe la ley. Los mecanismos previstos por la Carta magna para aplicación directa de los derechos se los puede rescatar principalmente en tres tipos de acciones: la acción de protección, la acción por incumplimiento y la acción de acceso a la información, las mismas que ofrecen oportunidades para defender los derechos de la Naturaleza de manera individual o colectivamente.

La acción de protección es definida por la constitución en su artículo 88 que a letra reza:

Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación". Esta acción puede interponerse en tres casos i) cuando existe vulneración de los derechos constitucionales por actos u omisiones de las autoridades públicas no judiciales, (ii) contra políticas públicas en los casos que impliquen la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y, (iii) en caso de violaciones de derechos que procedan de personas particulares, cuando la violación provoca un daño grave, por la prestación de servicios públicos impropios, en actuaciones por delegación o concesiones o si el afectado se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.²³⁶

El procedimiento respectivo para la tramitación de una acción de protección y demás garantías jurisdiccionales está regulado en el artículo 86 de la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.

²³⁶ Art. 88.- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

La acción de protección no tiene el carácter cautelar, como sí lo tenía el extinto recurso de amparo constitucional previsto en la Constitución de 1998, en la cual se intentaba disponer medidas urgentes que detengan una acción u omisión que pueda llegar a violar derechos constitucionales. En la actual Constitución se prevé una manera diferente para el cumplimiento de este fin, y esto es la posibilidad de solicitar aplicación de medidas cautelares conjuntamente a las acciones de protección o de manera individual. Así lo estipula el artículo 87 de la Carta Magna que a letra reza:

Art. 87.- Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.²³⁷

La Constitución también incluye la acción por incumplimiento. La misma que está establecida en el artículo 93 de la norma suprema, se la interpone ante la Corte Constitucional y busca garantizar la aplicación de normas legales, de sentencias y de informes de organismos internacionales de derechos humanos.²³⁸

Por último, tenemos lo que estatuye el artículo 91 de la Constitución el mismo que prescribe la acción para acceso a la información. Al respecto, Crespo Plaza nos señala que:

[...] se establece la acción de acceso a la información para defender el derecho de los ciudadanos cuando el Estado haya denegado expresa o tácitamente el acceso a la información pública o cuando ésta ha sido incompleta, reservada o confidencial. Esta acción tiene importancia en materia ambiental frente a algunos casos de denegación por parte de las autoridades públicas, cuando se les ha solicitado la entrega de estudios de impacto ambiental con base en la Ley Orgánica de Acceso a la información.

3.8.2. Vía Administrativa.-

El derecho ecuatoriano también atiende un procedimiento administrativo sancionatorio que resuelve sobre las acciones u omisiones que causaren un daño y estén

²³⁷ Art. 87.-Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008

²³⁸ Crespo Plaza, *Acceso a la justicia ambiental en materia minera*, Centro Ecuatoriano de Derecho ambiental, Octubre 2010, Disponible en: <<http://www.ceda.org.ec/descargas/Analisis/2010/CEDAanalisis%20No18%20octubre%202010.pdf>> p. 2

tipificadas en la normativa. Este procedimiento regula las actuaciones de los administrados y también de los funcionarios públicos en cuanto a la debida aplicación de la legislación ambiental administrativa, es decir, aquella referida a las reglas que regulan las relaciones entre el Estado y los particulares, pueden ser objeto de reclamos administrativos. Al respecto, Crespo Plaza nos comenta lo siguiente:

La Ley de Gestión Ambiental regula este tema en los artículos 44, 45 y 46. El artículo 44 hace referencia a las sanciones administrativas que se imponen a los funcionarios públicos, que por acción u omisión incumplan las normas de protección ambiental. En estos casos, cualquier persona o grupo humano, puede solicitar por escrito que se sancione al funcionario público. Por su lado, el artículo 45 dispone que en el caso de infracciones que se sancionen en la vía administrativa se sigue el procedimiento establecido en el Código de la Salud.

El artículo 46 dispone que en los casos que los particulares, por acción u omisión, incumplan las normas de protección ambiental, la autoridad puede adoptar las siguientes medidas administrativas: a) Decomiso de las especies de flora y fauna obtenidas ilegalmente y de los implementos utilizados para cometer la infracción; y, b) Exigirá la regularización de las autorizaciones, permisos, estudios y evaluaciones; así como verificará el cumplimiento de las medidas adoptadas para mitigar y compensar daños ambientales, dentro del término de treinta días.²³⁹

3.8.3. Vía Civil.-

La justicia en materia ambiental tiene dos enfoques: el primero está relacionado con el derecho a la propiedad. Derecho que puede llegar a afectarse en casos que involucren detrimento al ambiente, y que por defecto deberán ser reparados. Por otro lado, también se puede ver afectado el bien público, refiriendo a la Naturaleza como un ente protegido por la legislación que incumbe a toda la sociedad. Así lo funda Crespo Plaza:

El reclamo por la vía civil se refiere entonces a los aspectos patrimoniales que deben repararse ya sea en relación a las propiedades o a la salud de las personas afectadas por un daño ambiental o respecto al patrimonio de la Naturaleza en sí misma o en relación a su patrimonio genético; la sanción en materia civil se traduce en un pago a favor de las víctimas o en acciones dirigidas a la reparación integral de la Naturaleza.²⁴⁰

En referencia a lo descrito, se tiene lo estipulado por la Ley de Gestión Ambiental señala a este respecto la siguiente regla:

²³⁹ Crespo Plaza, *Acceso a la justicia ambiental en materia minera*, Centro Ecuatoriano de Derecho ambiental, Octubre 2010, Disponible en: <http://www.ceda.org.ec/descargas/Analisis/2010/CEDAanalisis%20No18%20octubre%202010.pdf> < p.3

²⁴⁰ *Ibidem*, p.4

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

Sin perjuicio de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago, que por reparación civil corresponda, se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley. En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá, además, la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación. Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente se tramitarán por la vía verbal sumaria.²⁴¹

El artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental contradice lo dispuesto por el numeral primero del artículo 397 de la Constitución, donde se atribuye al administrado o a la administración de acceder a la justicia ambiental sin perjuicio del interés directo del accionante, por lo que deberá prevalecer este último. En otras palabras de Brañes respecto a las acciones por daño ambiental en materia civil, aclara que inclusive en los casos en que se debe demostrar el interés directo de los demandantes, el acceso a la justicia ambiental por daños civiles debe ser abierta y sin perjuicio de los intereses directos porque los daños ambientales corresponden a una acción que va mas allá de los intereses de los personalmente afectados.²⁴² Para aclarar lo citado, se tiene lo descrito por Crespo Plaza:

[...] En estos casos se generan daños individuales a la salud o a los bienes de las personas, daños colectivos respecto a grupos de personas identificables o no y daños a la nación e incluso a la humanidad, cuando se afecta al desarrollo sustentable en relación a los derechos de las futuras generaciones, por lo tanto, el acceso a la justicia ambiental sin perjuicio de los intereses de los directamente afectados está perfectamente justificado en materia civil.²⁴³

²⁴¹ Art. 43. Ley de Gestión Ambiental. Suplemento del Registro Oficial No. 418 del 10 de septiembre del 2004

²⁴² Brañes, Raúl. *El acceso a la justicia ambiental en América Latina y la legitimación procesal en los litigios civiles de Naturaleza ambiental en los países de la región*. Publicado en Justicia Ambiental. Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente. Universidad Externado de Colombia, 2001

²⁴³ Crespo Plaza, *Acceso a la justicia ambiental en materia minera*, Centro Ecuatoriano de Derecho ambiental, Octubre 2010, Disponible en: <
<http://www.ceda.org.ec/descargas/Analisis/2010/CEDAanalisis%20No18%20octubre%202010.pdf>> p.4

3.8.4. Vía Penal.-

La vía penal sería el último recurso para el régimen de sanciones de carácter ambiental. Los delitos y contravenciones se configuran en la última etapa del régimen sancionatorio, pues su aplicación depende de la ocurrencia de un daño ambiental que debió haber sido debidamente evitado.²⁴⁴ En el supuesto de un daño, cuando no se ha podido prevenir el mismo mediante la aplicación de medidas constitucionales y administrativas, entonces, de manera concluyente, el derecho penal ambiental debe ser la herramienta legal que dicte la respectiva sanción. En el Ecuador, los delitos ambientales se encuentran tipificados desde el artículo 437-A al 437-K del Código Penal. En caso de verificarse lo tipificado por la norma penal, la pena pueda variar entre dos, tres, cuatro hasta cinco años de prisión.

CAPÍTULO 4.- Conclusiones.-

Tras la investigación realizada, se obtienen las siguientes conclusiones de manera general y específica.

Generales:

1. La Constitución del Ecuador consagra a la Naturaleza como sujeto de derechos. La misma que debe ser tutelada por el Estado y protegida en base a los principios de prevención, precaución y de quien contamina paga entre otros, emanados de tratados internacionales de protección ambiental. Todo esto con el objeto de preservar los ecosistemas mediante la prevención de los daños ambientales o su restauración en caso de que se produzcan para velar y velar por la protección de los valores ambientales en del Ecuador, garantizando para garantizar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.
2. Frente a la problemática de degradación ambiental, la política del Ecuador cambia, y responde a tutelar la Naturaleza y concederle derechos. Uno de estos derechos es el

²⁴⁴*Ibíd.*

derecho a la restauración, en los casos donde se produzca una degradación ambiental. Frente a un daño ambiental, es esencial la presentación de un plan de acción, que garantice una restauración *in natura*, dentro de los límites que esta restauración presenta. Todos estos principios están avalados por la Carta Magna Ecuatoriana que se la puede describir esencialmente como una Constitución garantista y biocéntrica. Asimismo, reconoce el deber fundamental que tiene el Estado y todos los ciudadanos, para garantizar estos derechos, crear planes de gestión y desarrollo ambiental, y gestionar políticas públicas que respondan a los principios de desarrollo sustentable; con el objetivo de que se pueda proteger y conservar el patrimonio natural del país.

3. Esta innovación en la legislación ambiental, de carácter jurisprudencial, doctrinal y legal, responde a imperativos ambientales categóricos, e instituciones nuevas del derecho, los mismos que pueden ser estudiados en la rama del derecho que regula la materia; el Derecho Ambiental, en, el cual engloba todas aquellas normas y principios que se encargan de cuidar el entorno natural y los ecosistemas, de las agresiones provocadas por la industria.
4. La norma suprema 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*, declarando de interés público 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 degradados. Por lo tanto se establecen dos enfoques, el biocéntrico y el antropocéntrico, manejados a través de la regulación de las actuaciones de las personas frente a proyectos o actividades que se realicen, y que puedan generar un detrimento ambiental. Recalcando que la declaratoria de interés público representa un velo de protección del ambiente, donde el Estado es también parte coadyuvante en el manejo de las políticas amigables con la Naturaleza, haciendo prevalecer sus derechos de una forma integral.
5. La Carta Magna asigna derechos a la Naturaleza siendo ellos, los siguientes: a) a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus

- ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; b) a la protección de la Naturaleza, y a la promoción del respeto a todos los elementos que forman un ecosistema; c) a la restauración; d) a la adopción de las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas; e) a la aplicación de medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.
6. La normativa ambiental vigente ilustra mecanismos de prevención y precaución, como la obligación de presentar un Estudio de Impacto Ambiental, en base a un Plan de manejo Ambiental, y un cronograma de cumplimiento, siendo mecanismos oportunos para que la autoridad ambiental pueda ejercer su control frente a las actividades que un proyecto demande, las mismas que pueden resultar peligrosas frente al ambiente. Los procesos industriales son estrictamente regulados, y los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.
 7. La Ley de Minería norma el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero, de conformidad con los principios de sostenibilidad, y precaución, prevención y eficiencia; establece obligaciones de los titulares mineros respecto de la preservación del medio ambiente; y marca la pauta respecto de la gestión social y derechos de la comunidad; y en su artículo 78 obliga a los titulares de concesiones mineras a efectuar y presentar Estudios de Impacto Ambiental y Planes de Manejo Ambiental en todas las fases de la actividad minera para prevenir, mitigar, controlar, y reparar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades, estudios que deberán ser aprobados por el Ministerio del Ambiente;
 8. La Constitución de la República del Ecuador estatuye que los recursos naturales no renovables y en general todos los recursos del subsuelo, son de propiedad inalienable del Estado. Se consideran a los recursos naturales no renovables un sector estratégico, sobre los cuales el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y en

base a los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia; así como también de delegar de manera excepcional a la iniciativa privada.

Específicas:

1. La Constitución vigente promulga que la Naturaleza tiene derechos y que los ciudadanos por iniciativa propia pueden, demandar esos derechos ante los órganos jurisdiccionales, cuando se vean comprometidos. Así mismo, se menciona la inversión de la carga de prueba en base a los estipulados de la responsabilidad objetiva, asintiendo que cuando exista un daño, aunque este no haya sido causado por culpa, debe ser respondido por alguien que ha obtenido provecho de la actividad dañosa. Por lo tanto se responde ante un hecho objetivo: el daño. Además señala que las acciones por daño ambiental son imprescriptibles, en virtud de que los daños no necesariamente se verifican en el tiempo actual, sino que pueden ser futuros.
2. La Naturaleza como sujeto de derechos tiene el derecho a ser restaurada. Nos encontramos frente a una figura sui generis; en concomitancia con los presupuestos teóricos, doctrinarios y legislativos de figuras similares; nos enfrentamos a un incapaz relativo que necesita de la representación y tutela por medio de un individuo o individuos de manera colectiva que respondan en representación de la Naturaleza en un proceso, sea este de carácter administrativo o judicial.
3. El proceso de restauración presenta varios problemas en el sentido tangible y práctico de la recuperación de las dinámicas naturales. Esto es porque la restauración se exige cuando existe un daño. La restauración frente al daño ambiental es un concepto relativo, por ende, es necesario entender a la restauración como una recuperación, no de la totalidad de sus componentes sino de los elementos básicos de la estructura, función, composición de especies de acuerdo a las condiciones actuales que se encuentra el ecosistema que se va a restaurar y compararla con los ciclos evolutivos naturales anteriores a la producción de un daño. En este sentido la Naturaleza podrá ejercer su derecho a ser restaurada cuando exista un daño, detrimento, deterioro,

causado por el impacto generado en la extracción de recursos naturales no renovables. Se busca la restauración *in natura*, entendida como la restitución del bien dañado al estado que se encontraba antes de sufrir una agresión. la reparación *in natura* no siempre es posible, pero esta circunstancia no debe conducir necesariamente a la sustitución de la misma por el pago en especie, sino que preferentemente debe buscarse la reparación de otro bien dañado en sustitución de aquél que no puede ser restaurado.

4. Los preceptos constitucionales de protección ambiental son considerados en la normativa que regula los distintos procesos mineros, regulando a cabalidad la actividad minera basándose primordialmente en los principios de prevención y precaución. En esta materia, los mecanismos para la exigibilidad del derecho a la restauración minera en la actividad minera son establecidos por el ordenamiento jurídico general de conformidad con las disposiciones de la Ley de Minería. En el Reglamento Ambiental para las Actividades Mineras en el Ecuador se señalan reglas especiales para el procedimiento administrativo en materia ambiental. En síntesis, la legislación ambiental y minera regula el mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales, la estructura funciones y procesos evolutivos de la Naturaleza. Sin perjuicio de lo señalado, es necesario que se prevean nuevos mecanismos que coadyuven a una aplicación más directa de los principios y fundamentos constitucionales en favor del derecho a la Naturaleza. Sería interesante que en un futuro se constituyan tribunales especializados en materia ambiental, en donde el juez pueda sancionar en base a los principios de prevención, precaución, responsabilidad objetiva, restauración *in natura*, etc.
5. La restauración del daño ambiental exige entonces la configuración de un régimen propio que, en principio, debe enfocarse al reconocimiento del ambiente como un sujeto jurídico diferente a los elementos que lo integran y como consecuencia de lo anterior, a la instauración de una acción por daños al ambiente diferente a la acción civil por daños y perjuicios. La forma que debe asumir la reparación del daño ambiental constituye también objeto de ocupación de un régimen de responsabilidad

por daños al ambiente. Al respecto debe prevalecer el principio de que la reparación in natura prima sobre la indemnización pecuniaria por daños y perjuicios civiles.

6. Así, en tanto que el ambiente es un bien jurídico de titularidad común, el derecho ambiental debe reconocer la legitimación activa de todos aquellos afectados por el daño ambiental, que son, en definitiva, todos los ciudadanos que gozan del derecho a un medio ambiente adecuado. Tampoco es necesario probar un nexo causal entre el titular del a acción de restauración y el daño causado. La tesis de la responsabilidad objetiva sostiene la posibilidad de una responsabilidad sin culpa, ni presunta, ni probada. En consecuencia, la víctima sólo tiene que probar el perjuicio y la relación de causalidad. En definitiva se prescinde del elemento culpa, el demandado, responde sin culpa, responde por el resultado.
7. La actividad minera se rige bajo el principio precautelatorio y de prevención, el cual dicta que previo a cualquier actividad que llegase a producir daños y pasivos ambientales, la autoridad competente debe verificar el cumplimiento de los presupuestos normativos que regulan dicha actividad, entre estos la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, y un Plan de Manejo Ambiental. Los principios y presupuestos descritos sobre la exigibilidad del derecho a la restauración de la Naturaleza pueden aplicarse en los procesos de exploración y explotación minera. Cuando se produce un daño, el titular minero deberá restaurar el perjuicio causado, utilizando métodos apropiados en donde se constate la mitigación del daño. Recursos que deben estar debidamente especificados en el Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles, penales y constitucionales que se puedan exigir en el proceso.
8. Para la restauración se deberán prevenir métodos que respondan a cada actividad. Dentro de la actividad minera, tomando en consideración los elementos que pueden ser afectados, es obligatorio coordinar un plan de acción, resumido en el Plan de Manejo Ambiental y Estudio de Impacto Ambiental donde se utilizarán métodos eficaces para una remediación. La bioremediación y revegetación de las áreas afectadas son procesos que pueden ser utilizados para remediar el daño. Asimismo se

deberán vigilar los ciclos regenerativos propios de los ecosistemas tener los conocimientos técnicos suficientes para ayudar y coadyuvar una pronta recuperación de los pasivos ambientales.

9. Se concluye que los métodos más eficaces para garantizar el respeto integral de la existencia de la naturaleza, y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones, y procesos evolutivos, así como la restauración integral deberán estar contemplados en el Estudio de Impacto Ambiental, Plan de Manejo Ambiental, planes de acción y remediación, documentos que deberá ser aprobados por el Ministerio del Ambiente, previo cumplimiento de la normativa ambiental vigente. Se deberán especificar los métodos y tecnologías amigables con el ambiente, y como podrán estas ser utilizadas frente a un impacto específico.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (editores); *Derechos de la Naturaleza - El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Acosta, Alberto, *La Naturaleza con Derechos Una Propuesta de cambio civilizatorio*, AbyaYala, Quito, 2009.
- Acosta, Alberto y Esperanza Martínez, *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la Política*, Abya Yala, Quito, 2011.
- Acosta Alberto, *Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza*, Revista AFESE, 24 de agosto del 2010, Disponible en: <<http://www.rebellion.org/docs/117875.pdf>>
- A. Dobson, *Pensamiento político verde*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 1990.
- AldunateLizana, Eduardo, *La titularidad de los derechos fundamentales*, Universidad de Talca, Santiago - Chile, 2003.
- Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho de Minas*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992.
- Amaya, Oscar Darío, Ricardo Herrera Carrillo y otros. *Justicia Ambiental, las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*. Bogotá: Universidad de Colombia: 2001.
- Andorno, Roberto: *El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica*. En: La Ley, 18 de julio de 2002.
- Atilio Aníbal, Alterini, *Responsabilidad Civil, Limites de la Reparación Civil*, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El derecho de la Naturaleza: fundamentos*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, UASB Digital, Disponible en: <<http://uasb.edu.ec/bitstream/10644/1087/1/%C3%81vila-%20CON001-EI%20derecho%20de%20la%20Naturaleza-s.pdf>>
- Bastons, Jorge Luis. *El interés público como fundamento de la legitimación activa en el Derecho Ambiental*. RAP. Buenos Aires, 2004.
- Bastons, Jorge Luis, *El contralor provincial de los servicios públicos de competencia nacional. Su análisis conjetural desde el derecho ambiental.*, Revista de Derecho Ambiental. LexisNexis. Julio/Septiembre de 2005. Buenos Aires.
- Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Ediar, 2002.

- Brañes Raúl, *Manual de Derecho Ambiental Mejicano*, Fundación Mejicana para la Educación Ambiental. Fondo de Cultura Económica, México 1994, Volumen I No. 3. 1994. Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.
- Brañes, Raúl. *El acceso a la justicia ambiental en América Latina y la legitimación procesal en los litigios civiles de Naturaleza ambiental en los países de la región*. Publicado en: *Justicia Ambiental*. Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente. Universidad Externado de Colombia, 2001
- Bryson Ken A, *Negotiating Environment Rights*. Sydney: Routledge, Taylor and Francis Group.
- CafferattaNestor. *Introducción al Derecho Ambiental*, Buenos Aires, 2003.
- Capitant Henry, *Vocabulario Jurídico*, Ediciones Palma, Buenos Aires. 1961.
- Carmona Lara, María del Carmen, “Derecho Ecológico”, *El Derecho en México. Una visión de conjunto*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, t III, 1991.
- Carmona Lara, María del Carmen. *Notas para el análisis de la responsabilidad ambiental y el principio de “quien contamina paga”, a la luz del Derecho Mexicano*. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/141/3.pdf>>
- Cartay, Belkis. *La Naturaleza: Objeto o Sujeto de Derechos*. Ediciones SABER ULA, Mérida, 2005.
- Charman, Karen. *Ecuador First to Grant Nature Constitutional Rights*. Sydney. Routledge, Taylor and Francis Group: 2008
- Common, Michael y Sigrid Stagl. *Introducción a la Economía Ecológica*, Editorial Reverté, Barcelona: 2008.
- C. Cullinan. *¿Tiene la Naturaleza derechos? La transformación de las organizaciones de base para proteger a las personas y al planeta*. Wild Law. Disponible en: <<http://www.orionmagazine.org/index.php/articles/article/530>>
- Crespo Plaza, Ricardo. *La Responsabilidad Objetiva por Daños Ambientales y la Inversión de la Carga de la Prueba en la Nueva Constitución*. 19 de septiembre de 2011. Disponible en: <www.flacsoandes.org/web/.../1225820188.Articulo_Ricardo_Crespo.doc>
- Crespo Plaza, *Acceso a la justicia ambiental en materia minera*, Centro Ecuatoriano de Derecho ambiental, Octubre 2010, Disponible en: <<http://www.ceda.org.ec/descargas/Analisis/2010/CEDAanalisis%20No18%20octubre%202010.pdf>>

- Domenech Pascual, Gabriel. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI TAZA-ZONA, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L, Buenos Aires.
- EnvironmentalLaw Alliance Worldwide (ELAW), *Guía para evaluar EIAs de Proyectos Mineros, Vista General de la Actividad Minera y sus impactos*. Disponible en: <<http://www.elaw.org/files/mining-eia-guidebook/Capitulo%201.pdf>>
- Esteve Prado José, *Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica*". Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2009.
- Earthworks Fact Sheet: Hardrock Mining and Acid Mine Drainage. Disponible en <http://www.earthworksaction.org/pubs/FS_AMD.pd>
- F. Escobar Rozas. *El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura*, Latin American and Caribbean Law and Economics Association. 1998. 18 de agosto de 2011. Disponible en: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=freddy_escobar&sei-redir=1#search=%22teorias%20de%20los%20derechos%20subjetivos%22
- F. Morán Herrera. *Delitos y Contravenciones Penales Ambientales*, Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo-2/23b_delitos_y_contravenciones.pdf
- F. Gudin Rodríguez- Magariños. *Protección Jurídica del Derecho Medioambiental: ¿Dónde situamos la barrera Jurídico- Punitiva?*, En: *Revista de Derecho Penal*. 2007
- Galdós, Jorge M. *Derecho ambiental y daño moral colectivo: algunas aproximaciones*, J.A., 1998.
- Gil, Alberto, Sandra Elizabeth Casabene, Elsy Henny Viveros Gavira y varios. *Lecturas sobre el Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Gimíis Catalá, Lucía. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Navarra, Aranzadi, 1998
- Gómez, Montoro, Ángel, 2002, *Revista Española del Derecho Constitucional*, año 22, número 65, mayo-agosto 2002.

- González Márquez, José Juan. *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Primera Edición Lomas Virreyes, México D.F, 2003.
- Heine Günther, *Environment protection criminal law*. En: LOMAS, Owen. *Frontiers of environmental law*. Londres, Chancery, 1991.
- Hidalgo, Ruth, Ricardo Crespo y Reinaldo Calvachi, *Manual de Capacitación en Derecho Ambiental y Código de Procedimiento Penal para Fiscales del Ministerio Público*, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA), Quito, Ecuador. 2004
- Ihering, Rudolf von, *La Dogmática Jurídica*, traducido al castellano por Enrique Príncipe y Satorres. Editorial Lozada S.A., Buenos Aires, 1964
- Ihering Rudolfvon, *Abreviaturas de "El Espíritu del Derecho Romano"*, traducción de Fernando Vela, Revista de Occidente, Buenos Aires, 1947.
- Jaquenod de Zsögön, Silvia. *Derecho ambiental*, Editorial Dykinson S.L., Madrid. 2004.
- Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954.
- Jiménez De Parga y Maseda, Patricia: *Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea*, Política y Sociedad, 2003, Vol. 40. núm. 3.
- Josef Estermann, Filosofía Andina. *Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, AbyaYala, Quito, 1998.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Traducción de Roberto J. Vernego. México, 1986.
- Leopold, Aldo. *A Sand Country Almanac* New York: Oxford University Press. 1949.
- Madrigal, Patricia. *Conceptos Básicos de Derecho y Derecho Ambiental*. San José: Universidad de Costa Rica, 2003.
- Manthley Pinto, Oswaldo. *Canalización de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Ambiental*, 2005, Disponible en: <http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&task=view&id=2413&pop=1&page=0>.
- Márquez Quiñónez, Iván. *Derecho Ambiental y Sociología Ambiental*, 2004.
- Máximo Sandín, *De Ayllukuna a la Teoría de Sistemas: Cuidando la Madre Naturaleza*, disponible en: <<http://www.somosbacteriasyvirus.com/ayllukuna.pdf>>
- M. A. Laquis Et. Al. *Sobre la Teoría del Derecho Subjetivo*, Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/4/pr/pr9.pdf>>

- Meli Paula, *Restauración ecológica de bosques tropicales: veinte años de investigación académica*, Interciencia ISSN, Caracas, 2003.
- M. Larrea Andrade. *Derecho Ambiental Ecuatoriano*. Quito: EDI- LEGALES, 2008.
- Morales Lamberti Alicia, *Derecho Ambiental*, Ediciones Alveroni, Córdoba, 1999.
- Moreno, Trujillo. Eulalia. *La Protección Jurídica-Privada del Medio Ambiente y la responsabilidad por su Deterioro*. José María Bosch Editor S.A. Barcelona 1991.
- Núñez Bazante, Carlos Mauricio, *Formas de Participación Privada en la Actividad Minera –Conveniencia de Títulos versus Contratos Mineros*, Monografía de Especialización Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, 2009.
- Organización de Estudios Ecologistas. *Los Derechos de la Naturaleza. Nueva Arma de Lucha Frente a las Actividades Petroleras en los Países Amazónicos*. Quito: Articulación por un movimiento de afectados por la industria petrolera en países amazónicos. 8 de septiembre de 2011. Disponible en: <<http://www.estudiosecologistas.org>>
- Ost, François. *Naturaleza y Derecho. Para un debate ecológico en profundidad*. Ediciones Mensajero, Bilbao, 1996. Citado en: Cartay Belkis. *La Naturaleza: Objeto o Sujeto de Derechos*. Ediciones SABER ULA, Mérida, 2005.
- Pérez, Efraín. *Derecho Ambiental*. Bogotá: Ediciones Mac Graw Hill, 2000.
- P. Fernández Biterlich. *Manual de Derecho Ambiental Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2da Edición, 2004.
- Peña Chacón, Mario. *Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, primera edición agosto 2006, Costa Rica
- Ramón, Martín Mateo. *Tratado de Derecho Ambiental, vol I*. Madrid: Editorial Trivium S.A, 1991.
- Real Academia de la Lengua Española, Disponible en:<http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ambiente>
- Cfr. Reyes, Oscar Efrén, *Breve Historia del Ecuador*, Ed. Fray Jodoco Ricke, Quito, 1968.
- R. Ávila Et. Al. *Los Derechos en el Proyecto de Constitución*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2008.
- Rizzo, Pablo, *Protección de los recursos naturales en el Ecuador*, Editorial Sica, Guayaquil, 2004.

- Saavedra, Luis Ángel. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Comunicaciones INREDH, Disponible en: <http://www.inredh.org/archivos/pdf/constitucion_final.pdf>.
- Sandoval Moreano, y otros, *Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en Ecuador*, CEPALES 2000, Quito, disponible en: <<http://pubs.iied.org/pdfs/G00583.pdf>>.
- Santander, Enrique Mejía. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2002.
- Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, *Glosario Ambiental*. Disponible en :<<http://www.ambiente.gov.ar/?idseccion=173&aplicacion=glosario&IdPalabra=112>>
- Stone, Christopher. *Should trees have Standing? - Toward Legal Rights for Natural Objects*. 1972.
- Stutzin, Godofredo. "*Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la Naturaleza*." Ediciones Ambiente y Desarrollo, 1990.
- Taylor, Paul. *The ethics of respect for nature*. New York: Harcourt Brace
- Teilhard de Chardin Pierre, *El fenómeno humano*. Ediciones Du Seuil. Paris 1955.
- Vargas, Orlando. *Los pasos fundamentales para una restauración ecológica*, Universidad Nacional de Colombia, disponible en <http://www.redcre.com/pdf/guia_metodologica_chizaca_c1.pdf>.
- Valdivieso Joaquín, *La globalización del ecologismo. Del ecocentrismo a la justicia ambiental*. Editorial Resma, 2005.
- Windschield Bernhard, *Tratado de Derecho Civil Alemán*, traducido por Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1987. tomo I. volumen I.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La Pachamama y el humano*, citando a: Michel Pastoreau, *Una historia simbólica de la Edad Media occidental*, Buenos Aires, 2006.
- Zsögön, Silvia Jaquenod de. *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*. Madrid: Dykinson. S.L, 1991.

PLEXO NORMATIVO.-

Asamblea General de las Naciones Unidas. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Carta Mundial de la Naturaleza* General de las Naciones Unidas de 1982. Disponible en: <http://www.pnuma.org/docamb/cn1982.php>. Visitado el 19 de Septiembre de 2011.

Carta Mundial de la Naturaleza, Resolución 37/7, 1982, Naciones Unidas.

Codificación de Leyes Ambientales, Suplemento del Registro Oficial N° 418 del 10 de septiembre de 2004.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. 19 de septiembre de 2011. Disponible en: <<http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html>>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Informe Brundtland (llamado también nuestro Futuro Común,) Oxford, 1987. Disponible en: <<http://worldinbalance.net/intagreements/1987-brundtland.php>>

Constitución de la República Federativa del Brasil de Brasil promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 05 de octubre de 1988.

Constitución Política de la República de Costa Rica, aprobada el 07 de noviembre de 1949.

Constitución de la República del Ecuador del 2008, publicada en el Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008.

Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, Art. 4, Publicado en el Diario Oficial el 5 de Febrero de 1917.

Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela, Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, Número 36.860. Base de Datos Políticos de las Américas, 13 septiembre 2005, 31 de mayo 2011.

Constitución Política de la República del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993.

Corte Suprema, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, , causa No. 31-2002 seguido por los representantes del barrio "Delfina Torres Vda. de Concha" en contra de Petroecuador y sus filiales, publicado en el R.O. 43 de 19 de marzo del 2003.

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Humano Celebrada en Estocolmo Suecia en 1972.

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 14 de junio de 1992.

Ley de Aguas, publicada en el Registro Oficial 339 del 20 de mayo del 2004.

Ley Forestal y de Conservación de Áreas y Vida Silvestre Suplemento del Registro Oficial No. 418, del 10 de Septiembre de 2004.

Ley de Gestión Ambiental publicada en el Registro Oficial 418 del 10 de Septiembre de 2004.

Ley N° 81 del Medio Ambiente, Cuba.

Ley de Minería. Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 517 del 29 de Enero del 2009.

Reglamento Ambiental Para Actividades Mineras, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 67 del 16 de noviembre del 2009.

Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundario: Decreto Ejecutivo No. 3516. Suplemento del Registro Oficial No. 2 del 31 de Marzo de 2003.