

INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES APLICADOS A LAS ACTIVIDADES HIDROCARBURÍFERAS

Manual de uso práctico

Serie
Capacitación

11



INREDH

INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN
Y DEFENSA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES
APLICADOS A LAS ACTIVIDADES
HIDROCARBURÍFERAS

Manual de aplicación técnica

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos

INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN
Y DEFENSA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES
APLICADOS A LAS ACTIVIDADES
HIDROCARBURÍFERAS

Manual de aplicación técnica

Mayo de 2009

INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN Y
DEFENSA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES APLICADOS
A LAS ACTIVIDADES HIDROCARBURÍFERAS
Manual de aplicación técnica

Serie Capacitación # 11

Editor: Luis Ángel Saavedra
INREDH

Autor: Wilton Guaranda Mendoza
Coordinador del Área Jurídica INREDH

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH

República 192 y Almagro, Edificio Casa Blanca. Dto. 2-C

Casilla postal: 17 03 1461

Telefax: 593 2 2526365

E-mail: info@inredh.org

Web: www.inredh.org

ISBN: 978-9978-980-20-0

Derechos de Autor: 030835

Primera Edición: Mayo de 2009

Edición y diagramación: Comunicaciones INREDH

Impresión: Imprenta Cotopaxi

El presente manual fue realizado en el marco del proyecto "Fortalecimiento del Proceso de Gestión Pública Ambiental en la Provincia de Orellana (Ecuador), coordinado por la Asociación Catalana de Ingeniería Sin Fronteras y gracias al apoyo de la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo y el Ayuntamiento de Tarragona.

Quedan hechos los registros de ley; sin embargo, fieles a nuestros principios de acceso libre y democrático al conocimiento, autorizamos la reproducción total o parcial de esta obra, sin fines comerciales y debiendo remitirse a INREDH una copia de la publicación realizada.

Presentación

El nuevo marco jurídico que estamos experimentando en el Ecuador, nos obliga a todos quienes de una u otra manera estamos vinculados con los temas de derechos humanos, ambientales, pueblos indígenas, extracción de recursos naturales entre otros, a conocer de mejor manera y sin apasionamiento los instrumentos jurídicos, derechos, deberes e instituciones que existen actualmente para garantizar que los preceptos constitucionales en materia de Derechos Humanos y Ambientales dejen de ser meras declaraciones.

Como bien lo indica el autor del texto, en nuestro país y en el planeta entero, todo lo concerniente a la normatividad y definiciones conceptuales sobre medio ambiente, derecho ambiental, derechos de la naturaleza y deberes sobre el medio ambiente entre otras cosas, están en un novedoso proceso de consolidación. Sin temor a equivocarme, creo que pasará en esa fase por varias décadas más; no por falta de argumentos o propuestas; sino por exceso de argumentos y diversidad de criterios; pero sobre todo, por que muchos actores de la sociedad mundial y ecuatoriana, consideran a los temas ambientales como una "eminente amenaza" a sus intereses económicos y políticos. Para esos sectores de la sociedad, el darle prioridad al aspecto ambiental, es obstruir el crecimiento económico del país y afectar el poder adquisitivo y la calidad de vida de los ecuatorianos y ecuatorianas.

Por otra parte, es común encontrar y escuchar a ilustres juristas, reconocidos abogados, jueces de distintas áreas del derecho e incluso políticos, verter un concepto contrario a los principios constitucionales sobre el derecho ambiental, derechos de la naturaleza, y derechos humanos.

Esta realidad refleja el desconocimiento que tiene nuestra sociedad sobre las normas jurídicas de carácter ambiental y básicamente sobre los nuevos retos y desafíos que están plasmados en la Constitución de la República.

El texto propuesto, llega en el momento más oportuno para nuestra sociedad. Como todos conocemos que a raíz de la aprobación de la nueva Constitución de la República, el Estado a través de sus órganos competentes, debe reformar y modificar las leyes secundarias a fin de evitar que la Constitución sea meramente declarativa. Sin embargo todos hemos sido testigos del enorme conflicto social que se ha generado a raíz de la nueva Ley de Minería y la Ley de seguridad Alimentaria. Sabemos que está en camino la aprobación del Nuevo Código Orgánico Ambiental, al igual que la nueva Ley de Agua, entre otras leyes que regulan algunos aspectos vinculados con la vida de la sociedad.

También es de conocimiento público el interés que tiene el Gobierno Nacional, por tratar de allanar el camino legalmente para facilitar la extracción de recursos naturales en distintas áreas del Ecuador, especialmente la Región Amazónica Ecuatoriana y de la Cordillera Andina, acciones que de una u otra manera se convierten en una eminente amenaza a los derechos Constitucionales de miles de compatriotas que con mucha razón consideran que el agua y el aire limpio, tienen un valor más importante que el oro, el cobre o el petróleo. Lo que quiere decir que de no actuar mesuradamente y bajo los preceptos constitucionales y legales, la conflictividad socio-ambiental se

incrementará en los próximos meses y años en el país, realidad que nos obliga a prepararnos con el manejo y conocimiento adecuadamente del sistema jurídico ecuatoriano para contribuir con la resolución de los conflictos basados en el respeto a la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes del país y exigir que nuestros jueces cumplan con lo que les ordena la Constitución y el Nuevo Código Orgánico de la Función Judicial.

Ante esta realidad el autor se ha comedido en proporcionarnos una herramienta jurídica a fin de ilustrarnos un poco más, sobre el mundo de las leyes ambientales y sus relación con la sociedad.

Debo confesar, que he leído varios textos que recogen y analizan el sistema jurídico ambiental en el Ecuador; sin embargo éste texto se diferencia de todos ellos, porque no ha sido hecho únicamente por un ilustre abogado, sino por una persona que desde hace varios años viene trabajando en la amazonía ecuatoriana, litigando en conflictos ambientales y asesorando a comunidades frente a sus problemas que se generan por la actividad extractiva. Es decir que el autor es una persona que conoce el marco jurídico y el rol que juegan en la práctica, las empresas extractoras de recursos naturales, el Estado ecuatoriano, a través de sus distintas instituciones y autoridades, la Fuerza Pública y las comunidades asentadas en las distintas áreas de extracción de recursos.

Este ingrediente práctico, hace que el presente texto, contenga una serie de ilustraciones con ejemplos prácticos y muchas veces con referencias a actuaciones desalentadoras de jueces o autoridades de control ambiental.

Adicionalmente, en el presente texto usted encontrará una serie de referencias a distintas normas y leyes ambientales que han existido desde hace varias décadas, pero que sin embargo, han

pasado desapercibidas para la sociedad en su conjunto, es decir que muchas leyes que regulan los daños ambientales no son estrictamente nuevas.

En el texto se hace un profundo análisis y desglose del estado actual del sistema jurídico ecuatoriano. Para dicho análisis el autor ha considerado la supremacía de la Constitución de la República, el alcance y aplicabilidad de los instrumentos internacionales, las leyes, reglamentos y decretos existentes sobre la materia.

Cabe resaltar el hecho analítico y de reflexión que contiene el texto. Muchas veces la sociedad se limita a culpar al otro como el único causante de los desastres ambientales, cosa que es absolutamente injusta. El texto le obliga a reflexionar sobre su propia responsabilidad ante cada acto que afecte o altere el ambiente. Es decir que describe tácitamente el principio universalmente conocido de la responsabilidad compartida pero diferenciada, en consecuencia, no es una obra dedicada a ilustres ciudadanos o letrados juristas, sino para toda la sociedad que entiende que la tierra no nos pertenece, sino que nosotros pertenecemos a ella, tal como lo dijo el Presidente de Bolivia Evo Morales, ante el seno de la ONU.

Finalmente en el texto se hace una descripción completa, de cada uno de los tipos de acciones o procesos que podemos impulsar para hacer efectivo el respeto a nuestros derechos humanos y constitucionales y evitar que las leyes ambientales sigan siendo desconocidas e inaplicables.

En fin, ésta herramienta jurídica que ahora usted tiene en sus manos debe ser aprovechada como una guía práctica que nos da luces para proceder ante los conflictos socio-ambientales que nos corresponde enfrentar.

Finalmente, es posible que éste producto, en pocos meses tenga que revisarse considerablemente, debido al cambio o aprobación de nuevas leyes secundarias que ahora mismo están en trámite; lo que quiere decir, que tanto el autor como cada uno de nosotros los lectores, estamos obligados a seguir trabajando y produciendo nuevos instrumentos para entregar a la sociedad, a fin de fortalecer la seguridad jurídica del país y lograr que las leyes sean respetadas por todos y todas, sin distinción alguna.

Pablo Fajardo Mendoza

CONTENIDOS

INTRODUCCION	17
---------------------	-----------

OBJETIVOS DEL MANUAL	21
-----------------------------	-----------

CAPITULO I DERECHO AMBIENTAL

1. Concepto	25
2. Definición	27
3. Antecedentes históricos	29
4. Fuentes del derecho Ambiental	32
5. División del Derecho Ambiental	38
6. Características de los derechos ambientales	40
7. Los tratados internacionales de derechos ambientales en el ordenamiento jurídico Interno	42

CAPÍTULO II. LA CONSTITUCION Y EL DERECHO AMBIENTAL

SECCIÓN I. PRINCIPIOS DE PROTECCION AMBIENTAL	53
1. Principio de modelo de desarrollo sustentable	55

2. Principio de gestión Transversal	58
3. Principio de Participación	60
4. Principio de Prevalencia o Pro natura	64
5. Principio de prevención	66
6. Principio de precaución	70
7. Principio de responsabilidad	72
8. Principio de restauración integral	75
9. Principio de imprescriptibilidad	78
10. Principio de información	80
11. Principio contaminador – pagador	83

SECCIÓN II

GARANTÍAS PARA LA PROTECCION AMBIENTAL

1. Acción pública para ejercer acciones	85
2. Mecanismos efectivos de prevención y control	89
3. Reacción de producción, distribución, uso y disposición final de materiales	90
4. Intangibilidad de áreas naturales protegidas	92
5. Sistema nacional de prevención de riesgos y desastres	96
6. Consulta previa	97
7. Sistema nacional descentralizado de gestión ambiental	108

CAPITULO III

LEGISLACION NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN EXPLOTACION PETROLERA

1. Ley de Gestión Ambiental	113
2 Ley de Hidrocarburos	121
3. Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas. 1215	128

CAPITULO IV

OTRAS LEYES APLICABLES A LA PROTECCION AMBIENTAL

1. Código Penal	143
2. Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre	151
3. Ley de Régimen del Sector Eléctrico	154
4. Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental	155

CAPITULO V.

ACCIONES LEGALES POR DAÑO AMBIENTAL

1. Acciones Constitucionales	159
------------------------------	-----

2. Acciones Civiles	187
3. La Acción Penal	193
4. Acciones administrativas	201
5. Queja Defensorial	209
6. Acciones Preparatorias	213

BIBLIOGRAFÍA

Textos	219
Legislación Nacional	221
Legislación Internacional	222

ANEXOS

Anexo 1.

Otras leyes y reglamentos útiles para la protección del ambiente en las operaciones hidrocarburíferas.	223
--	-----

Anexo 2.

Demandas y Resoluciones Ambientales	225
-------------------------------------	-----

La única manera de reducir la contaminación del medio ambiente es debilitar la búsqueda del beneficio

Introducción

El desarrollo tecnológico e industrial de las actividades humanas no sólo han significado un aporte de instrumentos que facilitan el transporte, la modernización de la industria, nuevos aparatos que hacen más fácil producir alimentos, bienes y servicios sino que al mismo tiempo estas innovaciones tecnológicas requieren de materias primas que generalmente están basadas en los denominados recursos fósiles de la naturaleza, lo que provocan si duda un impacto sobre la naturaleza y el ambiente.

Algunos países del mundo basan su economía en la extracción de recursos naturales no renovables, como el petróleo y la minería, mientras que otros aprovechan estos recursos del subsuelo para convertirlos en productos elaborados de uso cotidiano, como el combustible, el hierro, el alambre de cobre, el caucho, etc.

Hasta el momento no se ha logrado establecer los costos ambientales por los impactos generados al ambiente, aún menos se ha logrado definir quienes deberían asumir esos costos que han repercutido sobre las personas, a escala mundial.

La preocupación por el tema ambiental es sin duda una dinámica nueva que ha venido desarrollándose a pasos agigantados desde las últimas dos décadas. El efecto invernadero, el cambio climático mundial, el derretimiento de los glaciales, entre otros problemas de preocupación mundial han condicionado a las actividades del hombre. Nace de esta forma el concepto de desarrollo sostenible o sustentable que no es otra cosa que el compromiso de las sociedades actuales de aprovechar los recursos de la naturaleza para satisfacer las necesidades presentes sin comprometer las capacidades de satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras.

Este concepto de desarrollo sostenible nacido en el seno de la Cumbre de la Tierra o Cumbre de Río, estableció un nuevo marco conceptual para ser aplicados dentro de las políticas ambientales de cada uno de los países suscriptores de la mencionada Declaración. Ecuador siendo uno de estos países suscriptores, ha realizado esfuerzos por adoptar algunos de estos lineamientos dentro de sus políticas públicas y en la legislación pertinente, sin embargo su aplicación práctica está en pleno proceso de

desarrollo y entendimiento por los actores involucrados (productores, industriales, comercializadores, consumidores, controladores, juzgadores).

El Ecuador mantiene desde hace mas de tres décadas una política de desarrollo de su economía basada en la explotación petrolera, al mismo tiempo es uno de los países con mayor riqueza natural del planeta¹, y uno de los países con gran riqueza pluricultural². Esta realidad etno-geográfica condiciona el papel del estado respecto a su intervención, la cual debe observar las limitaciones que en los ámbitos cultural y natural el Estado se ha comprometido a respetar para que el desarrollo de las actividades petroleras contenga las variables de sostenibilidad en los ámbitos económicos, social y ambiental, partiendo del análisis fáctico de que el proceso de desarrollo petrolero ha dejado como herencia al ambiente, una contaminación insospechada, bases culturales desarraigadas y derechos individuales y colectivos insatisfechos y vulnerados.

El presente manual empieza dando una definición de derecho ambiental, dentro de las distintas concepciones filosóficas desarrolladas en el área. Continúa detallando los antecedentes que dieron lugar a esta nueva rama del derecho, identificando las características y fuentes del derecho ambiental, de manera particular se detienen a enumerar los instrumentos internacional que posibilitaron la aplicación interna del desarrollo sostenible.

El capítulo dos está dedicado a la identificación de los principios ambientales reconocidos en la actual constitución y la forma como deben ser aplicados dentro de las diversas actividades que supongan un impacto ambiental. Desarrolla el análisis sobre las garantías que la Constitución establece para que las actividades económicas cumplan con los principios de protección ambiental, se detiene a analizar con mayor cuidado dos temas sin duda polémicos: la intangibilidad de las áreas naturales y la consulta previa.

El capítulo tercero detalla las normas aplicables al control de las actividades hidrocarburíferas, identificando las posibilidades de uso de estos instrumentos legales

¹ Primer país megadiverso del mundo, segundo país en diversidad de vertebrados endémico, tercer país con diversidad de anfibios, cuarto país en diversidad de aves pájaros, quinto puesto en diversidad de mariposas papilónicas.

² En los territorios donde se explotan los recursos naturales no renovables habitan poblaciones indígenas con culturas milenarias como los Shuar, Kiwchas, Cofanes, Secoyas, Sionas, Huaoranis, y los Pueblos no contactados (Tagaeri, Taromenane).

en las diferentes etapas de la explotación petrolera. Destacándose el análisis de la Ley de Gestión Ambiental, Ley de Hidrocarburos, y el Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas 1215

El capítulo cuarto analiza la aplicabilidad de otras leyes de protección ambiental como el Código Penal, la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, Ley de Régimen del Sector Eléctrico y Ley de Prevención y Control de la Contaminación.

En el capítulo quinto establece el análisis de los mecanismos legales que la legislación del Ecuador dispone a fin de que los diferentes actores de la sociedad puedan interponer las acciones que sean pertinentes para el respeto del ambiente. En esta parte se recomiendan diferentes tipos de acciones tanto de carácter judicial como administrativas, analizando su viabilidad institucional y económica, partiendo de la realidad de los actores que la proponen.

Finalmente, se incluyen unos anexos con un listado de otros cuerpos legales que deben ser observados en la protección del ambiente en actividades hidrocarburíferas, así como algunas resoluciones judiciales y defensoriales sobre ambiente que servirán para el análisis y evaluación.

Objetivos del manual

El presente trabajo pretende convertirse en un instrumento de consulta básica a ser utilizado por los diferentes actores de la producción, de la gestión ambiental, del control de actividades hidrocarburíferas, y por que no, para aquellos funcionarios públicos y operadores de justicia que atienden y resuelven problemáticas y casos sobre contaminación ambiental por actividades relacionadas a la explotación petrolera.

Se convierte en un instrumento de educación ambiental y de consulta para las personas afectadas por la contaminación ambiental que tendrán en el presente trabajo una guía práctica de cómo encaminar las acciones para el respeto de sus derechos así como los derechos de la naturaleza.

Se pretende con este trabajo, fortalecer las capacidades de los sujetos de las instituciones públicas y sociedad civil de las provincias amazónicas petroleras, encaminadas a realizar un mejor seguimiento, vigilancia y denuncia de los impactos ambientales negativos que provoca la industria extractiva petrolera.

De forma particular se pretende que las personas, funcionarios de los departamentos de ambiente, organizaciones ecologistas y de derechos humanos que propongan iniciativas de reclamo y exigencia ambiental, estén en capacidad de fundamentar las denuncias y otras acciones desde el punto de vista técnico jurídico ante los órganos competentes.

CAPITULO I

Derecho Ambiental

1. Concepto

El ambiente global manifiesta, cada vez más, un mayor deterioro debido al uso indiscriminado de los recursos naturales y a la insuficiente atención, en general, que se da a la solución de los efectos negativos que esto produce sobre los seres vivos, incluidas las poblaciones humanas.

Las consecuencias negativas que las actividades humanas han ocasionado al planeta, acapararon el interés de muchas personas y grupos humanos que empezaron a exigir a los estados e industrias una regulación a las actividades contaminantes para de esta forma precautelar otros derechos inherentes a la vida humana que se ven vulnerados cuando las actividades industriales provocan daño al ambiente, esto son los derechos a la salud, a la vida, a la integridad física, a la propiedad, etc. Esta iniciativa desarrolló una nueva rama en la ciencia del derecho denominado derecho ambiental, que ha venido evolucionando de forma progresiva a partir de la década del 70.

El derecho ambiental es parte integral de los derechos humanos, tiene como característica principal, ser un derecho colectivo, es decir un derecho cuyo ejercicio no está supeditado a una sola persona sino que rebasa el campo de lo privado y se sitúa como un factor determinante en las relaciones entre el desarrollo económico y el bienestar general.

El derecho ambiental persigue regular las actividades humanas para que sus consecuencias tengan el menor impacto posible sobre la armonía de la naturaleza, pretende lograr que el desarrollo económico sean sostenibles, sustentables y no contaminantes, para lo cual se fija metas, requisitos, controles, que hagan efectiva esta hipótesis.

Otro concepto que aparece como sinónimo, es el concepto del derecho del medio ambiente, o dicho de forma más precisa, el derecho del ambiente³. El Tratadista

³ Queremos separar el concepto convencional de derecho al medio ambiente al derecho al ambiente, debido a que las posiciones filosóficas y conceptuales progresistas, determinan la necesidad de abordar el estudio de esta rama del derecho apartándolo del término «medio». Esta complejidad se explica debido a que en efecto, hablar del medio ambiente es como si estuviéramos frente a un espacio determinado del ecosistema, cuando en la práctica los elementos intervenidos por una determinada actividad, son todos aquellos elementos bióticos y abióticos que habitando un espacio determinado de ecosistema, pueden afectar áreas indeterminadas de otros ecosistemas, teniendo como resultado la afectación del ambiente en general.

Michel Prieur, manifiesta que *«el derecho al ambiente es de carácter horizontal, que abarca las clásicas ramas del derecho (privado, público, e internacional) y un derecho de interacciones que tiende a penetrar en todos los sectores jurídicos para introducir la idea ambiental. Estos sectores normativos, pueden referirse a los aspectos institucionales de las estructuras políticas y administrativas de decisión y a las cuestiones materiales relacionadas con la definición del medio ambiente»*.

Debemos entender que el ambiente comprende tanto a los bienes materiales como espirituales, medio biótico, abiótico y patrimonio cultural humano (englobando también la salud y la calidad de vida) y natural (agua, aire, suelo, subsuelo, biosfera en general). Por tanto, dándole al ambiente la extensión adecuada, protegeremos a través de él un conjunto amplio de elementos conexos y cuyas relaciones deben ser afrontadas con un tratamiento único, si bien no igual⁴

Actualmente el concepto derecho ambiental está en proceso de consolidación, ni siquiera los diccionarios jurídicos establecen dentro de sus definiciones el concepto de derecho ambiental⁵. Pero es indudable que es una rama del derecho que cada día adquiere autonomía, por la complejidad y el sinnúmero de actividades que regula.

Derecho Ambiental, Derecho del Medio Ambiente, son vistos como sinónimos y conceptos que tienen cierta analogía y que se han ido precisando conforme al desarrollo histórico de las ciencias sociales y jurídicas, de las realidades ambientales concretas de cada sociedad o Estado y de cómo ha sido asumida esta problemática por instituciones legislativas a nivel internacional⁶.

⁴ Jordano Fraga, Jesús, En Tratado de Derecho Ambiental I, Madrid, 1991, pág. 86, incluye dentro del ambiente aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas: agua, aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre en la Tierra. Luego, en Manual de Derecho Ambiental, Editorial Trivium, 2ª Edición, Madrid, 1998, pág. 36, expresamente se acoge a la definición amplia de Medio Ambiente de la STS. 107/1995, de 26 de junio, sobre la Ley 4/1989.

⁵ El diccionario jurídicos Cabanellas hasta la edición del año 1998, no contenía el concepto y menos la definición de derecho ambiental.

⁶ Derecho Ambiental y Sociología Ambiental, Iván Narváez Quiñónez 2004. pag. 326

2. Definición del Derecho Ambiental

El Derecho Ambiental es una de las ramas del Derecho de más rápido crecimiento, su evolución ha estado influenciada por las formas filosóficas con que el hombre entiende la relación entre ser humano - naturaleza. Es difícil poder dar una definición acabada del derecho ambiental, debido a que incluso, respecto del derecho propiamente dicho, cuya evolución data desde el siglo quince, no ha podido ser posible en virtud de que existen diversos enfoques que tratan de dar una definición al respecto, enfoques que están sustentados en diversas teorías. En el caso del derecho ambiental, las teorías de carácter tecnicista, extractivistas o conservacionistas, han posibilitado diversas definiciones. Lo cierto es que a través de la regulación de las actividades humanas en que pueda aportar el Derecho Ambiental, lo que se busca es que las actividades desarrolladas por el hombre tengan el carácter de sostenibles.

Podríamos si embargo mencionar que el Derecho ambiental es «El conjunto de normas que regulan las relaciones de derecho público y privado, tendientes a preservar el ambiente libre de contaminación, o mejorarlo en caso de estar afectado». Esta incluye el conjunto de disposiciones y leyes de carácter público que regulan de manera coercitiva y obligatoria las relaciones entre las actividades, productos y/o servicios ejecutados por el hombre que causan o pueden causar impactos al medio ambiente.

Una definición integral sería: *«es 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»*⁷

El derecho a un ambiente sano es un derecho protegido constitucionalmente, y por tanto con trascendencia a todos aquellos que van a verse afectados con un ataque o laceración del mismo, sin embargo todavía no se llega a una aceptación general de que es un bien jurídico que trascienda de la relación titular del bien (Hombre) – bien o cosa (Naturaleza).

⁷ Manual de Derecho Ambiental Mejicano. Raúl Brañes, México 1994, en Comentarios Bibliográficos de la Revista de Política y Derechos Ambientales en América Latina y el Caribe. Volumen I - No. 3. 1994.

Como decíamos en la sección anterior, el término derecho ambiental, no ha sido definido de manera prolija, por la complejidad que reviste. Lo mismo ocurre con el término ambiente, debido a que diferentes definiciones se han dado pero en torno al concepto medio ambiente.

Una definición propia de derecho ambiental, partiría de una breve definición del medio ambiente, diciendo que primero «el Ambiente engloba no sólo el medio físico, suelo, agua, atmósfera y los seres vivos que habitan en él, sino también las interrelaciones entre ambos que se producen a través de la cultura, la sociología y la economía». *«El Medio Ambiente es un sistema global constituido por elementos naturales artificiales, físicos, químicos o biológico, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la naturaleza o la acción humana, que rige la existencia y desarrollo de la vida en sus diversas manifestaciones»*⁸.

El ambiente en este sentido tiene que ser definido por los diferentes campos disciplinares ya que hasta el momento no existe una aceptación generalizada de una Ciencia Ambiental, sino lo que se plantea es la existencia de Ciencias Ambientales. Así desde el punto de vista jurídico «Ambiente» o «Medio Ambiente» es un concepto ambivalente, por un lado es considerado como un bien jurídico y por otra se considera una materia objeto de competencia.

El derecho por su lado *«es el conjunto de normas, principios, y disposiciones que regulan las actividades de una sociedad determinada, y su relación entre las personas particulares y el estado, a través de la coerción punitiva, teniendo como fin dogmático, la realización de la justicia»*⁹. Definiremos al Derecho ambiental entonces como: *«el conjunto de leyes, normas y principios jurídicos que regulan las actividades que sobre los elementos naturales, físicos, químicos o artificiales de la naturaleza realizan tanto la sociedad como el Estado, teniendo como fin la conservación de la existencia y desarrollo de la vida biótica y abiótica del ecosistema en condiciones de sostenibilidad social-ambiental»*.

Por esta razón, para hablar de defensa de derechos ambientales, primero se debe determinar cuáles son los derechos que en la constitución están relacionados con el ambiente. Y si estos derechos se vinculan a su vez con el régimen de apropiación de bienes, con el derecho al desarrollo y con los derechos humanos, en ese momento nos enfrentamos a un reto enorme, el hacerlos efectivos. Por ello el primer paso para la defensa y garantía de los derechos vinculados con el ambiente sano, tiene que darse a partir de vincular al sistema jurídico con el ecosistema.

⁸ Glosario de definiciones de la Ley de Gestión Ambiental R. O. 418 de 10 de septiembre de 2004

⁹ Definición del autor del presente Manual

3. Antecedentes históricos

La protección del ambiente es una materia relativamente joven en el Ecuador, a pesar de que una de las actividades con mayor impacto ambiental, como lo es la explotación petrolera, data desde inicios del siglo pasado, el ambiente sano como derecho fundamental fue incluido constitucionalmente en Ecuador en la Constitución codificada de 1984, cuando se introdujo *«el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y la obligación del Estado a tutelar la preservación de la naturaleza»*¹⁰.

Antes de esta disposición, en 1945 se incorporó en la constitución el derecho de proteger los *«lugares notables por su belleza natural y la flora y la fauna peculiares del país»*¹¹.

Después, en la Constitución de 1998, la naturaleza fue vista todavía desde una visión antropocéntrica, ésta era considerada como «el medio ambiente del cual los seres humanos dependen». Esta visión implicó que para ejercer mecanismos constitucionales de protección al ambiente se requiera que los impactos negativos o daños ambientales necesariamente tengan relación con la afectación a los derechos de las personas.

En el Ecuador podemos identificar tres etapas de desarrollo del derecho ambiental, que han dado lugar a la consolidación de esta rama del derecho, ellas son:

1ra Etapa (1976-1992): Donde pregonó un criterio antropocentrista, sanitarista, recursista, basados básicamente en la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, la Constitución del Ecuador y la Declaración de Estocolmo

2da. Etapa (1992-1999): A través de la declaración constitucional del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se generó un marco institucional para la gestión ambiental inspirada en los principios de la Declaración de Río, cuyo resultado fue la elaboración de la Políticas Básicas Ambientales. La Constitución y Ley de Gestión Ambiental, fueron los instrumentos más relevantes.

¹⁰ Art. 19 num. 2, Constitución de 1984

¹¹ Art. 145, sección de educación y cultura constitución 1945

3ra. Etapa (1999 – hasta la fecha): implica un desarrollo reglamentario de la legislación, ejemplos son los reglamentos para operaciones Hidrocarburiíferas, mineras, Reglamento de la Legislación Ambiental, etc. Se han generado también procesos de descentralización de competencias, convenios, ordenanzas, reglamentos, de aplicación nacional y local.

A partir de la constitución del 2008, hay importantes elementos que se han incorporado en los diferentes capítulos respecto a la protección del ambiente y la naturaleza, como la sustentabilidad como norma básica; el buen vivir como forma, contenido y objetivo del régimen económico; la soberanía alimentaria y energética; la protección de los ecosistemas; el derecho al agua como un derecho humano fundamental; el ambiente se convirtió en un tema transversal.

El Ecuador basa gran parte de su derecho ambiental, en las normas y directrices que se generan en el campo internacional, por eso es importante recalcar que para que el derecho pueda configurar esta nueva rama, hubieron algunos eventos relevantes que sirvieron como antecedentes, los mismos que se mencionan a continuación:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU promulgada el 10 de diciembre de 1948;
- La Conferencia Internacional de la Biosfera (Paris 1968);
- La reunión de la Organización de las Naciones Unidas que en 1972 celebró en Estocolmo la Conferencia sobre el Medio Humano en la que se adoptó el derecho a gozar de un ambiente sano así como el uso del concepto de Ecodesarrollo. Se destaca en esta Conferencia la creación del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Declaración sobre el Medio Humano.
- La Estrategia Mundial para la Conservación adoptada en 1980 como una Declaración de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza que enriqueció el marco teórico de la conservación con los conceptos de desarrollo sostenible o sustentable y el de participación social y;
- La Carta de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 37-7 de 28 de octubre de 1982. Es un documento complementario a la Declaración de Estocolmo;

- El Informe Bruntland adoptado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo creada por las Naciones Unidas en 1983. Los resultados y las propuestas de esta Comisión se reflejaron en el informe denominado «Nuestro Futuro Común», de marzo de 1987. Este informe reconoció el derecho humano fundamental al medio ambiente.
- El Acta de Caracas de 18 de mayo de 1991 emitida por el Acuerdo de Cartagena que en el capítulo No. 8 «reafirma que la dimensión ambiental es parte integral de los procesos de desarrollo.....»
- La Reunión de Río de Janeiro, Brasil, realizada en Junio de 1992, que perfila la necesidad de un nuevo orden internacional en el campo ambiental y de una amplia participación de la sociedad civil.

4. Fuentes del Derecho Ambiental

La evolución de la legislación ambiental del Ecuador, es muy compleja, a diferencia del derecho convencional, el derecho ambiental, no ha tenido las mismas fuentes de construcción de codificación que otros derechos¹². En el origen se constata que una de las actividades que primero se normó en el Ecuador, fue el control de la salubridad, así se desprende por ejemplo del Código de la Salud y a partir de él algunos procedimientos administrativos. Más tarde se aprueba la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, posteriormente se expiden normas que regulan la explotación de los recursos naturales: minería, hidrocarburos, electrificación, forestal, etc.,...

Las fuentes del Derecho ambiental pueden ser directas e indirectas

4.1. Fuentes Indirectas

Son aquellas que no crean una obligación en la aplicación directa de las normas. Pero que se han constituido en principio rectores sobre la cual se construyen normas con carácter coercitivo y con aplicabilidad material.

Entre las fuentes indirectas del Derecho, podemos mencionar las siguientes:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU promulgada el 10 de diciembre de 1948;
- La Conferencia Internacional de la Biosfera (Paris 1968);
- La Declaración Estocolmo la Conferencia sobre el Medio Humano de 1972
- La Estrategia Mundial para la Conservación adoptada en 1980

¹² Las fuentes mayormente conocidas son la ley, la jurisprudencia, la práctica consuetudinaria, doctrina jurídica.

- La Carta de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 37-7 de 28 de octubre de 1982.
- El Informe Brundtland adoptado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo creada por las Naciones Unidas en 1983.
- El Acta de Caracas de 18 de mayo de 1991 emitida por el Acuerdo de Cartagena
- La Declaración de Río de Janeiro, Brasil realizada en Junio de 1992.
- La Agenda 21

Estas disposiciones que disponen compromisos de los Estados para desarrollar políticas ambientales sustentables, se han convertido en una fuente de gran relevancia para el derecho ambiental a pesar de que son normas no vinculantes por su carácter de derecho blando.

4.2. Fuentes Directas

Las fuentes del derecho Ambiental también pueden ser directas, entre ellas tenemos aquellas que se han venido desarrollando a nivel Internacional, y otras, que han nacido de la legislación nacional, estas fuentes son:

a) Fuentes directas Internacionales:

- *Convenio sobre Diversidad Biológica*, que reconoce que tanto la diversidad biológica como los recursos biológicos deben conservarse por razones éticas, establece líneas generales de cumplimiento para los estados partes ante el efecto ambiental para evitar que las futuras generaciones puedan lamentar la pérdida de la biodiversidad.
- *Convención Marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático*, establece como meta provisional, reducir las emisiones de gases con efecto invernadero, del año 1990 para el año 2000
- *Protocolo de Kyoto*, de la Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre Cambio Climático.

- *Convenio para combatir la Desertificación*, para prevenir la tala indiscriminada de árboles, fomenta la reforestación, promueve el uso sustentable de los recursos
- *Convención sobre el comercio ilegal de especies de flora y fauna en peligro de extinción* (CITES)
- *Decisión 391*, regula el acceso de los países andinos a la biodiversidad
- *Convenio 169 de la OIT*, sobre los derechos de los pueblos indígenas en el marco del desarrollo
- *Protocolo de Cartagena*, regula el movimiento transfronterizos de organismo genéticamente modificados OGM y es el primer tratado internacional que propone una regulación sobre los riesgos que implican los organismos transgénicos.
- *Convenio Ramsar*, Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitats de Aves Acuáticas.
- Convención de Viena, es el instrumento que permite la certeza en la aplicación de los tratados internacionales y de su interpretación. Este instrumento, norma una serie de materias que afectan a los tratados.
- El *Protocolo de Montreal*, sobre la minimización de las sustancias químicas agotadoras de la capa de Ozono;
- *Convenio de Basilea*, sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación;
- *Convenio de Róterdam*, sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos peligrosos objeto de comercio internacional;
- *Convenio de Estocolmo* sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes; proteger a la salud humana y al medio ambiente frente a estos contaminantes
- *Convenio 16 de la OIT*, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales.

A nivel regional, los Países Andinos también han ratificado diversos tratados ambientales en los niveles internacional, regional y subregional, que son fuentes del derecho ambiental nacional, pues obligan al Ecuador a acoplar la legislación interna a lo dispuesto por dichos Tratados Internacionales, estos se refieren a las Cuencas del Caribe y Pacífico, así como el Tratado de Cooperación Amazónica (TCA), suscrito por Bolivia, Brasil, Colombia, el Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela. Asimismo, se conformó la Comisión permanente del Pacífico Sur (CPPS), que agrupa a Chile, el Ecuador, Colombia y Panamá.

b) Fuentes Directas Nacionales:

Entre la legislación ecuatoriana que ha ido desarrollándose y que conforma actualmente un cuerpo legal de derecho ambiental podemos mencionar:

- Los primeros decretos para la conservación de las Islas Galápagos;
- El Código de la Salud, expedido en 1971 que contiene normas sobre saneamiento y contaminación ambiental,
- La Ley de Aguas que incluye disposiciones relativas a la contaminación del agua
- La Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, derogada casi por completo por la Ley de Gestión Ambiental.
- Otra fuente de nuestro Derecho Ambiental constituye La Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre promulgada en 1981, que introdujo dentro del sistema legal ecuatoriano conceptos conservacionistas y de manejo sustentable de la flora y fauna silvestres creando políticas que han intentado buscar estructuras que beneficien al cuidado de la biodiversidad a través de un sistema nacional de áreas protegidas
- En 1983 se introduce en la Constitución Política el Art. 19 numeral 2 como garantía constitucional de protección ambiental, siendo este el primer intento para regular la conservación y protección del medio ambiente a nivel constitucional.
- Las reformas a la Constitución Política de la República, promulgadas en enero de 1996 que reforzaron el mandato constitucional del artículo 19 numeral 2,

introduciendo una Sección sobre el medio ambiente, además de instituciones de implicación ambiental como la acción de Amparo y la Defensoría del Pueblo.

- La Constitución Política de la República de 1998, que incorpora en la Sección Segunda el medio ambiente bajo el capítulo V de los derechos colectivos.
- La Constitución vigente, aprobada en septiembre del 2008, establece de manera transversal el tratamiento del aspecto ambiental
- Otras normas ambientales ecuatorianas están contenidas en la Ley de Minería y en la Ley de Hidrocarburos y sus Reglamentos.

c) Fuentes convencionales

Sin duda que los Instrumentos Internacional y la Constitución han sido la principal fuente del desarrollo del derecho ambiental, sin dejar de lado otras fuentes convencionales como son:

- La jurisprudencia
- La costumbre
- La determinaciones de organismos internacionales
- Los principios generales del derecho
- La doctrina
- Las decisiones judiciales

Además, debe reconocer que los movimientos y organizaciones ecologistas, ambientalistas, de derechos humanos, también han aportado en la construcción de este desarrollo, a través de sus opiniones, construcción de discursos públicos y formulación de propuestas¹³.

¹³ Al respecto vale recordar que en la Conferencia de la Tierra de 1992, asistieron actores tanto estatales, de la sociedad civil, de Ongo y de organizaciones de Comercio. Cuyos aportes sirvieron para construir los principios de la Declaración de Río sobre Ambiente

No podemos dejar de mencionar que en esta misma línea, un precedente importante para el desarrollo del derecho ambiental lo han forjado algunos actores ambientalistas que influyeron en la Asamblea Nacional Constituyente para que se consoliden los derechos de la naturaleza, que finalmente fueron incluidos como derechos con rango Constitucional. Esta nueva visión bio-centrista de entender la relación hombre-ambiente u hombre – naturaleza, desarrollará sin duda la práctica de nuevos y modernos enfoques respecto al derecho ambiental, por lo tanto el derecho ambiental, al menos en el Ecuador tiende a expandir sus alas más allá de las fronteras nacionales, para convertirse en fuente de discusión y aplicación de otros países.

5. División del Derecho Ambiental

El Derecho Ambiental se divide de acuerdo a la jurisdicción y a la materia que regula, en:

a) Por la Jurisdicción

- Derecho Ambiental Internacional
- Derecho Ambiental Nacional

b) Por la Materia

- Derecho Marítimo
- Derecho Forestal
- Derecho Agrario
- Derecho de Agua
- Derecho Territorial
- Derecho de Biodiversidad
- Derecho de Pesca
- Derecho de Caza
- Derecho sobre Comercio y Tráfico de Especies
- Derecho de Electricidad

- Derecho de Minas
- Derecho de Petróleo

Existen otras materias que están en proceso de constituirse en materias propiamente dichas, como es el caso de las regulaciones para la protección atmosféricas, las emisiones de aire, descargas de aguas, desechos tóxicos peligrosos, regulaciones sobre el cambio climático, etc. Para efectos del presente estudio, analizaré lo concerniente a la materia del derecho ambiental sobre las actividades petroleras.

6. Características de los derechos ambientales

6.1. Los Derechos Ambientales son Derechos Humanos Colectivos

Los derechos ambientales, son primeramente derechos humanos, como tal, es un derecho cuya realización depende del cumplimiento de otros derechos inherentes. Es por esta razón que el derecho ambiental esta condicionado a algunos elementos esenciales como: (i) El acceso y adecuada calidad del agua; (ii) Aire limpio de contaminantes que afecten la salud; (iii) Suelo libre de contaminantes que podrían afectar el disfrute de la vivienda; (iv) El Equilibrio ecológico; (v) la protección de la diversidad biológica, relacionada por ejemplo con la disponibilidad y calidad de los alimentos, medicinas y actividades tradicionales; (vi) la Prevención y remediación de los daños al ambiente, etc. Por ejemplo el derecho al ambiente sano está íntimamente ligado al derecho a la salud, debido a que «solamente dentro de un medio ambiente sano las personas pueden gozar del «más alto nivel posible de salud física y mental», si las personas no ven cumplidos sus derechos a un medio ambiente sano o el derecho a la salud no pueden disfrutar de un nivel de vida adecuado para desarrollarse plena y dignamente.

Es un derecho colectivo pues su relación y ejercicio supone la participación de colectividades y grupos humanos, es decir, no está destinado para satisfacer una necesidad personal, sino lo que se busca es la satisfacción de las generaciones presentes asegurando también las de las generaciones futuras.

6.2. Carácter Preventivo del Derecho Ambiental

El derecho ambiental tiene como característica ser más preventivo que reparador, quiere decir que el derecho ambiental evita que se contamine el ambiente y se afecte a las personas, para lo cual desarrolla un sinnúmero de instrumentos que permiten evaluar el riesgo de las actividades económicas sobre el ser humano y la naturaleza.

Esta visión sin embargo se ve limitada por las necesidades de producción y desarrollo de las sociedades, debido a que una sociedad como la ecuatoriana, cuyo principal actividad de ingresos económicos es el petróleo, tiene que tomar decisiones, complejas desde luego, respecto a los impactos tanto económicos como sociales

que supondrían extraer o no los recursos de esta actividad altamente contaminante. Decisiones que son tomadas por quienes en el ejercicio del poder requieren de los recursos para solventar sus programas de gobierno así como sus compromisos internacionales con entidades crediticias y de comercio.

6.3. Es un derecho de carácter público en conectividad con lo privado

Las normas ambientales regulan las relaciones de las instituciones del Estado, tanto de aquellas que explotan recursos naturales como aquellas que están destinadas al control y la gestión ambiental. Su ámbito de aplicación trasciende lo meramente público debido a que sus normas, a más de ser administrativas, penales, tributarias, se insertan también en lo civil, laboral, social y económico; un ejemplo es cuando el derecho ambiental regula derechos relacionados a las servidumbres, a la función social de la propiedad, a la responsabilidad civil extracontractual.

Las normas del derecho ambiental son impuestas directamente por el estado que además de regular las relaciones de sus propias instituciones y los particulares, establece represiones de carácter administrativo y penales en caso de su inobservancia.

6.4. El Derecho Ambiental procura un desarrollo sustentable

Esta es la guía de ruta del Derecho Ambiental, pues no impone la restricción de la explotación de los recursos per se, sino que establece mecanismos de usos y explotación racional.

6.5. El Derecho Ambiental tiene implicaciones internacionales.

Toda acción sobre el ambiente que desarrolle la sociedad de un estado, tiene repercusiones sobre el ambiente global, que podría eventualmente afectar poblaciones transfronterizas, es por esta razón que los compromisos de los estados en el ámbito internacional se refieren a no afectar los ambientes de otros países. Por lo tanto, un desarrollo no sustentable de un estado, o la contaminación provocada por éste, podría conllevarle una responsabilidad internacional¹⁴.

¹⁴ Un ejemplo concreto de esta responsabilidad, es la demanda por daños ambientales que Ecuador ha instaurado en contra de Colombia por las fumigaciones con glifozato en la frontera de Sucumbios y Esmeraldas

7. Los Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Ambientales en el Ordenamiento Jurídico Interno

La aprobación de un Convenio o Tratado Internacional conlleva la obligación del Estado que la suscribe, de acatar los contenidos en él dispuestos, so pena de ser sancionado. Ecuador es uno de los Estados que ha ratificado más instrumentos internacionales de protección del ambiente, tanto de derecho blando como de aquellos que son vinculantes.

Cabe hacer una pequeña diferenciación acerca de los nombrados anteriormente debido a que a nivel internacional los estados, con frecuencia suscriben un sinnúmero de instrumentos internacionales, por lo tanto es bueno conocer cuales de ellos contienen obligaciones irrestricta de los estados.

7.1. Normas de Derecho Blando

Las normas de derecho blando son aquellas que no contienen obligaciones vinculantes para los estados, es decir son meras declaraciones, conferencias, puntos de acuerdos, etc, que tratan sobre la preocupación de algún tema en específico, pero que ningún Estado está obligado acatar, salvo la disponibilidad que el Estado tenga para ir construyendo alguna normativa vinculante al interior de su territorio. Las principales normas de derecho blando son por ejemplo, las Declaraciones de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, etc.

En algunos Estados se establece a través de sus Constituciones, cuales son los Instrumentos Internacionales que tienen rango constitucional y que son de obligatorio acatamiento de los Estados, en la Constitución del Ecuador del año 1998, se establecía como uno de los deberes del Estado, en el Art. 17 que *«El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.* Esto significa que se consideraba a las Declaraciones y Pactos, con el mismo rango jurídico que un Tratado o Convención, por lo que Declaraciones como las de Río y Estocolmo eran totalmente aplicables en el derecho interno del Ecuador.

La Constitución vigente, difiere de la anterior respecto a que en la actual Constitución no menciona de forma expresa si las Declaraciones son parte del sistema de Instrumentos de Garantías de los Derechos, debido a que el Art. 3 solo menciona como deber del Estado *«Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.* Sin embargo, dentro del capítulo referente a los derechos de los Pueblos Indígenas se establece que *«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»*[...]. Además dentro de los Principios de Aplicación de los Derechos se menciona que los derechos tienen que aplicarse de forma progresiva. La doctrina Internacional ha establecido que el término instrumentos internacionales no es restrictiva a los Tratados Internacionales sino que se extiende a otras formas de regulación internacional, entre ellos las Declaraciones, lo que supone que aquellos Instrumentos Internacionales que contengan disposiciones consideradas blandas, deben ser acatadas en el Ecuador, siempre que contengan disposiciones mas favorables a la vigencia de los Derechos.

7.2. Normas de carácter vinculante

Las normas de carácter vinculante son aquellas que llevan la obligación intrínseca del estado de cumplir sus disposiciones so pena de recibir sanciones por los estados firmantes si incumple con sus obligaciones, esta forma de cumplimiento puede ser mediante la aplicación directa del tratado o desarrollando legislación interna que no se contraponga a las normas internacionales.

Las normas de carácter vinculante que se han desarrollado en el Derecho Internacional Ambiental tienen relación a Tratados, Convenciones y Protocolos.

En la actual Constitución del Ecuador, los Tratados Internacionales tiene rango constitucional, el art. 424 establece que *«La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público»*. Por lo tanto, todo aquello que en materia ambiental esté regido por un Tratado Internacional es vinculante para el Ecuador, por lo tanto los jueces, administradores y funcionarios públicos, deben acatar de forma directa.

Los principales Instrumentos Internacionales de protección al ambiente que Ecuador ha ratificado, y que por lo tanto deben ser aplicados por los y las funcionarios/as públicas, son:

- Convenio de Diversidad Biológica, que reconoce que tanto la diversidad biológica como los recursos biológicos deben conservarse por razones éticas, establece líneas generales de cumplimiento para los Estados partes ante el efecto ambiental para evitar que las futuras generaciones puedan lamentar la pérdida de la biodiversidad.
- Convención Marco sobre cambio climático, establece como meta provisional, reducir las emisiones de gases con efecto invernadero, del año 1990 para el año 2000
- Protocolo de Kyoto, los compromisos de reducción de emisiones pasan a ser jurídicamente vinculantes
- Convenio para combatir la desertificación, para prevenir la tala indiscriminada de árboles, fomenta la reforestación, promueve el uso sustentable de los recursos
- Convención sobre el comercio ilegal de especies de flora y fauna en peligro de extinción (CITES)
- Decisión Andina 391, regula el acceso de los países andinos a la biodiversidad
- Convenio 169 de la OIT, sobre los derechos de los pueblos indígenas en el marco del desarrollo
- Protocolo de Cartagena, regula el movimiento transfronterizos de organismo genéticamente modificados OGM y es el primer tratado internacional que propone una regulación sobre los riesgos que implican los organismos transgénicos.
- Convenio Ramsar, Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitats de Aves Acuáticas.
- El *Protocolo de Montreal*, sobre la minimización de las sustancias químicas agotadoras de la capa de Ozono;

- *Convención de Basilea*, sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos;
- *Convenio de Róterdam*, sobre el uso de los productos químicos peligrosos;
- *Convenio de Estocolmo* sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes;

El Ecuador tiene algunas deudas respecto a la regulación interna de actividades de protección ambiental, sobre las cuales se ha comprometido internacionalmente, una de ellas tiene que ver con la normativa sobre la diversidad biológica (no existe una ley al respecto).

CAPITULO II

La Constitución y el Derecho Ambiental

La vigente Constitución establece que *«El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada»*¹⁵.

Al definirse el Ecuador como un «Estado Constitucional de Derechos y Justicia», el paradigma para entender la estructura orgánica y funcional y la razón misma del Estado, cambia sustancialmente. Tradicionalmente dentro del liberalismo se mantuvo la tesis de que el Estado tenía la función de asegurar el ejercicio de las libertades para que a través de ellas el individuo pueda alcanzar sus aspiraciones y satisfacer sus necesidades; entonces el derecho y de modo concreto la Ley, era la autoridad que establecía derechos, obligaciones y permisiones, la misma que emanada del poder legislativo, integrado por representantes del pueblo, a quien se le concedía la potestad de legislar, le otorgaba legitimidad.

Con el cambio de paradigma, el Estado mantiene una relación horizontal respecto a los ciudadanos en temas de derechos, la ley deja de ser la autoridad que determina derechos, por lo que el derecho se determina a sí mismo y en la forma como se describe en la constitución debe ser acatado por todas las personas y por el estado en el mismo nivel. El poder público y privado expresado en las leyes está limitado por el ejercicio de los derechos que la Constitución establece, por ello que la ley debe acoplarse al mandato constitucional. Se entenderá entonces que el poder legislativo, de donde emanan las leyes, el judicial donde se aplica y el ejecutivo donde se administra, están sujetos a un control constitucional, control que le corresponde a la Corte Constitucional.

Dos artículos de la Constitución, resumen este análisis, el Art. 426, segundo inciso *«Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente»*; y el Art. 427 que dispone: *«Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de*

¹⁵ Art. 1 de la Constitución de la República 2008

duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional

Adicionalmente, la actual Constitución establece un capítulo sobre los principios de aplicación de los derechos, en el cual se establece una posición garantista y de desarrollo progresivo del derecho que se convierten en guía de aplicación que deben observar quienes administren justicia o los servicios públicos del Estado.

La Constitución desarrolla de forma muy progresiva la protección de los derechos ambientales. Con la aprobación de los derechos de la naturaleza se pasa de una visión antropocentrista del mundo a una visión ecocentrista, lo que supone una igualdad entre el sistema humano y el sistema natural

El Estado Ecuatoriano al entrar en una etapa de estado neoconstitucional de derechos y justicia, debe comportar tres acciones o deberes primordiales en la protección de los derechos humanos ambientales. 1.- Una Acción negativa, que es respetar los derechos humanos, es decir dejar que el ciudadano ejerza sus derechos sin limitaciones que no sean las de cuidar el derecho de otra persona o colectivo; 2.- Una acción positiva que es hacer respetar los derechos humanos, esto es legislar, para lo cual debe adecuar su legislación interna a los estándares internacionales de protección a los derechos humanos. En esta labor de legislación debe también establecer con claridad las sanciones para quienes en el ejercicio del poder o de manera particular violen los derechos, además debe prever los mecanismos de acceso a la justicia y las formas de reparación a las víctimas de éstas violaciones. La labor de legislar implica también que todas las acciones que el estado desarrolle dentro de sus políticas públicas (Ordenanzas, Decretos, Planes de Desarrollo) deben ser incluyentes, no discriminatorias y que en ningún momento vulneren o limiten los derechos humanos, de tal forma que sean el medio material mediante el cual se expresa la voluntad del Estado de cumplir con los derechos que la Constitución le obliga observar y cumplir. 3.- Una acción Excitativa, esto es la de difundir y promocionar los derechos humanos. No basta con que el estado establezca derechos, sanciones, reparaciones, etc. Lo ideal es que estos derechos tienen que ser conocidos por la ciudadanía, por los grupos distantes a los centros urbanos o los que se encuentren en grado de incomunicación. A través de la promoción y difusión, se forma al ciudadano en una cultura de respeto a los derechos humanos y se le prepara para que acceda a los mismos, para que exija el cumplimiento de sus derechos o denuncie a los perpetradores de las violaciones de éstos¹⁶.

Por su parte, el Art. 3 de la Constitución establece los deberes que tiene el Estado respecto de las personas naturales o jurídicas, en el Numeral 1 dispone como

¹⁶ Boletín legal: Progresividad en las Garantías Constitucionales de la Constitución de Montecristi, año 2009, por Wilton Guaranda, disponible en www.inredh.org

deber «*Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes*». Además en el Numeral 5, dispone que el Estado tendrá como deber «*Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir*».

La Constitución de la República reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos en el segundo inciso del artículo 10, al disponer lo siguiente: «*La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución*», desde el artículo 71 hasta el 74, se reconoce a la naturaleza los siguientes derechos: el respeto integral de su existencia; el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; y el derecho a su restauración. El artículo 396, inciso segundo, señala que la restauración deberá ser integral.

Este nuevo paradigma de la protección ambiental esta guiada bajo la visión del desarrollo sustentable, cuyo objetivo es que las actividades del hombre sean económicamente viables, socialmente equitativas y ambientalmente sustentables.

El concepto de desarrollo sustentable está incorporado de forma transversal en nuestra constitución, de modo que supone la obligación de acatar en toda actividad y proceso productivo, dicho principio, con el propósito de hacer efectivo la justicia social (buen Vivir – *sumak kawsay*), el respeto a la naturaleza y la equidad intergeneracional.

Por otro lado la Constitución establece que el ambiente sano es un derecho personal y al mismo tiempo, un derecho colectivo de las personas y comunidades, la Declaración de estos Derechos se encuentran en los Artículos 14 y 66, numeral 27 de la Constitución, los mismos que establecen:

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.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [... Num. 27. «El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza»...]

SECCIÓN I

PRINCIPIOS DE PROTECCION AMBIENTAL

El problema práctico que toda gestión ambiental enfrenta, es como proteger el ambiente y al mismo tiempo garantizar un nivel de desarrollo, de manera que sea consistente con el bienestar humano a escala global. Esta problemática concreta ha querido ser resuelta a través de una variedad de regulaciones, controles y sanciones que intentan que las actividades desarrolladas por el hombre sean sustentables; sin embargo, las estructuras del poder político, conducen a un empleo inadecuado de los recursos económicos y las reservas naturales, lo que impide tanto la satisfacción de las necesidades básicas de la población, como el manejo sustentable de los recursos naturales remanentes para garantizar el bienestar de las generaciones futuras. Más allá de las estructuras políticas, prevalece una concepción filosófica que reduce a la naturaleza a un mero instrumento productivo, o peor aún, a un reservorio ilimitado de recursos aprovechables por la economía.

El concepto de desarrollo sustentable, es la brújula de toda la protección ambiental en el Ecuador, en él se establecen determinados principios para el desarrollo de las actividades económicas y las relaciones entre el ambiente y las actividades del ser humano, en este sentido nuestra Constitución es una de las más progresista en tema de protección ambiental, para ello la Constitución ha establecido algunos principios que se mencionan de forma específica en los artículos 395 y 396, en los siguientes términos:

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.

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.

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.

1. Principio de Modelo de Desarrollo Sustentable

Todos los procesos de producción y explotación de recursos naturales renovables o no renovables en el Ecuador, llevan explícita la obligación de desarrollarlas de forma sustentables, así lo establece la Constitución a lo largo y ancho de todo el texto constitucional, refiriéndose al régimen del desarrollo, donde menciona el componente de sustentabilidad respecto a los sectores estratégicos, sistemas de producción, propiedad, etc.

El modelo de desarrollo sustentable es un concepto de la industria moderna, que incorpora en sus procesos de producción, la preocupación por el ambiente, fue una decisión que tomó la comunidad internacional moderna, a raíz de los esfuerzos que se vinieron realizando desde la Conferencia de Estocolmo de 1972, que finalmente tomaron cuerpo en la Cumbre de la Tierra de 1992 en Río de Janeiro.

La preocupación por la conservación del Medio Ambiente, oficialmente tiene su origen en el Club de Roma (1968), en el que las más altas personalidades de varios países se reúnen con el fin de promocionar un crecimiento económico estable y sostenible de la humanidad. En 1972, publica el Informe: «Los Límites del Crecimiento», en el que se hace una proyección de la evolución de la población humana sobre la base de la explotación de los recursos naturales, con proyecciones hasta el 2.100, demuestra que la búsqueda del crecimiento económico en el presente siglo produciría una drástica reducción de la población por la contaminación, pérdida de tierras cultivables y la escasez de recursos energéticos.

1.1. ¿Qué es el desarrollo sustentable?

Existen algunas definiciones respecto al término *desarrollo sustentable*; sin embargo, la definición mundialmente aceptada es la proporcionada dentro del Informe Brundtland en 1972, que manifiesta que el desarrollo sustentable significa «*Satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades*». Dentro de los trabajos de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas, también se da una definición de Desarrollo Sustentable en el mismo sentido, esto es «Satisfacer las necesidades

de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades».

Esta definición recibió varias críticas, pues se decía que el concepto era ambiguo dado que permite interpretaciones como «desarrollo económico sustentable», en este sentido circuló el documento «Cuidar la Tierra»¹⁷ que define por su parte al desarrollo sustentable como: *«Mejorar la calidad de la vida humana dentro de la capacidad de carga de los ecosistemas que lo sustentan.»*

Sin embargo esta definición, tiene por su parte una carga antropocentrista, por lo que no se ha llegado a un consenso al respecto, sin embargo, la definición mas utilizada es la de la Comisión Brundtland. Esta definición consta en nuestro sistema jurídico interno, así la Ley de Gestión Ambiental, lo define como *«el mejoramiento de la calidad de la vida humana dentro de la capacidad de carga de los ecosistemas; implica la satisfacción de las necesidades actuales sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones.»*

Se ha legado a confundir el término sustentable con sostenible, no obstante, para no caer en confusiones intrascendentes podemos mencionar que *«si el desarrollo sustentable se mantiene en el tiempo se alcanza el denominado desarrollo sostenible»*. El desarrollo sostenible es un proceso de cambio progresivo en la calidad de vida del ser humano, que lo coloca como centro primordial del desarrollo, por medio del crecimiento económico con equidad social, la transformación de los métodos de producción y de los patrones de consumo que se sustentan en el equilibrio ecológico y el soporte vital de la región.

1.2. Aplicación del desarrollo sustentable en el Ecuador

La meta más importante del Derecho Ambiental expresado en la Constitución, es lograr el «desarrollo sustentable o sostenible», a través de la armonización entre el crecimiento económico y el aprovechamiento racional de los recursos naturales, que permitan su conservación o renovación para satisfacer las necesidades actuales y futuras.

¹⁷ Publicado conjuntamente por la UICN, el PNUMA y la WEF, 1991

El Constituyente y legislador se ha preocupado de legislar en este sentido, la Ley de Gestión Ambiental, en el Art. 3 expresa: *«El proceso de gestión ambiental, se orientará según los principios universales del Desarrollo Sustentable...»*. La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 395 Num. 1 establece que *«El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras»*. Además dentro de los objetivos del régimen del desarrollo en el Art. 276 Num. 2 se menciona: *«Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable»*.

De este breve análisis surge una pregunta, ¿cuál ha sido el papel de los gobiernos respecto del desarrollo sustentable en las actividades hidrocarburíferas desde hace cuarenta años, incluyendo al actual, para que estas disposiciones constitucionales se cumplan?

El comportamiento que han tenido las actividades petroleras en el Ecuador se han venido desarrollando de una forma no sustentables, debido a que la quema de gas mediante los mecheros, el depósito de aguas de formación a piscinas de tierra, los derrames de crudo sin remediación, etc, han provocado que las áreas naturales y la biodiversidad de la región amazónica esté disminuyendo. La acción no sustentable tiene que ver también con la utilización de estas tierras para los monocultivos, con su consecuente uso extensivo de químicos, a nivel local se ha intensificado la contaminación ambiental y problemas de tratamiento de desechos, con sus consecuentes daños a la salud.

En definitiva como propone Edwin Vegas Gallo, *«Para que un país tenga sustentabilidad política, económica, social, cultural y ambiental, debe aspirar también a una sociedad también sustentable. Esto significa que el desarrollo humano de sus habitantes debe pasar por una democracia de ciudadanos y que el crecimiento económico tenga una redistribución equitativa con énfasis en lo social, protegiendo los sistemas naturales productores de bienes y servicios»*.

2. Principio de Gestión Transversal

La Constitución en el numeral 2 del Art. 395 establece que *«Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional»*. La transversalidad es un concepto novedoso en la Constitución de Montecristi, implica el reconocimiento de que toda actividad realizada por las personas deben observar las disposiciones emanadas de las políticas ambientales y los procesos de gestión ambiental, que regulan las actividades cotidianas.

Las políticas ambientales son el conjunto de esfuerzos políticos para conservar las bases naturales de la vida humana y conseguir un desarrollo sostenible, son el conjunto de objetivos, principios, criterios y orientaciones generales para la protección del medio ambiente de una sociedad particular.

En nuestro país existen algunas políticas ambientales generales, entre las que se destacan:

- Políticas Básicas Ambientales del Ecuador (1994)
- La Estrategia Ambiental para el Desarrollo Sostenible del Ecuador (1999)
- La Estrategia para el Desarrollo Forestal Sustentable del Ecuador (2000) y,
- La Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad (2001).

La existencia de éstas políticas ambientales implica que todas las actividades de desarrollo económico, incluida la actividad petrolera, debe incorporar mecanismos para asegurar el cumplimiento de los objetivos de estas políticas, así lo determina el criterio de transversalidad expuesto en la Constitución.

Por otro lado, debe tomarse en cuenta que la transversalidad versa también respecto de la gestión ambiental. Se denomina con este término al *«Conjunto de políticas, normas, actividades operativas y administrativas de planeamiento, financiamiento y control*

*estrechamente vinculadas, que deben ser ejecutadas por el Estado y la sociedad para garantizar el desarrollo sustentable y una óptima calidad de vida*¹⁸.

En este esfuerzo deben participar todos los actores, no sólo aquellos vinculados a la producción sino toda la ciudadanía, las instituciones, las Ongs, etc., de manera principal deben tener protagonismos los gobiernos locales (Gobiernos Municipales y Gobiernos Provinciales), a quienes la Constitución les otorga facultades de gestión ambiental jurisdiccional importantes, como la regulación sobre el uso del suelo y de las cuencas hidrográficas.

¹⁸ Glosario de definiciones de la Ley de Gestión Ambiental

3. Principio de participación

Principio que ha pretendido ser confundido con el principio de consulta previa, pero que es diferente desde todo punto de vista conceptual. A mi modo de entender, esta confusión es intencional debido a que los procesos de participación reviste diferentes formas de realización, cuya finalidad es considerar e incorporar los criterios y las observaciones de la ciudadanía, especialmente la población directamente afectada de una obra o proyecto, sobre las variables ambientales relevantes de los estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental, siempre y cuando sea técnica y económicamente viable, para que las actividades o proyectos que puedan causar impactos ambientales se desarrollen de manera adecuada, minimizando y/o compensando estos impactos a fin de mejorar la condiciones ambientales para la realización de la actividad o proyecto propuesto en todas sus fases.

El concepto «población directamente afectada» reviste una complejidad, debido a que no existe un estudio acabado que determine quienes serán los directamente afectados dentro de una actividad, supongamos el ejemplo de una fábrica de hidrocarburos, que por efectos de la corriente de aire, sus gases industriales son llevados fuera de su área geográfica, en este caso, los afectados no serían tanto quienes están cerca de la fábrica sino a aquellos en donde los gases son depositados por el aire en movimiento. En este mismo sentido, la definición que existe en los diferentes cuerpos normativos ambientales para operaciones hidrocarburiíferas coinciden en no dar una definición precisa de población afectada, se considera a la población afectada como *aquella que se encuentra dentro del área de influencia directa, cuya área afectada será definida por la autoridad ambiental*, sin establecer los mecanismos de definir la misma.

Actualmente, la participación ciudadana, de modo concreto aquella que tiene relación al tema ambiental, no está regulada mediante Ley. Si bien es cierto la Ley de Gestión Ambiental en el Artículo 28 establece que *«Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado»*, la regulación específica de la participación ciudadana se ha realizado mediante Decretos Ejecutivos expedidos por los gobiernos de turno, que le han dado diferentes contenidos, todos ellos

restrictivo del derecho que regula, como es el caso del Decreto Ejecutivo 1040 que contiene disposiciones sobre participación social.

3.1. Alcances del principio de participación

La participación esta considerada como un principio central para lograr una democratización en los asuntos de impacto ambiental. No obstante esta premisa, los alcances de la participación sobre meramente informativos, tal como lo establece el glosario de definiciones del Decreto Ejecutivo 1040, sobre participación ciudadana que la define de la siguiente manera: *«la participación social son los mecanismos para dar a conocer a una comunidad afectada/interesada, los proyectos que puedan conllevar riesgo ambiental, así como sus estudios de impacto, posibles medidas de mitigación y planes de manejo ambiental»*.

Esta definición es muy restrictiva debido a que limita el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y de la ciudadanía en general a que se incluya sus opiniones, es decir no garantiza mecanismos de participación que permitan la inclusión de los criterios de la comunidad u opinión de los consultados y que sea tomada en cuenta por el Estado, y menos que se busque el consentimiento de las nacionalidades indígenas.

Lo que si debe quedar claro es que toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, [...], esta participación debe hacerse a través de consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado, en la participación se incluye la acción popular para denunciar a quienes violan los derechos ambientales, para presentar proyectos de ley en materia ambiental, etc. Un aspecto trascendental de la participación tiene que ver con el mecanismo de la consulta previa, el cual se analizará de forma mas concreta, en la sección posterior.

3.2. ¿Cuáles son los mecanismos de participación?

La participación social debe realizarse a través de algunos mecanismos, entre los que se deben tener en cuenta los siguientes:

- a) Audiencias, presentaciones públicas, reuniones informativas, asambleas, mesas ampliadas y foros públicos de diálogo;

- b) Talleres de información, capacitación y socialización ambiental;
- c) Campañas de difusión y sensibilización ambiental a través de los medios de comunicación;
- d) Comisiones ciudadanas asesoras y de veedurías de la gestión ambiental;
- e) Participación a través de las entidades sociales y territoriales reconocidas por la Ley Especial de Descentralización y Participación Social, y en especial mediante los mecanismos previstos en la Ley Orgánica de las Juntas Parroquiales;
- f) Todos los medios que permitan el acceso de la comunidad a la información disponible sobre actividades, obras, proyectos que puedan afectar al ambiente;
- g) Mecanismos de información pública;
- h) Reparto de documentación informativa sobre el proyecto;
- i) Página web;
- j) Centro de información pública; y,
- k) Los demás mecanismos que se establezcan para el efecto.¹⁹

3.3. ¿Cuándo se debe efectuar la participación ciudadana?

La participación social se debe de realizar antes de aprobarse los estudios de impacto ambiental, de tal manera que los sujetos participantes puedan aportar con criterios, que a pesar de que no sean de obligatoria incorporación, pueden quedar registrados para una evaluación posterior. En relación a los mecanismos de participación social, esto es las consultas, audiencias, reuniones, etc., se realizarán en un plazo máximo de treinta (30) días, contados desde la fecha en que la empresa haga la publicación de la convocatoria. Es importante tener en cuenta que la publicación debe hacerse por los medios adecuados mediante los cuales la comunidad afectada pueda enterarse de la convocatoria. Medios adecuados son, por ejemplo: el periódico de

¹⁹ Tomado del Decreto Ejecutivo 10 40

mayor circulación del cantón, un extracto de la convocatoria pegada en la puerta de la junta parroquial de la comunidad, en la iglesia, en la casa comunal, etc.

La participación, al estar orientada bajo los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad significa que los resultados de la consulta deben conducir a algo, ese algo debe estar limitado a la no restricción del ejercicio de los derechos y la plena inclusión de la ciudadanía en todas las etapas de participación. Sin embargo los mecanismos de participación social como están expresados en la Ley de Gestión Ambiental y el Decreto Ejecutivo 1040, buscan en realidad, complacer la formalidad pero no la materialidad de sus efectos, es decir, la comunidad participa, pero no se incluye, pues no decide.

4. Principio de Prevalencia o Pro natura

Este principio novedoso, expuesto en la Constitución representa un nuevo paradigma jurídico. Establece que *«En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza»*²⁰. Esta disposición rompe con el concepto antropocéntrico del derecho ambiental y nos sitúa en una categoría biocentrista del derecho. Este principio al que se le ha atribuido también el nombre de *principio in dubio pro natura* nos conduce a pensar que estamos frente a una configuración del derecho de la naturaleza como fase superior del derecho ambiental, es decir las cuestiones del derecho ambiental adquieren una doble personalidad (derechos ambientales de las personas y derechos de la naturaleza), pero unidos bajo la misma trayectoria.

Algunos críticos civilistas han sostenido que no pueden otorgársele derechos a la naturaleza, debido a que ésta no podría reclamarlos por sí sola, porque no tiene vida. Además porque frente a cada derecho debe existir una obligación como contraparte. Criterios que son cuestionables debido a que la evolución del derecho tiende a proteger aquellas situaciones que se encuentran en vulnerabilidad y que por la naturaleza de las relaciones sociales necesitan ser reguladas (la natura es una de ellas), no hay que olvidar que esta misma corriente civilista fue la que creó los derechos a las personas jurídicas. Si se aceptaran los criterios de los críticos a los derechos de la naturaleza, se podría afirmar por ejemplo que estaría por demás regular los derechos del que está por nacer, pues el no tendría tampoco ninguna obligación. Sin duda estamos frente a una tercera persona sujeta de Derechos, a la cual los funcionarios públicos y operadores de justicia deben garantizar el cumplimiento de sus derechos.

Esto supone que la legislación secundaria debe determinar de forma clara, los alcances de las actividades humanas a fin de que no se contrapongan a aquellos derechos que la Constitución y las normas de la legislación secundaria que posteriormente deba crearse le otorga a la naturaleza, pues caso contrario, los derechos de la naturaleza prevalecen.

²⁰ Numeral 4 del Art. 395 de la Constitución de la República 2008

Parecería entonces que estamos en un momento histórico, en donde por primera vez en el mundo elevamos a nivel constitucional, los derechos de la naturaleza, por lo tanto estamos en la necesidad de organizarnos y luchar por la regulación propia de sus derechos de manera que se vaya construyendo un sistema jurídico autónomo, e impulsado por una Ley Orgánica. Para ello es importante trabajar en la exigibilidad de los derechos: acciones legales, peticiones, donde podamos argumentar desde los derechos de la naturaleza, ante que de los derechos de la persona a un ambiente sano, para obligar a los Operadores de justicia a aplicar los derechos de la naturaleza, para que no se conviertan en objeto de regulación a través de políticas o planes que desvaloricen y limiten su ejercicio.

Una acción importante que debe darse para aquello, es que quien tenga que redactar la ley de derechos de la naturaleza o regular sus derechos por otros instrumentos legales, no limiten la vigencia de estos derechos pretendiendo por ejemplo, probar estándares de cuando un ciclo vital está afectado, o cuando la tala de árboles puede afectar al ecosistema, etc.

En todo caso, si es que existiere alguna duda o conflicto entre las leyes, por ejemplo entre una ley de explotación de recursos naturales (petróleo, minería, tala de bosques) y las leyes de protección de la naturaleza, se debe entender que los funcionarios públicos y judiciales tienen que aplicar las normas que mas favorezcan a la naturaleza, de tal manera que sus derechos cobren plena vigencia.

5. Principio de prevención

Este principio constitucional se encuentra en el Artículo 396, establece que *«El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño»*.

Es un principio que se encuentra en muchos instrumentos internacionales de protección de derecho ambiental, como la Declaración de Río, el Convenio Sobre Cambio Climático, El Convenio sobre Diversidad Biológica, etc. Que tienen como finalidad adoptar mecanismos y acciones para prevenir que los efectos sobre el ambiente sean mayores a los actualmente ocurridos.

Se trata de atacar la contaminación en su origen. Impone la utilización de maquinarias y productos que no produzcan molestias durante su funcionamiento o consumo (productos reciclables, y/o no contaminantes). Sin embargo, en la realidad, se justifican excepciones por razones económicas, no ecológicas

5.1. El Estudio de Impacto Ambiental como Instrumento indispensable para cumplir el principio de Prevención

Un instrumento por excelencia para que se aplique el principio de prevención es el estudio de impacto ambiental. *El Estudio de Impacto Ambiental son estudios técnicos que proporcionan antecedentes para la predicción o identificación de los impactos ambientales. Además describen las medidas para prevenir, controlar, mitigar y compensar las alteraciones ambientales significativas*²¹. Los Estudios de Impacto Ambiental debe ser discutidos y aprobados ante de iniciarse cualquier actividad que suponga un riesgo al ambiente. Además del Estudio de Impacto Ambiental, se han establecido otros mecanismos que permiten hacer efectivo el principio de prevención, por ejemplo, el otorgamiento de la licencia ambiental, la misma que es aprobada una vez que se cumplan con los requerimientos del Estudio de Impacto Ambiental; las auditoría ambientales, que son instrumentos que pueden ser solicitados por la autoridad ambiental o por terceros interesados

²¹ Definición del glosario de la Ley de Gestión Ambiental R. O. 418 del 10 de sep. 2004

para que se realice una evaluación independiente sobre el cumplimiento del estudio de impacto; las evaluaciones ambientales, que realiza la autoridad competente y que tienen como finalidad examinar el cumplimiento de los mecanismos de remediación o prevención previstos en el estudio de impacto ambiental.

Para el caso de la explotación petrolera, [..*Los Estudios Ambientales consisten en una estimación predictiva o una identificación presente de los daños o alteraciones ambientales, con el fin de establecer las medidas preventivas, las actividades de mitigación y las medidas de rehabilitación de impactos ambientales producidos por una probable o efectiva ejecución de un proyecto de cualquiera de las fases hidrocarburíferas. Constituyen herramientas técnicas que en conjunto mantienen una unidad sistemática que para fines prácticos se la divide con relación a las diferentes fases de la actividad hidrocarburífera.*]²²

La cuerpos legislativos que intentan dar materialidad al principio de prevención en las Operaciones Hidrocarburíferas son: La Ley de Gestión Ambiental, la Ley de Hidrocarburos y de manera concreta el Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas 1215.

5.2. ¿Cuándo debe realizarse un estudio de Impacto ambiental para actividades petroleras?

Según la Ley de Gestión Ambiental, en el Art. 19, dispone «*Las obras públicas, privadas o mixtas, y los proyectos de inversión públicos o privados que puedan causar impactos ambientales, serán calificados previamente a su ejecución, por los organismos descentralizados de control, conforme el Sistema Único de Manejo Ambiental, cuyo principio rector será el precautelatorio*».

La ley de Hidrocarburos en el Art. 31, dispone que «*PETROECUADOR y los contratistas o asociados, en exploración y explotación de hidrocarburos, en refinación, en transporte y en comercialización, están obligados, en cuanto les corresponda, a lo siguiente: ...*

- u) Elaborar estudios de impacto ambiental y planes de manejo Ambiental para prevenir, mitigar, controlar, rehabilitar y compensar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades. Estos estudios deberán ser evaluados y aprobados por el Ministerio de Energía y Minas en coordinación con los organismos de control ambiental y se*

²² Art. 33 del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas 1215.

encargará de su seguimiento ambiental, directamente o por delegación a firmas auditoras calificadas para el efecto.

El artículo 20 de la Ley de Gestión Ambiental, dispone que *«para el inicio de toda actividad que suponga riesgo ambiental se deberá contar con la licencia respectiva, otorgada por el Ministerio del Rama»*

Cuando se vaya a realizar operaciones hidrocarburíferas en áreas pertenecientes al Patrimonio Nacional de Áreas Naturales, Bosques y Vegetación Protectores, presentarán los Estudios Ambientales a la Subsecretaría de Protección Ambiental con copia que será remitida al Ministerio del Ambiente. Su aprobación la realizará la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas, contando con el pronunciamiento previo del Ministerio del Ambiente. Sin embargo, si en el término de 10 días a partir de la presentación de tales estudios no se ha recibido dicho pronunciamiento, se entenderá que el mismo es favorable.²³

Un aspecto a tomar muy en cuenta es que *«previo a la entrega de los Estudios Ambientales a la Subsecretaría de Protección Ambiental para su evaluación y aprobación, los sujetos de control realizarán una presentación pública de los Estudios de Impacto Ambiental para el proyecto respectivo, conjuntamente con representantes de la operadora, de la consultora ambiental y de la población del área de influencia directa, bajo la coordinación de la Subsecretaría de Protección Ambiental, quien además canalizará los comentarios y observaciones de los asistentes»²⁴*. Este mecanismo de participación debe ser obligatorio para toda actividad, caso contrario tornará inejecutable la actividad de que se trató y será causal de nulidad de los contratos respectivos que hayan suscritos con el Estado.

Cuando se vayan a realizar operaciones hidrocarburíferas dentro de áreas pertenecientes al Patrimonio Nacional de Áreas Naturales, Bosques y Vegetación Protectores, los sujetos de control presentarán una copia adicional de los Términos de Referencia que será remitida por la Subsecretaría de Protección Ambiental al Ministerio del Ambiente, el que tendrá un término de 7 días para su pronunciamiento ante la Subsecretaría de Protección Ambiental, la que a su vez los aprobará en el término de 5 días. La ausencia del pronunciamiento de cualquiera de los dos ministerios significará que el mismo es favorable. Obtenida la aprobación o vencido el término se procederá a la realización de los Estudios Ambientales, tomando en cuenta las observaciones que se hubieran formulado, de existir éstas.²⁵

²³ Art. 36 del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas 1215

²⁴ Art. 37 Ibidem.

²⁵ Art. 40 Ibidem.

5.3. ¿Qué debe contener un estudio de impacto ambiental para actividades petroleras?

Un estudio básico de impacto ambiental debe describir el proyecto de explotación petrolera en los términos siguientes:

- 1) Localización, diseño conceptual y habilitación de la superficie para instalaciones de producción.
- 2) Diseño conceptual, trazado, construcción y adecuación de vías de acceso.
- 3) Fuentes de materiales, plan de explotación de materiales, así como tratamiento y disposición de desechos.
- 4) Trazado y construcción de líneas de flujo y troncales.
- 5) Captación y vertimientos de agua.
- 6) Instalación de campamentos.
- 7) Construcción y montaje de equipos.
- 8) Producción.
- 9) Pozos de desarrollo.
- 10) Aprovechamiento de energía y servicio; y,
- 11) Análisis de alternativas.

Sobre los otros instrumentos importantes del principio de prevención, esto es, las Auditorías ambientales y la Evaluación Ambiental, que realizan las autoridades de control, posterior a la aprobación del estudio de impacto ambiental, la ciudadanía, debe tener un rol protagónico para que se cumplan en la práctica.

6. Principio de precaución

El Principio de Precaución es un elemento de mucho debate que ha provocado que su aplicación se diluya en la práctica, este principio que está en nuestra Constitución se refiere a que *«En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas»*.

El principio pretende precautelar cualquier impacto negativo que pueda ser denunciado por las personas o comunidades ante el evento de verse afectados por esta actividad, para ello no es necesario probar con informes científicos que el supuesto daño puede ocurrir, lo importante es actuar bajo la lógica de protección, por lo tanto existen dos opciones:

- (i) Que el responsable de la actividad se abstenga de realizar el proyecto, teniendo como opción realizarlo en otro sitio o dedicarse a otra actividad, y
- (ii) Que el proyecto pueda realizarse, pero debiendo tomarse los correctivos anticipados que no hayan sido previstos.

Este principio es vital para precautelar no sólo el ambiente sino los derechos subjetivos de las personas, como por ejemplo los derechos culturales de una determinada comunidad indígena que eventualmente pudieran verse afectada por los efectos de una actividad industrial. El principio de precaución sirve también para precautelar el derecho a la salud de las personas cuando se corre el riesgo de que una determinada actividad ocasione daños a la salud, como por ejemplo cuando se pretende construir una fábrica de actividades petroleras o de harina de pesado cerca de un centro poblado o escuela.

La falta de información científica entonces, no es justificativo para atentar contra la naturaleza, por lo tanto es aplicable a todas las situaciones de incertidumbre.

El Tribunal Constitucional (actualmente Corte Constitucional) estableció de manera categórica que *«...,sin lugar a dudas una de las medidas de mayor importancia con respecto a la protección al derecho del medio ambiente sano, es la formulación del principio de precaución, el cual ha sido reconocido en varios instrumentos internacional, como lo es la Declaración de Río sobre*

*Medio Ambiente y Desarrollo,....que en su principio 15 estipula: Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución 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 ambiental.*²⁶

Un último comentario a tomar en cuenta es que si bien la protección del ambiente demanda el establecimiento de medidas de precaución sobre las actividades que puedan atentar contra el, sin embargo, es necesario también que se establezcan determinadas restricciones sean temporales o permanentes, especialmente en relación a ecosistemas sensibles, amenazados con la extinción de especies o graves alteraciones a los ciclos naturales. Aquí entra en escena el tema de costos beneficios, es decir la posibilidad de que los efectos de la explotación de un determinado recurso sean mayormente cuantificables que las ganancias que ese recurso reporte por su comercialización o venta. La pregunta para la reflexión sería: ¿estaría la sociedad ecuatoriana dispuesta a dejar de explotar el petróleo en el Yasuní a sabiendas de que los efectos sobre la cultura milenaria de los Pueblos Tagaeri - Taromenane, sobre la biodiversidad biológica y las especies de fauna y flora, pueden ser mayormente cuantificables que el dinero que se pueda obtener por el petróleo que se aproveche del lugar?²⁷

²⁶ Resolución 1409-2007-RA, del 02 de octubre de 2008, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional. Caso ambiental Daniel Jungal

²⁷ Según estimaciones de analistas, todo el petróleo represado en el Yasuní, representa cinco días de consumo a nivel mundial

7. Principio de responsabilidad

La protección de la naturaleza, constituye en esencia la protección del futuro de la humanidad y consecuentemente de las próximas generaciones. No serán entonces los incentivos materiales o pecuniarios los que motiven a las personas, los pueblos y nacionalidades, la protección del ambiente. Por tal razón dentro de los ejes centrales de las políticas estatales; es imprescindible promover la responsabilidad de todo actor social, para que sus actos u omisiones, cotidianos, públicos o privados sean respetuosos de los derechos del ambiente y la naturaleza.

7.1. La Responsabilidad Objetiva

La Constitución establece que *la responsabilidad por daños ambientales es objetiva*²⁸. 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*²⁹. Esto implica que los responsables de la afectación tiene 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.

De este modo, *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*³⁰. Aquí se establece un triángulo entre lo social, lo económico y lo ambiental en virtud de que lo que ha pretendido el Constituyente es que los responsables de la contaminación atiendan todos los efectos que su acción u omisión ocasionó, que no sólo queda en el daño ambiental sino que trasciende a las pérdidas económicas sobre las personas y su responsabilidad con el Estado.

²⁸ Art. 96 de la Constitución de la República

²⁹ Diccionario jurídico elemental, Guillermo Cabanellas de las Cuevas

³⁰ Art. 96 Inc. 2 de la Constitución de la República

7.2. La responsabilidad directa

*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*³¹.

Esta disposición Constitucional, traslada la responsabilidad a todos los actores de la producción a que asuman un rol de prevenir los daños ambientales, a través de mecanismos que eviten la consumación del daño. Lo que pretende es trminar con la excusas de ciertas compañías e instituciones del Estado que bajo la argumentación de que no existen las condiciones o los espacios determinados para el depósito o tratamiento de desechos domésticos o industriales, terminan depositándolos en los ríos o las quebradas sin ningún tipo de tratamiento³². Ahora los actores de la producción y las instituciones en general, deben crear mecanismos de prevención y no sólo trasladar la responsabilidad al Estado.

Entiéndase como actores de la producción: los productores, los distribuidores, los comercializadores y los consumidores. Rompe por lo tanto, con el paradigma de establecer la responsabilidad solo para el productor de la actividad contaminante.

7.3. ¿Somos responsables también los consumidores?

El señalamiento es importante debido a que en la perspectiva de economía neoclásica, el consumidor aparece en el rol del niño ingenuo y el productor en el rol del adulto informado. El consumidor como el afectado de productos contaminantes y el productor como el generador de la contaminación. En fin, el consumidor la víctima y el productor el culpable. Pero no son acaso también los consumidores de muebles fabricados con madera extraída del Yasuní, responsables de la desertificación del Parque debido a que generan demanda de estos productos?, o aquellos consumidores de vehículos que a sabiendas de la contaminación que representa para la salud el aumento del parque automotor, circulan sus vehículos sin ninguna responsabilidad ambiental? ¿O los consumidores de productos bioquímicos

³¹ Art. Art. 396 Inc. 3 de la Constitución de la República

³² Un caso condenable fue el ocurrido con el Cantón Portovelo de la Provincia de El Oro, en donde el Municipio arrojaba la basura al río Amarillo, argumentado que no existía otra forma de desechar los desperdicios de la ciudad.

importados que atentan contra la producción local de los agricultores y la soberanía alimentaria nacional?

La responsabilidad entonces, no recae solamente en el productor o proveedor de la mercancía sino que debe vincularse al consumidor, un consumidor que debe desde luego, estar lo suficientemente informado para decidir sobre la compra de un producto del mercado que en ocasiones puede ser un bien producido de forma ilegal o con materiales ilegales. Por lo tanto, el principio de responsabilidad expuesto en la Constitución, responde a una nueva percepción que concentra la responsabilidad ambiental tanto en los productores, los comercializadores y los consumidores, de tal forma que respondan ante una eventual problemática ambiental sin tener que ser solamente victimizados.

7.4. La responsabilidad de los funcionarios públicos

Un aspecto importante de resaltar en el nuevo marco Constitucional, es que establece que *«la responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental»*³³. La importancia radica en que hemos sido testigos que, por la falta de diligencia y control adecuado de parte de las autoridades, se han provocado daños ambientales, que no han recibido sanción para los responsables que estando en la obligación de exigir que se tomen medidas correctivas, no lo hicieron por negligencia u omisión. Ahora, con la nueva Constitución, estos funcionarios tendrán que responder civil, administrativa y penalmente, cuando los daños provocados al ambiente, hayan tenido como causa, la falta de control.

Aunque la Constitución no lo establece de forma expresa, se entiende que dicha responsabilidad también es Inter-generacional estableciendo que la vida del ser humano en la tierra debe redefinirse de cara a su relación con la naturaleza, pues de esta relación depende la vida en el planeta. *«Ya no podrá ser más, la noción del «progreso» degradante de los recursos naturales, de los ecosistemas y ciclos vitales el que prime, sea cual sea el sistema o modelo económico que se adopte. Es por ello, que el uso de recursos que la naturaleza provee debe ser utilizado con responsabilidad generacional, con lo necesario para el sustento humano, con lo imprescindible para una vida digna y armónica con el entorno social y natural. Un buen vivir que explicita el respeto a los ciclos vitales y los ecosistemas»*³⁴.

³³ Art. 397 Constitución de la República

³⁴ Observaciones de la Asambleísta Gabriela Quezada a la propuesta inicial de los Derechos de la Naturaleza, 2008

8. Principio de restauración integral

Este es un principio que establece *«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»*.

Para mayor comprensión del principio, podríamos hacer una analogía entre el principio de restauración integral para los daños ocasionados al ambiente, y el principio de reparación integral para los daños contra las personas. El principio de reparación integral, es un término que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido utilizando para la resolución de los casos sometidos a su conocimiento, en los cuales se establecen responsabilidades de reparación en contra de los Estados para cumplir con sentencias integrales que se conviertan en mecanismos idóneos de responder por los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas, por violaciones a los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Este principio antropocéntrico, ha sido utilizado también por el Constituyente para determinar las condiciones en las cuales debe realizarse la reparación de los daños ambientales. Lo que se pretende con este principio es que *«la reparación debe en posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiere existido si aquel acto no hubiese sido cometido»*.³⁵

Esta afirmación, evidencia que la reparación supera la lógica pecuniaria, es decir la mera indemnización y, por lo tanto, incluye otras formas reparatorias tales como: la restitución, rehabilitación y las garantías de no repetición. Nuestra Constitución, lamentablemente no desarrolla esta variable de no repetición de los hechos que ocasionaron la violación al derecho al ambiente sano, que hubiera sido importante en vista de que las garantías de no repetición incluyen algunas medidas que hacen efectiva que la vulneración no se produzca en otro tiempo sea con los mismos actores o con otros.

Sin embargo al establecerse el principio de restauración integral, obliga que los operadores de justicia y funcionarios públicos, tomen algunas medidas para

³⁵ Alejandro Kawabata, autor del texto «Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos», publicado por la organización argentina CELS en 1997.

garantizar que la restauración del ambiente, cumplan con los parámetros de integralidad. Por ejemplo que se refieran a:

- a. La cesación de la violación;
- b. La verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad;
- c. El dictado de una sentencia o resolución declaratoria a favor de los afectados;
- d. Una disculpa y reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad;
- e. La sanción a los responsables del daño ambiental o la violación del derecho;
- f. La conmemoración de homenaje y reconocimiento a los afectados sea personas o la naturaleza misma;
- g. El abordaje de los temas de daño ambiental en planes de estudios;
- h. La toma de medidas para prevenir que no se repita dicho daño, etc.

Lo importante de este principio, es que supera la visión antropocentrista y pecuniaria de la reparación, de tal manera que la reparación atienda a todos los elementos afectados, al respecto el Tribunal Constitucional en la causa 0535-2007-RA ha dicho que: *«la indemnización económica que han recibidas personas afectadas, por la contaminación del medio ambiente en nada soluciona realmente el problema que es la afectación a la salud de las personas y de vivir en un ambiente sano y libre de contaminación..»*, *«...el derecho a la vida, la integridad personal, el derecho de vivir en un ambiente sano, a una calidad de vida que asegure su salud; a no dudarlos estos derechos tienen una profunda significación para garantizar el futuro de la especie humana»*.

En el capítulo que se refiere a los derechos de la naturaleza también existe la parte pertinente a la restauración integral, de forma categórica se señala en el Artículo 72 que *«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»*. Por lo tanto, sólo mediante la restauración de los ecosistemas, podría cesar la responsabilidad de los contaminadores sobre el ambiente y la naturaleza.

Respecto del papel del Estado, se establece que *«En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.* Estos mecanismos eficaces tendría que desarrollarlos la ley, pero me permito establecer algunos, como por ejemplo: Regular momentáneamente el grado de producción, declarar moratorias a la producción, suspender momentáneamente la producción, cambiar el sitio donde se encuentra instalada la responsable de la contaminación, etc.

Siendo que la restauración ha sido definida como *el retorno a su condición original de un ecosistema o población deteriorada*³⁶, es muy difícil que se logre dicho propósito, pero por lo menos la meta está cruzada y sólo la exigencia y practica continua, nos dará la posibilidad de medir si en algún caso se podrá lograr al menos un retorno del 80% a las condiciones originales que existieron en los ambientes antes del desastre ambiental.

³⁶ Glosario de definiciones de la Ley de Gestión Ambiental

9. Principio de imprescriptibilidad

Una Acción prescribe cuando el tiempo que determina la Ley para ejercerla, ha caducado. El concepto de imprescriptibilidad es un principio que ha venido operando para dejar sin efecto algunas acciones de carácter civil o penal que por su naturaleza tienen un tiempo determinado para ser exigibles, así por ejemplo una letra de cambio sólo puede exigirse su cobro en cinco años, pasado dicho tiempo el Juez debe considerar la acción como improcedente por haber prescrito el tiempo para ejercer el derecho. Otra ejemplificación, nos otorga el campo penal, en el cual, las acciones por delitos pueden prescribir en cinco y diez años, dependiendo la pena que conlleve la acción delictiva, después de dicho tiempo, las personas afectadas por acciones penales no podrán presentar denuncias pues éstas ya no tendrán validez procesal.

Los ejemplos anteriores son sobre reglas generales de la prescripción, pues existen otras acciones que son imprescriptibles, es decir que los perjudicados o el poder público pueden ejercer en cualquier tiempo. Estas excepciones se han establecido para no dejar en la impunidad algunos delitos cometidos por personas o corporaciones que por su falta de sanción se convierten en formas de impunidad y denegación de justicia a las víctimas. Sobre todo estas excepciones a las reglas de prescripción se han previsto para aquellos delitos considerados perjudiciales a los intereses colectivos o generacionales que invaden un campo más allá de lo privado y que ponen en riesgo la paz y la existencia de la vida misma.

La ciencia del Derecho, sobre todo el Derecho Internacional, ha venido desarrollando algunas acciones de imprescriptibilidad para determinados delitos, tales como los delitos de lesa humanidad, de genocidio, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, delitos que son tremendamente inaceptables. Estas excepciones de prescripción, se establecieron en nuestras Constituciones anteriores.

La actual Constitución avanza en la determinación de otras acciones a las cuales considera imprescriptibles, establece por ejemplo que *«los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles»*³⁷. En este contexto, la Constitución vigente, declara también que *«Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles»*³⁸.

Existió un rechazo de los grupos de poder económicos que explotan los recursos naturales respecto a la vigencia de este principio, al que llegaron a considerar como extremista y de innecesaria aplicación.

Sin embargo, hay algunos casos en los que los delitos contra el ambiente han provocado alarma social, y han atentado incluso contra la vigencia de la existencia misma del ser humano, lo que seguramente motivó a que los Constituyentes incorporen la imprescriptibilidad para aquellas acciones por daños ambientales. Las heridas en el Oriente Ecuatoriano por la contaminación de Texaco y otras empresas que han provocado numerosas devastaciones a lo largo de su historia³⁹, así como la responsabilidad de aquellos que fraudulentamente otorgan permisos y falsifican documentos para liberar de responsabilidad a las transnacionales o empresas nacionales con comportamientos anti éticos, no deben quedar en la impunidad.

Por lo tanto el principio de imprescriptibilidad opera precisamente para evitar que haya impunidad respecto a estos hechos que comprometen la existencia de pueblos enteros, tal cual como ha sucedido con las poblaciones afectadas por las petroleras y mineras. En virtud de la imprescriptibilidad, las personas, en cualquier tiempo, bajo cualquier régimen democrático, pueden presentar acciones para la reparación del daño ambiental, así mismo la justicia está obligada a conocer y establecer las sanciones a los responsables que estén acabando con espacios de vidas diversos.

³⁷ Art. 233 Inc. 2 Constitución de la República 2008

³⁸ Art. 396. Ultimo Inc. Constitución de la República 2008

³⁹ Durante más de un cuarto de siglo, hasta 1992, la empresa petrolera Texaco vomitó impunemente dieciocho mil millones de galones de veneno sobre tierras, ríos y gentes.

10. Principio de información

Toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que pueda producir impactos ambientales. Para ello podrá formular peticiones y deducir acciones de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes⁴⁰.

Este principio se refiere a que en toda actividad que suponga un riesgo al ambiente, la ciudadanía tiene el derecho de conocer los detalles del proyecto, al mismo tiempo esta hipótesis supone una obligación de quien vaya a realizar la actividad, de informar mediante todos los medios posibles y adecuados, sobre los impactos, sean estos positivos o negativos que conlleve la realización del proyecto en cuestión.

Debe dársele mucha relevancia al tema de la información porque es a partir de allí en donde se pueden empezar a generar inquietudes, dudas, propuestas y exigencias respecto de los impactos que la actividad pueda ocasionar. Por lo tanto la información tiene que ser completa, veraz, oportuna y estar al alcance de la comunidad. Cualquier acción que limite el acceso a la información debe ser denunciada y tomada en cuenta para que la autoridad tome medidas que conlleven a la plena realización de este derecho.

No se debe pasar por alto que el acceso a la información es un derecho constitucional que debe ser proporcionada por los responsables de la actividad, sean éstos públicos o privados, y garantizada por las instituciones del control ambiental del Estado, en este caso por el Ministerio de Minas y Petróleo y Ministerio de Ambiente. Esta obligación se debe a que por mandato Constitucional, toda información que se genere en entidades públicas o privadas que manejen fondos públicos, son de carácter público.

Respecto a los procesos de explotación petrolera es relevante indicar que los responsables de ejecutar la actividad en las diferentes fases de explotación petrolera están en la obligación de proporcionar la información públicamente, antes de

⁴⁰ Art. 29 de la Ley de Gestión Ambiental

aprobarse el estudio en referencia. Un mecanismo adecuado para tener la información completa sobre el proyecto es poder tener acceso a copias del estudio de impacto ambiental o plan de manejo, de esta forma se hace más fácil realizar el seguimiento de las actividades.

El acceso a la información posibilita a las personas opinar con propiedad y veracidad contribuyendo de tal modo al debate público de las ideas que es garantía esencial del sistema democrático. Les permite además investigar los problemas en los que puede verse inmersa la comunidad, controlar la conducta ambiental de los actores de la producción y participar en el diseño del estudio de impacto.

Ante el evento de presentarse una situación contraria al principio de información pública, las personas pueden solicitar al Ministerio de Minas y Petróleos, la información pertinente, mediante una petición de información pública, en donde conste que ha existido un incumplimiento de esta obligación de parte de la empresa responsable de la actividad. Los funcionarios deben actuar con celeridad ante estos pedidos, pues el no poseer información de forma oportuna supone dejar a la persona o comunidad perjudicada en una situación de indefensión.

La producción de información es un presupuesto previo a la exigibilidad del derecho «a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano». Gran parte de los casos jurisprudenciales en materia ambiental no se refieren estrictamente a la prohibición de medidas que se sabe a ciencia cierta causarán un daño al medio ambiente, sino más bien a situaciones en las que el litigante cuestiona la falta de información al respecto de los potenciales efectos ambientales de la realización de una medida determinada.⁴¹

Víctor Abramovich cita un caso interesante resuelto por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en el que la necesidad de información previa al ejercicio de un derecho se extiende a la protección de la vida privada y familiar. *En el caso «Guerra», el Tribunal—pese a interpretar de modo estrecho la libertad de información—, decidió que el Estado italiano había violado el derecho a la vida privada y familiar, por no proveer a los damnificados «de información esencial que les hubiera permitido evaluar los riesgos que ellos y sus familias corrían si seguían viviendo en Manfredonia, ciudad particularmente expuesta a los peligros de un eventual accidente en la fábrica» (de fertilizantes). La Corte Europea decide, entonces, que el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar no sólo requiere una abstención de injerencia por*

⁴¹ Derecho a la Información como derecho humano, Abramovich Víctor, director del Programa de Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del CELS, profesor de la Maestría de la Universidad de Palermo.

*parte del Estado, sino también el deber de producir y hacer conocer información sobre afectaciones al medio ambiente que pudieran provocar un perjuicio cierto al ejercicio de ese derecho. Cumplida esa obligación, son los particulares quienes deben decidir el lugar de su residencia, teniendo en vista los peligros o molestias a los que puedan verse enfrentados*⁴².

Dentro de este principio debemos tomar en cuenta el ejercicio del acceso de la información de las personas, según el cual la información que se genera en el Estado, es pública, por lo tanto los ecuatorianos tienen derecho a conocerla. No obstante esta disposición, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece en el Artículo 7, una lista de la información de naturaleza obligatoria que las instituciones del Estado que conforman el sector público y las instituciones privadas que realicen servicios públicos o manejen fondos públicos, deben difundir a través de un portal de información o página web. Lo curioso de este conjunto de información que se entiende pública, es que se refiere a cuestiones de carácter estructural de las instituciones, pero no se hace pública la información sobre las actividades que regulan dichas instituciones, por ejemplo en la web del Ministerio de Minas y Petróleos, no aparecen, por ejemplo, los estudios de Impacto Ambiental para actividades hidrocarburíferas, los contratos de explotación petrolera, y otra información que si es relevante para la población.

⁴² Ibidem

11. Principio contaminador – pagador

Este principio establece que el contaminador debe pagar los costos de las medidas necesarias para reparar los daños ambientales, producto de la actividad por él desarrollada, hasta alcanzar los niveles ambientales aceptables establecidos por las autoridades públicas.

Nace de la Declaración de Río, en cuyo principio Número 16 establece que: *"Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales"*.

El principio, no es fácilmente ejecutable, en virtud de que existen algunos cuestionamientos respecto a quien es el que realmente se beneficia de la contaminación, acaso es sólo el productor? O también el consumidor?, que a sabiendas que el producto que él consume ocasiona daños al ambiente, lo compra y genera la demanda del mismo?. Adicionalmente, este principio tiene mucha relación con las situaciones económicas de las empresas, por ejemplo, una empresa cuyo costo por contaminar es relativamente alto, se verá en la necesidad de actuar ilegalmente o desarrollar procesos de producción mediocres.

También se cuestiona este principio desde la óptica de que hasta el momento no existen indicadores que permitan otorgar un valor económico a los daños ambientales, por ejemplo en la explotación de petróleo en la Amazonía, no existe un mecanismo que valore el costo que las petroleras deban pagar por la pérdida de la biodiversidad ocasionada por los derrames de petróleo, por ejemplo, ¿cual es el costo que debe asumir la empresa OCP por el derrame ocurrido en Santa Rosa?

Existen determinados instrumentos que se aplican para prevenir o remediar el daño causado, que representan un costo para el contaminador, por ejemplo, existen las normas de calidad, los planes de prevención, planes de descontaminación, normas de calidad, normas de emisión, etc. que representan un costo para la empresa que la aplica, pues reduce la capacidad productiva o incrementa los costos de producción de sus servicios por la implementación de técnicas preventivas o reparadoras del

ambiente, por ejemplo la construcción de cunetas periféricas, equipos de disminución de ruidos, etc. También la Ley de Hidrocarburos establece el principio contaminador –pagador, en el Artículo 90, al señalar que si se incumpliera de forma reiterada o se omitiera el cumplimiento de los requerimientos ambientales de la secretaria de protección ambiental, se iniciará un proceso de sanción, que puede llegar hasta a suspensión de la licencia ambiental.

Nuestra Constitución dispone que *«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»*.

Es importante este avance Constitucional, debido a que establece la responsabilidad objetiva, que a diferencia de la legislación anterior donde primaba la subjetividad y que suponía un proceso para determinar si el contaminador era responsable por su acción, omisión, dolo o culpa, ahora establece la veracidad del daño y la acción inmediata de quien la ocasionó, que conlleva no sólo a la remediación del ambiente sino al pago de indemnizaciones.

En el Ecuador el principio pagador contaminador se ha incorporado a través del establecimiento de tasas sobre productos, tasas por permisos administrativos, los permisos transables o comercializables y los subsidios, existen sistemas de multas, pero en la práctica son muy poco aplicables, debido a que no existe una conciencia ambiental de los daños y la ciudadanía aún no ha dado un seguimiento estricto, lo que ha ocasionado que muchos procesos de sanción y multa queden sólo en la etapa de apertura de sumarios.

Otra forma de hacer realidad este Principio, es el mecanismo de compra de bonos de carbono, establecido en el Protocolo de Kyoto para la eliminación de gases de efecto invernadero. A través de este mecanismo, se pretende que los Estados que están obligados a reducir sus emisiones de carbono, puedan compensar económicamente a los países que mantengan emisiones por debajo del cupo, mediante la compra de bonos por la no contaminación. Este mecanismo sin embargo tiene sus cuestionamientos debido a que se entiende que los países entran en el juego de pagar por contaminar, dejándose de lado el aspecto principal de la problemática ambiental, que es atacar el problema desde su origen, a través del control de emisiones.

SECCIÓN II

GARANTÍAS PARA LA PROTECCION AMBIENTAL

1. Acción pública para ejercer las Acciones

Las garantías son los recursos con que los textos Constitucionales aseguran a todos los individuos y ciudadanos el disfrute y el ejercicio de los derechos que ella determina. En el análisis sobre el Derecho Ambiental, hemos visto en la sección anterior que la Constitución establece algunos principios sobre los cuales debe construirse la legislación secundaria, y que deben ser acatados por todas las personas y funcionarios en los ámbitos público, administrativo, judicial y/o Constitucional. A continuación me referiré a los mecanismos de Garantías que la Constitución establece en materia ambiental para afianzar el cumplimiento de los principios ambientales, de tal forma que su estipulación no quede en la retórica o letra muerta, sino que tenga un ejercicio pleno y material de parte de todos los actores, incluida la ciudadanía en general.

En vista de que la preocupación por la conservación de los ecosistemas, es una materia que corresponde a todos y todas, no tendría un efecto practico, si se restringiera a la comunidad o a las personas, el ejercicio de las acciones para lograr este fin. En este sentido la Constitución establece que con el objeto de garantizar el derecho a vivir en un ambiente sano, el Estado se compromete a *«Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental»*.

El termino «cualquier persona» es totalmente amplio, se refiere a la posibilidad de que eventualmente un ciudadano que habite en poblaciones geográficamente distantes del lugar donde ocurrió la afectación, puede presentar una acción para obtener el respeto al derecho de vivir a un ambiente sano, sin necesidad de que tenga un interés directo en dicha acción. Siempre se ha sostenido que el Derecho al ambiente es un derecho difuso, es decir que ante sus violaciones no se pueden determinar con precisión los perjudicados, pues al ser el ambiente el sistema global donde habita el hombre y los demás seres del planeta, podríamos llegar a determinar

que incluso lo que sucede en Ecuador causa daño a los habitantes de Europa, Japón y otras latitudes del planeta.

Precisamente este carácter de derecho difuso, en donde existen intereses homogéneos y de naturaleza indivisible, cuyas titulares son grupos indeterminados de individuos ligados por circunstancias comunes es el que ha permitido el desarrollo de principios y criterios que garantizan que para presentar las acciones, lo puede realizar cualquier persona que considere que su derecho a un ambiente sano se ha visto o corre el riesgo de verse vulnerado.

Existen algunos criterios de funcionarios judiciales que bajo la lógica civilista tratan de restringir esta garantía de acción popular. A través de fundamentos restrictivos que han querido poner en entredicho lo que en Derecho conocemos como la legitimación activa, esto es la capacidad que la ley confiere a una persona para presentar acciones en una sede administrativa o judicial, o ser considerado como parte de ellas, en defensa de intereses propios o de la colectividad. Algunos funcionarios han limitado el ejercicio de esta acción bajo el argumento de que *el demandante no ha demostrado la calidad de poseionario o propietario de la propiedad sobre la cual reclama determina remediación, o que tampoco ha justificado en su demanda ser representante de la persona jurídica a nombre de quien comparece o que la colectividad a la cual dice pertenecer no tiene ningún registro jurídico de su existencia.*

Ante estos criterios, El Tribunal Constitucional ha establecido que «para el ejercicio de las acciones correspondientes en el campo ambiental se ha otorgado legitimación activa o aptitud para ser parte en un proceso concreto a los ciudadanos, grupos determinados y organizaciones; vale decir, están habilitados para presentar acciones sin necesidad de mostrar un interés personal y directo en el daño ambiental producido contra el ilícito contra el cual reclama.»⁴³. Este principio por lo tanto debe ser aplicado por los Jueces de forma primaria sin que existan o argumenten restricciones o requisitos de cualquier naturaleza, que ponga en entredicho, este derecho constitucional, pues lo estaría limitando. En este análisis, el Tribunal Constitucional, establece que «..Por tanto el fundamento de la negativa del Juez de Instancia de que el accionante no demostró en el proceso ser el dueño o estar en posesión de la finca contaminada por petróleo de la Estatal Petroproducción, carece de fundamento, pues este requisito no es indispensable para ser legitimado activo de una acción de amparo constitucional, ya que la preservación del medio ambiente es de interés público, conforme lo explicamos.⁴⁴

⁴³ Resolución No. 0535-2007-RA, Segunda Sala del Tribunal Constitucional, caso Ángel Nájera contra Petroproducción

⁴⁴ Ibidem.

La legislación secundaria también establece de forma transversal la acción popular para presentar acciones por el derecho al ambiente sano, así, la Ley de Gestión Ambiental en el Artículo 41 determina que *«Con el fin de proteger los derechos ambientales individuales o colectivos, concédese acción pública a las personas naturales, jurídicas o grupo humano para denunciar la violación de las normas de medio ambiente, sin perjuicio de la acción de amparo constitucional previsto en la Constitución Política de la República»*. Es decir que cualquier ciudadano puede interponer acciones de diversa índole, sean estas administrativas, penales o constitucionales para el ejercicio de los derechos ambientales, acciones a las que me referiré con mayor detalle en el último capítulo.

Además de la Acción de reclamo directo, «toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, que se inicien por infracciones de carácter ambiental, aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos»⁴⁵. Esta disposición es importante debido a que existe la posibilidad de que dentro de un proceso, un tercero pueda aportar con elementos de carácter científico, técnico, legal o de otra índole, sin necesidad de obtener una autorización de los demandantes o demandados, en virtud de que bajo este principio de acción pública, puede solicitarse al juez o autoridad administrativa que conozca la causa, ser escuchado al respecto. Así se establece dentro de la Acción de Protección, *«Quien tuviere un interés legítimo, debidamente justificado en el resultado del proceso, podrá intervenir en él como tercero interesado»*⁴⁶. En relación a las demandas por Inconstitucionalidad de los Actos o Normas que se contrapongan a los derechos ambientales establecidos en la Constitución, el Instructivo de la Corte Constitucional para el período de Transición establece la posibilidad de que *«cualquier ciudadano coadyuve con la demanda de inconstitucionalidad de las normas o las defienda, remitiendo su opinión a la Corte Constitucional»*⁴⁷.

1.1. Petición de medidas cautelares

Dentro de las acciones legales que interpongan las personas para la protección del ambiente, se pueden solicitar medidas cautelares, estas medidas tienen como objetivo impedir que los actos que violen derechos lleguen a consumarse y provocar daños

⁴⁵ Art. 42 de la Ley de Gestión Ambiental

⁴⁶ Art. 44 (literal f) de las Reglas de Procedimiento de las Competencias de la Corte Constitución para el Período de Transición.

⁴⁷ Art. 27 (Inc. segundo) Ibidem.

irreparables, por lo tanto tienden a suspender momentáneamente la realización de un acto o hecho que ponga en peligro la vigencia del derecho en cuestión. En el caso ambiental, existen algunas medidas cautelares que las autoridades pueden disponer para impedir de forma urgente la consumación o la continuidad del daño ambiental. Aquí señalo algunas de ellas:

- Suspensión temporal de la actividad contaminante
- Regulación de la Producción
- Suspender provisionalmente los efectos de un determinado Acto administrativo de naturaleza ambiental
- Suspender el uso o comercialización de productos que impliquen un atentado contra el ambiente.
- Declarar moratorias temporales para determinadas actividades (vedas)

1.2. Reversión de la carga de la prueba

Esta disposición implica que no es al denunciante a quien le corresponde probar la existencia del daño ambiental que argumenta en su demanda, sino que, por el contrario, es al causante del daño, es decir al demandado, al que le corresponde demostrar que no existe la contaminación denunciada. Mediante esta disposición, que fue criticada por la mayoría de actores empresariales, por considerarla atentatorio al derecho de inocencia, lo que se pretende es garantizar de forma material la tutela de los derechos y la responsabilidad sobre el contaminador, en razón de que las comunidades afectadas no siempre tienen los medios técnicos y económicos para probar los daños causados al ambiente. Esta disposición tiene su razón de ser en el sentido de que la responsabilidad del contaminador no se limita a la clásica responsabilidad civil subjetiva, sino que por el contrario, su responsabilidad es objetiva, tal como lo habíamos analizado anteriormente.

2. Mecanismos efectivos de prevención y control

En relación a este compromiso del Estado para garantizar el derecho al ambiente sano, debo manifestar que al *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*, nos estamos refiriendo aquellos instrumentos que permiten cuantificar y cualificar los parámetros en los cuales debe comportarse una actividad determinada.

Un mecanismo efectivo para la prevención de la contaminación ambiental, es un buen estudio de impacto ambiental, que refleje con certeza el conocimiento y la valoración anticipada de los peligros y los riesgos, para que sobre esta valoración y conocimiento se lleve a cabo posteriormente una evaluación adelantada de todo aquello que encierra peligros.

Otro mecanismo efectivo, es la evaluación periódica e independiente de los Impactos ambientales que se está ocasionando. Esta evaluación permite controlar de forma periódica los aspectos que en el estudio de impacto ambiental aparecen como de alto riesgo o de gran impacto. La Ley de gestión ambiental establece como instrumentos de aplicación de las normas ambientales los siguientes: *parámetros de calidad ambiental, normas de efluentes y emisiones, normas técnicas de calidad de productos, régimen de permisos y licencias administrativas, evaluaciones de impacto ambiental, listados de productos contaminantes y nocivos para la salud humana y el medio ambiente, certificaciones de calidad ambiental de productos y servicios y otros que serán regulados en el respectivo reglamento. También servirán como instrumentos de aplicación de normas ambientales, las contribuciones y multas destinadas a la protección ambiental y uso sustentable de los recursos naturales, así como los seguros de riesgo y sistemas de depósito, los mismos que podrán ser utilizados para incentivar acciones favorables a la protección ambiental*⁴⁸.

⁴⁸ Artículos 33 y 34 de la Ley de Gestión Ambiental

3. Regularización de producción, distribución, uso y disposición final de materiales

Para impedir que el daño ambiental se produzca, se propague o llegue a lugares insospechados, es indispensable que la autoridad ambiental o los Jueces que conozcan de acciones por estos hechos, intervengan sobre la producción, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos o peligrosos para las personas o el ambiente. Sólo a través de medidas urgentes y restrictivas que ataquen al centro del problema, se pueden generar garantías de un ambiente con calidad.

En el tema petrolero esta disposición Constitucional sobre regulaciones no está contenida en la Ley, su regulación depende del Reglamento para Operaciones Hidrocarburíferas 1215, (en adelante RAOH), en el se establecen algunas medidas que regulan la actividad hidrocarburífera en todas sus fases, lastimosamente no han sido efectivas por la ligereza y poca seriedad que le han dado las autoridades de control al tema, es importante sin embargo destacar las mas importantes, que se refieren a:

- *Límites de ruido*
- *Calidad de equipos y materiales*
- *Manejo de productos químicos y sustitución de químicos convencionales.*
- *Manejo y almacenamiento de crudo y/o combustibles.*
- *Seguridad e higiene industrial.*
- *Manejo y tratamiento de descargas líquidas*
- *Manejo de desechos en general*
- *Manejo y tratamiento de emisiones a la atmósfera*
- *Manejo y tratamiento de desechos sólidos; y,*

- *Desechos de laboratorio*

El RAOH establece que toda instalación de industrialización deberá disponer de sistemas cerrados de tratamiento de efluentes, control de emisiones atmosféricas y desechos sólidos resultantes de los diferentes procesos, los mismos que deberán cumplir con lo establecido en los artículos 28, 29, 30, 31 y 32 de este Reglamento, es decir a las mencionadas anteriormente.

4. Intangibilidad de áreas naturales protegidas

Esta medida de garantía del Estado para la vigencia de los derechos ambientales es una de las disposiciones que ha causado polémica, por las diversas aristas que contiene, las mismas que las desarrollaré a continuación.

Primeramente me permito establecer el significado del término intangible. Lo intangible es un concepto que en términos sencillos significa que no puede ser tocado, que tiene que conservarse tal como existe, de modo que no se altere su esencia o significado. Por tanto la intangibilidad es la acción mediante la cual no se puede tocar pero aun si tiene un valor ya sea económico o moral.

«Zona intangible de conservación» es una creación jurídica hecha a través de los decretos presidenciales números 551 y 552 de 1999. Sin contar con una definición jurídica precisa⁴⁹, en 1999 el gobierno ecuatoriano definió «zona intangible» como: *«espacios protegidos de excepcional importancia cultural y biológica en los cuales no puede realizarse ningún tipo de actividad extractiva debido al valor que tienen para las generaciones presentes y futuras. Por lo tanto, son zonas que no pueden ser destinadas a las actividades mineras, de extracción de madera, de colonización o cualquier otro tipo de actividad humana que pueda poner en riesgo tanto a la diversidad cultural como a la biológica que en ellas se ha desarrollado»*.⁵⁰

Ahora definamos lo que significa un área natural protegida. Un área natural protegida es un área de tierra y/o mar que están principalmente dedicado a la protección y gestión de la **diversidad biológica** y de los recursos naturales y culturales asociados y administrado a través de conductos legales u otros medios eficientes. (IUCN, 1994)

Nuestro país cuenta con 40 áreas naturales protegidas, lo que le convierte en el primer país megadiverso del planeta, tomando como referencia el número de especies por unidad de superficie. Estas áreas naturales protegidas cuentan con un

⁴⁹ El término «intangible» generalmente es interpretado de acuerdo al bien jurídico que se quiere proteger. Se ha referido como intangible tanto los bienes culturales inmateriales, como, en el caso ecuatoriano, las áreas geográficas donde se veda la ejecución de actividades extractivas.

⁵⁰ Ecuador, Presidencia de la República, Zonas Intangibles de la Amazonía Ecuatoriana (Quito, 1999), p3.

sistema de manejo a través de categorías. Por ejemplo existen las reservas ecológicas, reservas faunísticas, reservas geobotánicas, reservas biológicas, parques nacionales, refugios de vida silvestre y áreas de recreación. Estas áreas naturales se encuentran a o largo de todo el territorio nacional. Lo curioso y polémico es que precisamente, algunas de estas áreas protegidas están ubicadas en los lugares estratégicos donde existen los más apetecidos yacimientos de petróleo y minería⁵¹.

Bajo este contexto, en el marco de garantizar la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas que posibiliten un desarrollo sostenible alternativo, teniendo como paraguas el respeto a los derechos de la naturaleza, la actual constitución establece que *«Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal»*⁵².

Existe sin duda, en esta disposición, una prohibición expresa de realizar explotaciones extractivas en áreas naturales, lo cual es congruente con los convenios internacionales que el Ecuador ha ratificado a nivel internacional, respecto a la protección de áreas naturales. Vale recordar que nuestro País suscribió el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en el cual se obliga a establecer áreas de protección para la biología, además ratificó la Convención de Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional sin dejar de mencionar que en 1972, el Ecuador suscribió La Convención de Patrimonio Mundial de la Humanidad, en el cual se establece la necesidad de que los estados a nivel interno como en cooperación internacional, puedan desarrollar acciones para proteger las bellezas y monumentos naturales considerados patrimonio de la humanidad.

En contraposición a este análisis, existe dentro del mismo artículo, otra disposición que contradice la responsabilidad del Ecuador respecto a la protección de las áreas naturales, esta disposición dispone que *«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»*⁵³.

⁵¹ En efecto, el Parque Nacional Yasuní y la Reserva Faunística Cuyabeno, se encuentra dentro de los bloques 15, 16 y 17. El Parque Nacional Sangay y Parque Nacional Podocarpus, se encuentran en los lugares donde se han descubiertos los mayores yacimientos de cobre y oro.

⁵² Art. 407 de la Constitución

⁵³ Art. 407 segundo párrafo de la Constitución de la República

Existe sin duda una contradicción Constitucional y una poca claridad respecto a la determinación de los alcances del término intangible que se contrapone a la posibilidad de explotar dichas áreas cuando el Presidente o la Asamblea Nacional lo consideran de «interés nacional». Hemos visto como a lo largo y ancho de la Constitución existe una inclinación hacia el respeto de la naturaleza, a buscar un desarrollo alternativo que no siga presionando los ecosistemas de biodiversidad del país, y sobre todo a la posibilidad de desarrollar energías alternativas, sin embargo esta disposición Constitucional contrasta con dichas aspiraciones y coloca a la conservación de los ecosistemas protegidos bajo la responsabilidad del ejecutivo, que tendrá la posibilidad de declarar su explotación cuando a su criterio considere que existe un interés nacional. Además esta disposición deja en entredicho los compromisos que el Ecuador ha ratificado a nivel Internacional, respecto de las áreas consideradas de Patrimonio mundial. Si el Ecuador realizara actividad extractiva de recursos del subsuelo en áreas protegidas como el Parque Nacional Yasuní, tendría primeramente que denunciar la Convención sobre Patrimonio Mundial de la Humanidad, puesto que el Parque Nacional Yasuní, fue declarado patrimonio mundial por la UNESCO. De tal manera que el segundo inciso de la Constitución, se convierte en la camisa de fuerza para que el Ecuador, decida renunciar a los Tratados que prohíben expresamente la extracción de hidrocarburos en zonas de protección ecológica mundial⁵⁴.

El término interés nacional es muy ambiguo, cómo podemos saber si realmente existe un interés nacional?. La practica del ejercicio de poder nos ha mostrado que en definitiva quienes construyen los intereses nacionales son los discursos políticos del grupo predominante, basado en cálculos políticos, muchas veces perversos que en base a una estrategia bien pensada, generan una opinión pública favorable y crean un determinado «interés nacional».

Pese a que la Constitución prevé la posibilidad de explotar recursos del subsuelo en áreas protegidas, el gobierno tiene el deber de comprobar que el fin alcanzado por la extracción de recursos en estas áreas tiene un valor social más alto que el objeto que la demarcación del área protegida busca proteger, en vista de que la conservación ambiental es un «espacio protegido de excepcional importancia cultural y biológica».⁵⁵

Cuando el Estado actúa de manera orientada a imponer restricciones a los derechos y garantía fundamentales, su acción debe perseguir un «objetivo legítimo en una

⁵⁴ El Programa del Hombre y la Biosfera de la UNESCO , determina que la Explotación de hidrocarburos, quedaria e rigor, excluida de las zonas de conservación ecológica por su carácter insostenible

⁵⁵ Presidencia de la República, *Zonas Intangibles de la Amazonia Ecuatoriana* (Quito, 1999), p. 3.

sociedad democrática,» lo que es, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una condición para establecer restricciones admisibles en los derechos fundamentales, como el de propiedad:

*«Toda medida de restricción debe ser necesaria para la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática, de conformidad con el propósito y fin de la Convención Americana. Por lo tanto, es necesario analizar la legitimidad de la utilidad pública y el trámite o proceso que se empleó para perseguir dicho fin».*⁵⁶ ... Las razones de utilidad pública e interés social a que se refiere la Convención comprenden todos aquellos bienes que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática. De manera análoga al interés social, esta Corte ha interpretado el alcance de las razones de interés general comprendido en el artículo 30 de la Convención Americana (alcance de las restricciones), al señalar que «[e]l requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del 'bien común' (artículo) 32.2 [de la Convención]], concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es 'la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad' (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerandos, párr. 1).» Asimismo, este Tribunal ha señalado que los conceptos de «orden público» o el «bien común», derivados del interés general, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las «justas exigencias» de «una sociedad democrática» que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.⁵⁷

Conforme al análisis anterior, el calificativo de «interés nacional» debe ser lo suficientemente fundamentado por el Presidente de la República, para que sea calificado posteriormente por la Asamblea Nacional, que al mismo tiempo, debe fundamentar las causas de su aprobación, incluida la posibilidad de someterla a consulta popular. Sin embargo vemos que estos mecanismos lo que tratan es de seguir colocando al individuo como decidor de lo que se haga con la naturaleza, sin respetar el derecho que ella tiene a que se respete el desarrollo de sus ciclos vitales. En este contexto, hay que resaltar que en cumplimiento estricto de la Constitución, dentro de la áreas declaradas intangibles en las cuales habiten Pueblos Indígenas no contactados, como es el caso del Parque Nacional Yasuní, en donde habitan los pueblos Tagaeri Taromenane, esta vedada todo tipo de actividad extractiva.

⁵⁶ Caso *Salvador Chiriboga* (Ecuador - 2008), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) No. 179, párr. 75.

⁵⁷ *Id.*, par. 73-75.

5. Sistema nacional de prevención de riesgos y desastres

En el marco de la prevención de los riesgos y desastres que puedan ocasionar daños a la salud y al ambiente, el estado se compromete a *«Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad»*.

Este principio esta dirigido para aquellos eventos o fenómenos naturales que no son atribuibles a la acción directa del hombre, como los tsunamis, inundaciones, sequías, terremotos u otros fenómenos naturales, pero que sus efectos podrían ocasionar daños irreparables a las personas o al ambiente, de no tomarse las medidas de prevención necesarias.

Para el logro de estos objetivos, primero debe establecerse un verdadero Sistema Nacional de Prevención de riesgos y desastres que esté articulado en un nivel transversal a todas las instituciones del Estado. Este sistema debe generar las políticas de prevención en los diferentes niveles de construcción, desde la planificación, hasta la ejecución y evaluación. Con la plena participación de la ciudadanía.

Actualmente, este sistema de prevención está funcionando a través del Sistema Nacional de Defensa Civil, el mismo que planifica, coordina, dirige y evalúa las actividades de todo orden, destinadas a prevenir a la población sobre los efectos que pudieran causar fenómenos de cualquier origen en forma permanente.

6. Consulta previa

El Art. 398 de la Constitución establece que *«Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta»*.

Respecto a los derechos de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas establece que se reconoce y garantizará *«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»*⁵⁸. Establece que *«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»*.

6.1. La consulta previa: Para Pueblos Indígenas y para Comunidades afectadas en general

La consulta previa la podemos enfocar y definir, desde distintas perspectivas, por ejemplo, desde una lógica indígena podemos decir que es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas de poder decidir sobre medidas (judiciales o administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.

Desde una mirada mestiza, la consulta previa es un proceso de carácter público, especial y obligatorio, intercultural e interinstitucional, en el caso ecuatoriano, es un proceso que está circunscrito a la protección ambiental, comprende no sólo a las poblaciones indígenas sino también a la ciudadanía en general, lo que genera una

⁵⁸ Art. 56 Num. 7 de la Constitución de la República 2008

complejidad interpretativa pues ha de considerarse que la consulta a la comunidad⁵⁹ está en el mismo rango que aquel derecho específico que hace referencia a las comunidades de las nacionalidades indígenas.

La Constitución establece dos categorías de consulta: la primera que se refiere a la consulta previa para la protección de un derecho difuso, como es el ambiente, ejercida por la ciudadanía en general; y, la segunda que hace referencia a la consulta para actividades de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren en territorios indígenas.

Para la primera categoría, se entiende que el constituyente, al instituir el término «toda decisión», quiso otorgar un concepto amplio para que todo aquello que se decida desde el poder público y pueda afectar al ambiente deba ser consultado y no sólo se limite a los grandes proyectos de explotación, en donde los efectos, son desde luego visibles. Por lo tanto existen diversas decisiones del poder público sobre las cuales debe realizarse de forma obligatoria una consulta previa a la comunidad en general, que van desde las decisiones acerca de la construcción de un relleno sanitario, la instalación de una torre eléctrica, la construcción de una gasolinera, la autorización para ingresar productos genéticamente modificados, la apertura de una cantera, hasta la explotación de una mina o un campo petrolero.

Para la segunda categoría, se establece que debe consultarse de forma obligatoria a los Pueblos y Nacionalidades Indígenas, cuando dentro de sus territorios, se pretenda explotar recursos del subsuelo, es decir, la consulta previa para Pueblos Indígenas, sin menoscabo de que puedan participar en los procesos de consulta sobre las demás materias mencionadas anteriormente, deben de forma específica y obligatoria, ser consultados, cuando el fin sea explotar los recursos no renovables que se hallen en sus territorios. Además, otra situación que le diferencia a la consulta Previa para Pueblos Indígenas, de la consulta a comunidades mestizas, es que en el caso de las nacionalidades indígenas, el grado de impacto a tomar en cuenta para ser consultados, no sólo se refiere a lo ambiental, sino también a lo cultural, cuando el determinado proyecto signifique una afectación a los aspectos culturales de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Esto nos da una pauta de que, en los procesos de consulta, no pueden utilizarse los mismos mecanismos para una comunidad mestiza que para una comunidad

⁵⁹ Entendida ésta como cualquier conjunto de personas integradas por circunstancias geográficas, culturales, sociales, etc.

indígena. Primeramente porque en el rango de derechos sobre esta materia, los Pueblos Indígenas tienen una categoría del respeto a los derechos mucho mayor, debido fundamentalmente a que además de los derechos garantizados por la Constitución, los Pueblos Indígenas tienen otros derechos reconocidos también en el Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. En segundo lugar, los aspectos socio - culturales, territoriales, lingüísticos, etc, que giran en torno a la lógica de vida de las comunidades indígenas, es totalmente diferente a la mestiza, por lo tanto la metodología de consulta debe tomar en cuenta estas variables, de modo que los resultados del proceso de consulta no sean simplemente redactados según la interpretación del relacionador comunitario o funcionario público, que esté a cargo del proceso.

6.2. ¿Quién debe realizar la consulta Previa?

Según la Constitución, el sujeto consultante, es decir, quien debe realizar la consulta Previa, es el Estado. Se entiende que el Estado es un concepto abstracto, que se refiere a toda la institucionalidad formal de la organización social del país. Para efectos de la consulta Previa debemos entender que quien realice la consulta deben ser las instituciones del Estado responsable de las diversas materias a su competencia, por ejemplo: de tratarse de la construcción de una central hidroeléctrica, el sujeto consultante deberá ser el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable a través del CONELEC, conjuntamente con el Ministerio de Ambiente; si se tratara de explotación hidrocarburífera o minera, deberá realizarlo el Ministerio de Minas y Petróleos, conjuntamente con el Ministerio de Ambiente.

Un riesgo que existe y que en alguna medida ya se han presentado casos concretos, es el que no sea el Estado quien realice de forma directa, este proceso de consulta, sino que debido a las actuales condiciones de subcontratación que le ha caracterizado al Estado, en el desarrollo de sus diversas actividades, sean empresas de prestación de servicios, quienes realicen esta labor y transmitan la información a los entes estatales, para su respectivo pronunciamiento, lo que desde luego, no le exime al Estado de su responsabilidad directa, pero si es una forma de terciarizar la información y el diálogo, lo que podría ocasionar una complicación y limitaría la obligación estatal de dar la cara a la ciudadanía en los procesos de consulta.

6.3. ¿Quiénes deben ser consultados?

Todas las comunidades y los ciudadanos sobre los cuales se establezca una afectación directa o indirecta, por la decisión que se vaya a adoptar o el proyecto de explotación de recursos que se piense realizar, deben ser consultados, esto incluye, a las comunidades indígenas, campesinas, negras, pueblos montubios, asociaciones, comités barriales, etc.

Nuestra sociedad ha adoptado diversas formas de organización social, existen comités pro mejoras, juntas barriales, asociaciones de Mujeres, de jóvenes, asociación de ayuda mutua, comunas, centros, etc. En algunas poblaciones quienes tienen la representación legal de la comunidad suele ser el presidente del Comité Barrial, el presidente de la comuna o del centro. Es importante que se tome en cuenta si la organización con la que se vaya a tener contacto para canalizar los diálogos y criterios, sea la que tenga la mayor representatividad y legitimidad de la comunidad afectada, esto debido a que en algunos casos, los que deciden sobre la consulta suelen ser pequeños grupos que no tienen el aval del resto de los afectados directos e indirectos.

El Tribunal Constitucional en el fallo sobre el Amparo presentado por la Federación Shuar del Ecuador FIPSE en contra de la empresa Arco Oriente Inc.⁶⁰, determinó entre otras cosas que:

- «1. La recurrida no se acercará a individuos u organizaciones de base dentro y fuera del territorio de la FIPSE sin la debida y legítima autorización de la Asamblea de la Federación a través de su directiva;
2. La prohibición a la recurrida para promover acercamientos o reuniones con la intención de dialogar con cualquier individuo, centro o Asociación perteneciente a la FIPSE, sin que tenga debida y legítima autorización de la Asamblea de la Federación a través de su directiva»

Por tal razón la consulta debe ser amplia, en donde participe todo el conjunto de organizaciones, asociaciones y personas que consideren que sus derechos o su ambiente se pueda ver afectado, de modo que los criterios de la ciudadanía y las comunidades indígenas sean integrales, y no sólo atiendan a intereses de ciertos grupos. En el caso de los Pueblos Indígenas, la consulta debe ser realizada a la organización legítimamente reconocida por la nacionalidad afectada o por un determinado grupo o miembro de ella.

⁶⁰ Caso 994-99-RA Tribunal Constitucional

Frente a todo proyecto que genere impactos ambientales, la consulta previa aparece entonces como un mecanismo que tiende a obtener de las poblaciones afectadas, sus opiniones respecto a lo que dentro de sus territorios se pretende ejecutar, pero en algunos casos (por no decir en la mayoría) el proceso de consulta es inadecuado puesto que no toma en consideración los aspectos socio - culturales, lingüísticos, etc, que giran en torno a la lógica de vida de las comunidades afectadas, en especial las indígenas, por lo que sus resultados son redactados según lo interprete el relacionador comunitario o funcionario público, lo que desata un conflicto entre el ejecutor de la propuesta y la comunidad.

Por lo tanto este mecanismo de participación se convierte en un derecho constitucional colectivo y un proceso de carácter público especial y obligatorio que debe realizarse previamente, siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida administrativa o proyecto público o privado y legislativo, susceptible de afectar directamente las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud, y otros aspectos que incidan en su integridad étnica. Como podemos notar, existe una notable diferencia entre la consulta de carácter general que se garantiza en el Artículo 398 y la consulta previa para Pueblos Indígenas.

6.4. Alcances de la Consulta Previa

La consulta previa para actividades de explotación y extracción de recursos naturales debe ser analizada desde tres perspectivas, que tienen como base la titularidad de los derechos humanos que busca tutelar, estos son: los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de las comunidades mestizas y el derecho al ambiente sano. La consulta previa se vuelve compleja cuando debatimos si su objetivo es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, como dice el artículo 6 del convenio 169 de la OIT⁶¹.

La actual constitución en cuanto al derecho de la ciudadanía en general a la protección ambiental, establece que *«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*

⁶¹ El Art. 6 Num. 2 del Convenio 169 de la OIT establece que Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

superior correspondiente de acuerdo con la ley». Quiere decir que las decisiones que adopten las personas y comunidades consultadas, no tienen el efecto de ser vinculantes, pero el Estado si tiene que realizar una valoración de los criterios de la comunidad, valoración que según la Constitución, debe estar previamente establecidas en la Ley y los Instrumentos Internacionales de protección de Derechos Humanos.

En relación al derecho colectivo de lo Pueblos Indígenas a la Consulta previa, la Constitución establece: *«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»*⁶²

A pesar de que la propia Constitución establece que este derecho será regulado mediante una Ley, la única referencia respecto a la consulta previa dentro de la legislación ecuatoriana la encontramos en los artículos 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental. El Art. 28 de la L. G. A. Establece: *«Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado.[..]»*. *«El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República (actualmente Art. 398) tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos»*. Sin embargo, estas disposiciones hacen referencia expresa a la consulta previa en materia de protección ambiental contenida en el anterior artículo 88 de la Constitución de 1998 (actual Art. 398). Lo que nos lleva a concluir que hasta el momento la consulta previa a Pueblos Indígenas sigue siendo un mecanismo meramente formal que no torna materialidad práctica.

Si el Estado aplicara en un sentido progresivo la disposición Constitucional, referida a los criterios, podrían ser fácilmente aplicables, aquellos criterios contenidos en el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT, que establece que el fin de la consulta a los Pueblos Indígenas es buscar su consentimiento, sin embargo como ya lo he manifestado en análisis anteriores lo que se tiende es a minimizar esta garantías constitucional, a tal punto que, actualmente el cuerpo legal en donde se establecen los criterios para valorarlos dentro de la consulta previa, es el Reglamento de

⁶² Art. 57 de la Constitución de la República 2008

Participación ciudadana llamado Decreto Ejecutivo 1040, que de forma inconstitucional⁶³, se sigue utilizando y que desnaturaliza el concepto de la Consulta Previa y lo coloca como una mera participación ciudadana. Este Decreto inclusive derogó de forma expresa la disposición contenida en el artículo 9 del Reglamento para Operaciones Hidrocarburíferas 1215 que establecía que «*Prevía a la ejecución de planes y programas sobre exploración y explotación de hidrocarburos, los sujetos de control deberán informar a las comunidades comprendidas en el área de influencia directa de los proyectos y conocer sus sugerencias y criterios...[...]*» «*Los convenios se elaborarán bajo los principios de compensación e indemnización por las posibles afectaciones ambientales y daños a la propiedad que la ejecución de los proyectos energéticos pudieran ocasionar a la población*».[...].

El Ecuador como suscriptor de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe observar la jurisprudencia que genera la Corte Interamericana, por ser un Tribunal vinculante que interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos, en los cuales los estados partes tienen la obligación de observar de forma obligatoria sus resoluciones (Ecuador ha ratificado la Convención). Recordemos que en el ámbito interamericano el derecho al consentimiento libre, previo e informado ha sido reconocido como un estándar vigente y exigible a partir del derecho a la propiedad garantizado en el Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así en la sentencia del Caso Saramaka contra Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

*«135. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones [...]»*⁶⁴

⁶³ Es Inconstitucional porque no cumplen con las características que debe tener un cuerpo normativo que regule el ejercicio de derechos constitucionales, ya que no fue dictado por el Congreso Nacional que es el órgano legislativo constitucionalmente competente, ni elaborado con el procedimiento establecido por la Constitución (el procedimiento debió ser el de expedición de leyes orgánicas). Además limita el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y de la ciudadanía en general debido a que no se garantiza que la opinión de los consultados vaya a ser tomada en cuenta por el Estado, mucho menos que se busque el consentimiento de las nacionalidades indígenas. Además porque según la disposición Derogatoria, se deroga toda norma contraria a esta Constitución, sólo el resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam», Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, Párr. 135.

Esta Sentencia nos da la pauta de que el consentimiento, libre informado y previo es obligatorio y el Estado del Ecuador debe acatarlo por así determinarlo la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

El otro aspecto polémico de la disposición Constitucional sobre la consulta Previa a Pueblos Indígenas es la que dispone que *«si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley»*. Esta disposición que pretende dar claridad para resolver los conflictos que pudieran presentarse por la objeción de la comunidad consultada, no significa, una receta adecuada, pues, al determinar que se procederá conforme a la Constitución y la Ley, debido a que genera un conflicto de interpretación que explicare a continuación:

- (i) El primer aspecto es que si se atiende a la interpretación integral de la Constitución y al principio que establece la interpretación mas favorable al derecho de los Pueblos Indígenas, ha de entenderse que lo que procede es aplicar las normas de los instrumentos internacionales, que como veíamos anteriormente obliga a los estados a otorgar obligatoriedad al consentimiento previo.
- (ii) la otra interpretación es que se podría estar a merced de la disposición del artículo 398, último inciso mediante el cual *«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»*.

En esta disposición no debería ser aplicada, pues a través de ésta, se está configurando una simbiosis entre derecho ciudadano generalizado y los derechos de las comunidades indígenas, debido a que se está tratando con el mismo rango a las comunidades indígenas que a las mestizas. Esta disposición limita el derecho de consulta, siendo que la constitución tiene sus cimientos en la participación social, ésta debe entenderse de forma amplia y no restrictiva, la consulta, cuyos resultados no inciden en las decisiones del Estado al momento de otorgar una concesión a una empresa, constituye un mecanismo inocuo y contradictorio con el espíritu constitucional, puesto que es utilizado como mecanismo de legitimación de acciones, que pueden ser perjudiciales para los pueblos y la naturaleza, confiriéndoles legalidad a las mismas.

El derecho de los pueblos y de la ciudadanía a la consulta previa como expresión de la participación social, queda subsumida entonces a la decisión de la autoridad, es decir del mismo Estado, por lo que la expresión consulta previa se convierte en un requisito para la ejecución de proyectos mas no

*como un derecho, debido a que los derechos tienen como elemento fundamental el de ser exigibles, pero no se puede exigir algo que no tendrá efectos materiales en su aplicación*⁶⁵.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta, que de no realizarse la consulta previa, debe hacerse exigible la disposición del Art. de la Ley de Gestión Ambiental que dispone que «*El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República (actualmente Art. 398) tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos*». Por lo tanto, debemos empezar a presentar demandas para que lo jueces y autoridades ambientales, apliquen esta disposición legal.

6.5. Criterios de valoración en los procesos de consulta previa

A pesar de no existir unos criterios establecidos, es importante que en el marco de los derechos de los Pueblos Indígenas reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, la Consulta Previa debe implicar al menos:

- a) Informar sobre las características del proyecto o actividad que se desea realizar en territorio indígena,
- b) Conocer el punto de vista y las expectativas de participación de los Pueblos Indígenas (concepto de territorio/desarrollo),
- c) Concertar los términos de realización de los proyectos garantizando la participación: beneficios (concepto de calidad de vida y bienestar: no de corto plazo y basados en el mercado) monitoreo de los impactos ambientales y sociales,
- d) Identificar la representación autentica de la comunidad para la vinculación al proceso (sistema de autoridad y liderazgo),
- e) Respetar el manejo de los tiempos y los mecanismos propios de consulta interna y la toma de decisiones entre las comunidades: dos tipos de consulta: interna/externa,

⁶⁵ Wilton Guaranda, La Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia, Ediciones INREDH, Quito, 2009.

- f) Considerar la lengua nativa como elemento en el dialogo a través de una buena interpretación.

La Consulta Previa está ligada a la capacidad de los Pueblos de ejercer la autonomía, ligada al derecho al territorio y ligada a la capacidad de acceder a espacios democráticos. Por lo tanto la Consulta Previa no puede convertirse en un requisito para otorgar licencias (decir SÍ a un proyecto), o la simple información sobre la ejecución de un proyecto.

Finalmente debo manifestar que es importante que el Estado mediante ley establezca parámetros claros de este procedimiento, que estén vinculados a principios tales como:

- (i) La buena fe, es decir que las partes sean informadas de todos los aspectos relevantes que puedan afectarles e influir en la toma de una decisión, ponderando el derecho al desarrollo económico de la Nación y los derechos especiales de los pueblos indígenas.*
- (ii) La Legitimidad, es decir garantizar que las instancias de autoridad que representen a los pueblos indígenas y que van a tomar las decisiones, sean las tradicionales, y legalmente reconocidas en su estructura organizativa.*
- (iii) Entendimiento Intercultural y Bilingüismo, entendido como que esté adecuada a la cultura del pueblo a consultar, se realizará dentro de su territorio, con traducción a su lengua, utilizando sus protocolos y formas de gestión, que garanticen una auténtica comunicación.*
- (iv) Oportunidad, es decir que el proceso será previo a la ejecución del proyecto, garantizando la posibilidad de transformar, adecuar y/ o rechazar los estudios del proyecto, teniendo en cuenta las conveniencias del grupo consultado.*
- (v) Proporcionalidad, que los resultados de la consulta deben ser proporcionales a la magnitud y posibles efectos de la medida, proyecto o actividad, con relación a la afectación a la integridad étnica y con las medidas de prevención, mitigación o compensación y participación indígena de los beneficios que se deriven.*
- (vi) Pluralismo Jurídico, se tendrán en cuenta los sistemas normativos del derecho propio de las comunidades, la legislación indígena y la Constitución Política.*
- (vii) En relación a los participantes éstos deben estar constituidos por las Autoridades Propias: (Awa, Épera, Chachi, Yabak, Kichwas, Cofanes, Shuaras, Líderes y comunidades relacionadas con el proyecto, Asociación de Cabildos y Autoridades Indígenas); Ministerio del*

Ambiente que debe ser la coordinación interinstitucional del proceso de Consulta con las comunidades y quien debe hacer el proceso de evaluación y seguimiento del Plan de Manejo Ambiental, Autoridades Locales de las Provincias y Municipios del área de influencia del proyecto, acompañamiento y seguimiento del proceso por promotores indígenas, del Consejo Nacional de Igualdad, la Defensoría del Pueblo o Defensoría Ambiental, los Representantes de la empresa con capacidad decisoria, ONG's, organizaciones indígenas, Ministerio de Minas y petróleo, de Energía, y los demás que tenga interés, según la materia⁶⁶.

⁶⁶ Idem

7. Sistema nacional descentralizado de gestión ambiental

Este mecanismo de garantía de los derechos ambientales establece que *«El ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza»*⁶⁷.

Se entiende que un sistema descentralizado es aquel que se construye y funciona a través de la delegación de funciones a los distintos niveles provinciales o regionales en donde estén las delegaciones de los Ministerios de control ambiental correspondientes. La gestión ambiental ha estado marcada por una centralización de sus funciones, que ha imposibilitado una labor eficiente. A principio de año, en un diagnóstico realizado con actores estatales y sociales de la Provincia de Orellana se logró determinar que por ejemplo, en esa Provincia, no existe un Departamento de Calidad Ambiental del Ministerio del Ambiente, y que hasta el año anterior no existía un representante de la Dirección Nacional de Protección Ambiental DINAPA.

La gestión ambiental son el conjunto de políticas, estrategias, normas, actividades operativas y administrativas de planeamiento, financiamiento y control estrechamente vinculadas y orientadas a lograr la máxima racionalidad en los procesos de conservación y protección del medio ambiente para garantizar el desarrollo sustentable, ejecutadas por el estado y la sociedad. Es el conjunto de actividades humanas que tienen por objeto el ordenamiento del ambiente. Sus componentes principales son: la política, el derecho y la administración ambiental. Tradicionalmente se conocen tres sistemas de organización de la gestión ambiental:

1. Centralizada y descentralizada,
2. Sectorización-transectorización,
3. Participación social.

⁶⁷ Art. 399 de la Constitución de la República 2008

Lo que pretende la actual Constitución es dar prioridad a la gestión ambiental descentralizada.

Un aspecto que vale mencionar es que la gestión ambiental, está determinada por las políticas ambientales que el ejecutivo aplica para atender a los problemas generales del ambiente. En este sentido, el modelo de desarrollo del país define la política de gestión ambiental del Estado a aplicarse. El Ecuador, por ser un estado explotador de los recursos naturales no renovables, tiene por tanto un perfil de política de gestión ambiental correctiva, es decir que su finalidad consiste en verificar la existencia de situaciones dañosas o potencialmente dañosas al ambiente y tratar a través del control jurídico y las sanciones civiles, penales y administrativas, castigar a quien cometió el daño, procurando la modificación de conductas y estimulando las actividades consideradas respetuosas – etiquetajes, generando para ello las auditorías ambientales, estableciendo delitos ecológico, sanciones administrativas, etc.

Lo interesante de la Nueva Constitución, es que se crea una nueva Institución para el desarrollo de estos fines, esta es la Defensoría del Ambiente y la Naturaleza, que tendrá como misión primordial, articular todos los esfuerzos que en materia de Gestión Ambiental se pretendan desarrollar en el país, sin perjuicio de que otras Instituciones del estado como los Municipios, Gobiernos provinciales y Ministerio correspondientes, puedan ejercer acciones en la misma materia.

CAPITULO III

**Legislación nacional para la protección de los
derechos ambientales en explotación petrolera**

1. Ley de Gestión Ambiental

Constituye la principal normativa ambiental. Fue publicada en el Registro Oficial No. 245, de 30 de julio de 1999, y posteriormente Codificada el 10 de septiembre de 2004. Está compuesta por seis Títulos con sus respectivos Capítulos. Tiene 46 artículos, dos disposiciones generales, dos disposiciones transitorias, y una final, que contiene el glosario de definiciones.

1.1. Ámbito y Principios rectores de la Ley de Gestión Ambiental

Respecto al ámbito de aplicación de esta Ley, se establecen algunos ámbitos, que se mencionan a continuación:

- Establece los principios y directrices de la política ambiental;
- Determinar las obligaciones, responsabilidades y niveles de participación de los sectores público y privado en la gestión ambiental; y,
- Señalar los límites permisibles, controles y sanciones en esta materia.

La ley de Gestión Ambiental está construida en base a determinados principios, por ejemplo:

- La Solidaridad,
- La Corresponsabilidad,
- La Cooperación,
- La Coordinación,
- El Reciclaje y reutilización de los desechos,
- La Utilización de tecnologías alternativas ambientalmente sostenibles; y,

- El Respeto a las culturas y prácticas tradicionales.

El proceso de gestión ambiental que señala la Ley, se lo debe efectuar respetando los principios universales del Desarrollo Sustentable, contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Esta disposición es muy importante, debido a que significa la aplicación directa en la legislación secundaria de una norma de derecho blando, como lo es la Declaración de Río, que como ya hemos analizado no es de acatamiento y aplicación obligatoria del Estado, pero que en este caso, se lo ha incorporado como una norma vinculante.

Con el propósito de conservar el patrimonio natural y el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales que establezca el Presidente de la República al aprobar el Plan Ambiental Ecuatoriano, que señala los objetivos nacionales permanentes y las metas de desarrollo a través de estrategias, planes, programas y proyectos para la gestión ambiental nacional y que es preparado por el Ministerio de Ambiente, a quien la presente Ley determina las competencias que le corresponden.

En definitiva, esta Ley, se constituye como un instrumento jurídico que delinea el campo de acción del Estado y de la sociedad civil en materia ambiental.

La ley establece que la gestión ambiental debe realizarse a través del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental, estableciendo que este sistema es un órgano de coordinación transectorial y de cooperación de manejo ambiental y gestión de recursos naturales. Está integrado por las Instituciones del Estado (públicas) con competencia ambiental, en la cual el Ministerio del Ambiente es la instancia rectora, coordinadora y reguladora del Sistema Descentralizado.

Establece el ámbito de participación de las Instituciones del Estado así como de las organizaciones de la sociedad civil. En ese ámbito les otorga a los Consejos Provinciales (hoy Gobiernos Provinciales) y los Municipios, la posibilidad de dictar políticas ambientales seccionales con sujeción a la Constitución Política de la República del Ecuador y a la presente Ley. Además de Respetar las regulaciones nacionales sobre el Patrimonio de Áreas Naturales Protegidas para determinar los usos del suelo y consultar a los representantes de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y poblaciones locales para la delimitación, manejo y administración de áreas de conservación y reserva ecológica.

1.2. Instrumentos de la Gestión Ambiental

La Ley de gestión Ambiental determina que para el desarrollo de la gestión deben contarse con Instrumentos que den viabilidad a la misma, estos Instrumentos son:

- La planificación
- Evaluación del impacto ambiental y del control ambiental
- Los mecanismos de participación social
- Instrumentos de aplicación de normas ambientales
- Información y vigilancia ambiental
- Protección de los derechos ambientales
- Acciones civiles
- Acciones administrativas y contenciosas administrativas

1.2.1. La planificación

Es el Instrumento que permite desarrollar una gestión eficaz, en el cual se tendrá en cuenta al Plan Ambiental Ecuatoriano. La gestión ambiental se enmarca en las políticas generales de desarrollo sustentable para la conservación del patrimonio natural que establezca el Presidente de la República al aprobar el Plan Ambiental Ecuatoriano, que será el instrumento técnico de gestión que promoverá la conservación, protección y manejo ambiental; y contendrá los objetivos específicos, programas, acciones a desarrollar, contenidos mínimos y mecanismos de financiación así como los procedimientos de revisión y auditoría.

El Plan deberá contener: las estrategias, planes, programas y proyectos para la gestión ambiental nacional, preparado por el Ministerio del Ambiente.

Otro Plan a tomar en cuenta en el desarrollo de la planificación es el Plan Nacional de Ordenamiento Territorial que es de aplicación obligatoria y contendrá la

zonificación económica, social y ecológica del país sobre la base de la capacidad del uso de los ecosistemas, las necesidades de protección del ambiente, el respeto a la propiedad ancestral de las tierras comunitarias, la conservación de los recursos naturales y del patrimonio natural. Debe coincidir con el desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio.

La Planificación se debe articular al Sistema descentralizado de Gestión Ambiental que es un órgano de coordinación transectorial y de cooperación de manejo ambiental y gestión de recursos naturales, el mismo que está integrado por: las Instituciones del Estado (públicas) con competencia ambiental, el Ministerio del Ambiente, que es la instancia rectora, coordinadora y reguladora del Sistema Descentralizado, la Dirección del Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental, la ejerce la Comisión Nacional de Coordinación, presidida por el Ministro del Ambiente.

1.2.2. Evaluación del impacto ambiental y del control ambiental

Se refiere a que todas las obras públicas, privadas o mixtas, y los proyectos de inversión públicos o privados que puedan causar impactos ambientales, serán calificados previamente a su ejecución, por los organismos descentralizados de control, conforme el Sistema Único de Manejo Ambiental SUMA. Para el efecto antes del inicio de toda actividad que suponga riesgo ambiental se deberá contar con la licencia respectiva, otorgada por el Ministerio del ramo, una vez que cumpla con los estudios que deben incluir:

- i) estudios de línea base;
- ii) evaluación del impacto ambiental;
- iii) evaluación de riesgos;
- iv) planes de manejo;
- v) planes de manejo de riesgo;
- vi) sistemas de monitoreo;

vii) planes de contingencia y mitigación; viii) auditorías ambientales y planes de abandono.

La calificación previa de obras y actividades, la realizarán los organismos descentralizados de control, conforme al sistema único de manejo ambiental, siendo el principio rector el precautelatorio.

Para la expedición de los Instrumentos y normas ambientales, como los reglamentos, instructivos, regulaciones y ordenanzas, se deben observar los siguientes requisitos y etapas:

- i) Desarrollo de estudios técnicos sectoriales;
- ii) Estudios económicos;
- iii) Relaciones comunitarias;
- iv) Capacidad institucional;
- v) Consultas a organismos competentes; y,
- vi) Información a los sectores ciudadanos.

La fase de evaluación del impacto ambiental, debe realizarse siempre, después de iniciada la actividad, con el fin de verificar lo siguiente:

- a) La estimación de los efectos causados a la población humana, la biodiversidad, el suelo, el aire, el agua, el paisaje y la estructura y función de los ecosistemas presentes en el área previsiblemente afectada;
- b) Las condiciones de tranquilidad públicas, tales como: ruido, vibraciones, olores, emisiones luminosas, cambios térmicos y cualquier otro perjuicio ambiental derivado de su ejecución; y,
- c) La incidencia que el proyecto, obra o actividad tendrá en los elementos que componen el patrimonio histórico, escénico y cultural.

1.2.3. Los mecanismos de participación social

En esta parte se establece la Acción Pública para participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, en este caso el Reglamento de Aplicación es el Decreto Ejecutivo 1040 sobre Participación Ciudadana. Entre estos instrumentos se incluyen consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Además de la posibilidad de denunciar a quienes violen esta garantía y de formular peticiones y deducir acciones de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes.

En el caso del proceso de consulta previa, la Ley señala de forma categórica que el incumplimiento de esta Garantía, tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos.

1.2.4. Capacitación y Difusión

Para dar viabilidad a este Instrumento, es el Ministerio de Educación en coordinación con el Ministerio del Ambiente, los encargados de establecer las directrices de política ambiental a las que deberán sujetarse los planes y programas de estudios obligatorios, para todos los niveles, modalidades y ciclos de enseñanza de los establecimientos educativos públicos y privados del país. Para lo cual se proporcionará a través de los medios de difusión de que dispone el Estado los lineamientos y orientaciones sobre el manejo y protección del medio ambiente y de los recursos naturales. Además el Ministerio del Ambiente está obligado a publicar en periódicos de amplia circulación, los listados de productos, servicios y tecnologías de prohibida fabricación, importación, comercialización, transporte y utilización; por su peligro potencial para la salud y el medio ambiente. También publicará la lista de aquellos productos que han sido prohibidos en otros países.

1.2.5. Instrumentos de aplicación de normas ambientales

La Ley de Gestión Ambiental establece que los instrumentos de aplicación de las normas ambientales son los siguientes: parámetros de calidad ambiental, normas de efluentes y emisiones, normas técnicas de calidad de productos, régimen de permisos y licencias administrativas, evaluaciones de impacto ambiental, listados de productos contaminantes y nocivos para la salud humana y el medio ambiente,

certificaciones de calidad ambiental de productos y servicios y otros que serán regulados en los respectivos reglamentos. En nuestra legislación existen algunos reglamentos que regulan actividades específicas, como por ejemplo el Reglamento para Operaciones Hidrocarburíferas, el Reglamento para actividades mineras, etc. en los cuales se incluyen normativas de parámetros sobre calidad del ambiente.

La ley también dispone la aplicación de contribuciones y multas destinadas a la protección ambiental y uso sustentable de los recursos naturales, así como los seguros de riesgo y sistemas de depósito, los mismos que podrán ser utilizados para incentivar acciones favorables a la protección ambiental.

Además, la ley establece que el Estado establecerá incentivos económicos para las actividades productivas que se enmarquen en la protección del medio ambiente y el manejo sustentable de los recursos naturales.

1.2.6. Financiamiento

Para la ejecución de programas de control y preservación ambiental, el Ministerio del Ambiente se financia con las asignaciones presupuestarias establecidas por el Gobierno Central, por los ingresos por las multas previstos en el tercer inciso del artículo 24 de la Ley de Cheques⁶⁸, los que se originen en programas de cooperación internacional, contribuciones y donaciones y los que provengan de las tasas y multas. En el caso de las Municipalidades se financiarán con un presupuesto general y por las tasas por vertidos y otros cargos que fijen las municipalidades con fines de protección y conservación ambiental serán administradas por las mismas.

El financiamiento es un aspecto clave en la eficacia de la aplicación de las políticas ambientales, en la práctica conocemos que el Ministerio de Ambiente es uno de los Ministerios que menos presupuesto tiene para desarrollar sus actividades. Esta realidad no es diferente a la que tienen los Municipios y Gobiernos Provinciales, que ven como sus Ordenanzas innovadoras y estrictas, no pueden lograr sus objetivos debido a la falta de financiamiento para pagar gastos de personal, gastos operativos, comprar equipos para realizar los monitoreos, etc. Inclusive el mismo

⁶⁸ El Artículo de la Ley establece que se Prohíbe a los bancos poner en lugar del protesto cualquier leyenda, con o sin fecha, que establezca que el cheque fue presentado para el pago y no pagado. El banco que infringiere esta prohibición será sancionado por la Superintendencia de Bancos por una multa por el valor del correspondiente cheque. (La que será depositado al Ministerio de Ambiente)

Ministerio de Ambiente no posee Departamentos de Calidad en algunas Provincias del país –una de ellas es Orellana- ; y algunos Gobiernos locales y seccionales no logran reunir el presupuesto para poner en funcionamiento un Departamento de Calidad Ambiental en sus respectivas Instituciones. Además el cobro de multas por incumplimiento a la legislación ambiental resultan irrisorias para financiar las actividades tanto de control como de remediación de los daños ambientales.

1.2.7. Información y vigilancia ambiental

La ley establece que las instituciones encargadas de la administración de los recursos naturales, control de la contaminación ambiental y protección del medio ambiente, establecerán con participación social, programas de monitoreo del estado ambiental en las áreas de su competencia; esos datos serán remitidos al Ministerio del Ambiente para su sistematización; tal información será pública. Además quienes en el curso de sus actividades empresariales o industriales observen que pueden producir o están produciendo daños ambientales a los ecosistemas, están obligadas a informar sobre ello al Ministerio del Ambiente o a las instituciones del régimen seccional autónomo, de tal forma que se puedan adoptar las medidas necesarias para solucionar los problemas detectados. En caso de incumplimiento de la presente disposición, el infractor será sancionado con una multa de veinte a doscientos salarios mínimos vitales generales.

1.2.8. Protección de los derechos ambientales

Con el fin de proteger los derechos ambientales individuales o colectivos, la ley de Gestión Ambiental en conformidad con lo que dispone la Constitución, concede Acción Pública a las personas naturales, jurídicas o grupo humano para denunciar la violación de las normas de medio ambiente. Para este efecto, la Ley establece que las personas podrán iniciar acciones o ser oídas en procesos penales, civiles o administrativos, que se inicien por infracciones de carácter ambiental, aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos.

Sobre las acciones y su procedimiento, estaremos abordando en el capítulo final del presente Manual.

2. La Ley de Hidrocarburos

La Codificación de la Ley de Hidrocarburos en vigencia fue promulgada en el Registro Oficial 711 de 15 de noviembre de 1978 y desde entonces ha sufrido una serie de reformas. Data, entonces de antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, de la Constitución de 1998 y de la Constitución de 2008. Es significativo que el principal cuerpo normativo en materia energética venga aplicándose cumplidamente bajo el imperio de tres cartas fundamentales tan diferentes entre sí, sin embargo esto no se observa así.

La Ley de Hidrocarburos establece las disposiciones que regulan las actividades hidrocarburíferas, en las diferentes fases, como la exploración, explotación, industrialización, comercialización, distribución, transporte, fijación de precios, las formas contractuales sobre la materia, la política hidrocarburífera, las instituciones encargadas de desarrollar dichas políticas y demás factores de la materia. A pesar de que es una Ley que regula, una actividad de gran envergadura e impacto, no contiene disposiciones respecto a otras variables de gran importancia, como son los mecanismos de participación para estas actividades; la intervención petrolera en zonas protegidas, la intervención en comunidades indígenas; la relación de la actividad petrolera respecto del derecho al agua, al uso del suelo, como se desarrollaría la fase de exploración; y el comportamiento de las instituciones en las actividades de explotación, etc.

Según la Ley de Hidrocarburos, la explotación de hidrocarburos se ceñirá a los lineamientos del desarrollo sustentable y de la protección y conservación del medio ambiente; esto implica que deben tomarse en cuenta para su implementación, los principios del desarrollo sustentable, como los de prevención, precaución, participación, contaminador pagador, restauración integral, etc. a pesar de que la Ley no los especifica

2.1. Análisis de algunos artículos polémicos de la Ley de Hidrocarburos

Art. 1.- *Los yacimientos de hidrocarburos y sustancias que los acompañan, en cualquier estado físico en que se encuentren situados en el territorio nacional, incluyendo las zonas cubierta por las aguas del mar territorial, pertenecen al patrimonio inalienable del Estado.*

Esta disposición, que concuerda con lo establecido en la Constitución. Su orientación general es considerar a los yacimientos de hidrocarburos y sustancias que los acompañan como recursos naturales inalienables e imprescriptibles del Estado, esta disposición tiene sus limitaciones prácticas debido a que la misma ley de hidrocarburos, contradice el principio de inalienabilidad al disponer que la explotación pueden realizarla empresas privadas transnacionales, a las cuales se les otorga amplias facilidades para que comercialicen el crudo que encuentren y consideren apenas la entrega de regalías al Estado ecuatoriano.

La *ratio legis* de la Ley de Hidrocarburos es, precisamente, la regulación entre el Estado y los particulares para posibilitar la explotación de estos recursos. Para ello establece que el Estado explorará y explotará los yacimientos en forma directa a través de PETROECUADOR, lo que podrá hacer por sí misma o celebrando contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana. También podrá constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el país. (Art. 2)

La Ley de Hidrocarburos establece, entonces las formas contractuales que sirven para establecer la relación entre el Estado, a través de Petroecuador y los particulares para la exploración y explotación del recurso hidrocarburífero. (Capítulo III). Todas ellas, participación, asociación, prestación de servicios, son modalidades onerosas, orientadas a la obtención y distribución de ganancias mediante la explotación del recurso. La Ley regula los mecanismos de formación de la voluntad contractual, la ejecución de los contratos y su terminación. No prevé la Ley de Hidrocarburos ninguna disposición para regular relaciones entre el Estado y los particulares en torno a una lógica de conservación del crudo en tierra. Esa no es su orientación ni su fin⁶⁹.

Art. 4.- *Se declara de utilidad pública la industria de hidrocarburos en todas sus fases, esto es, el conjunto de operaciones para su obtención, transformación, transporte y comercialización. Por consiguiente, procede la expropiación de terrenos, edificios, instalaciones y otros bienes, y la constitución de servidumbres generales o especiales de acuerdo con la Ley, que fueren necesarias para el desarrollo de esta industria.*

Esta disposición a primera vista tiene vicios de inconstitucionalidad debido a que viola la «indivisibilidad»⁷⁰ de los territorios de los Pueblos indígenas, en virtud de

⁶⁹ Mario Melo. Consultoría para el estudio de los aspectos jurídico constitucionales de la propuesta ITT

⁷⁰ Art. 57(4) de la Constitución de la República del Ecuador

que este artículo permite la constitución de servidumbres obligatorias en territorios de los pueblos indígenas, lo que trae como consecuencia la desintegración jurídica de los elementos de la naturaleza (nuda propiedad y derechos de uso, usufructo, habitación servidumbre, etc) que es característica del Derecho Occidental como un sistema enfocado hacia los usos económicos de los diferentes recursos. En la perspectiva economicista del Derecho Occidental lo esencial es la divisibilidad; en la perspectiva de los pueblos indígenas lo esencial es esa conjunción que abarca no sólo la integralidad del territorio sino su identificación con el pueblo que lo habita; esa relación que el Convenio 169 califica como esencial para las culturas y los valores espirituales de los pueblos indígenas, es un espacio no intercambiable por ningún otro. Por lo tanto no es concebible la expropiación o constitución de servidumbres obligatorias a una nacionalidad indígena cuyos derechos colectivos se ejercen a través de la integralidad de su territorio.

Las expropiaciones y servidumbres están legisladas actualmente a través de un procedimiento en materia civil, otro en los procedimientos administrativos, en la ley de municipalidades, etc., pero ninguno garantiza un proceso justo para establecer un justiprecio que tome en cuenta el valor de la tierra, la plusvalía y el daño socio-ambiental permanente para las comunidades.

Por otro parte, la disposición de esta Ley permite que se imponga gravamen de servidumbre legal sobre los territorios. Al respecto vale mencionar que algunas constituciones de gravámenes en el desarrollo de actividades petroleras se ha venido imponiendo a través del Decreto Ejecutivo 616⁷¹ que establece servidumbres de 15 metros por cada lado, en los sitios de paso de los oleoductos, de construcción de pozos y demás instalaciones petroleras, servidumbre que tienen el carácter de gratuitas, lo cual desde todo punto de vista atenta contra el derecho de las comunidades y personas a la propiedad y hacer indemnizados por los perjuicios que se ocasionen en los mismos.

Art. 31.- *PETROECUADOR y los contratistas o asociados, en exploración y explotación de hidrocarburos, en refinación, en transporte y en comercialización, están obligados, en cuanto les corresponda, a lo siguiente:*

- s) *Presentar para la aprobación del Ministerio del Ramo los planes, programas y proyectos y el financiamiento respectivo para que las actividades de exploración y explotación no afecten*

⁷¹ Decreto elaborado en la época de la Dictadura de Militar

negativamente a la organización económica y social de la población asentada en las áreas donde se realicen las mencionadas actividades y todos los recursos naturales renovables y no renovables locales. Igualmente, deberá planificarse los nuevos asentamientos poblacionales que fueren necesarios. Para la antedicha aprobación el Ministerio del Ramo contará con los informes de los organismos de desarrollo regional respectivos y del Ministerio de Bienestar Social.

t) Conducir las operaciones petroleras de acuerdo a las Leyes y Reglamentos de protección del medio ambiente y de la seguridad del país y con relación a la práctica internacional en materia de preservación de la riqueza ictiológica y de la industria agropecuaria. Para el efecto, en los contratos, constarán las garantías respectivas de las empresas contratistas.

Art. 39.- *Los contratistas o asociados no podrán desperdiciar el gas natural, arrojándolo a la atmósfera o quemándolo, sin autorización del Ministerio del Ramo.*

Esta disposición nos provoca varias reflexiones. La primera de ella es que la Ley permite que se arroje gas quemado a la atmósfera con el «permiso» del Ministerio de Ambiente, siendo positivos nos atreveríamos a decir que el Ministerio de Ambiente previo a esta aprobación, debe hacer una evaluación para determinar los niveles de presencia de metales en estos gases. Pero por otro lado, lo que nos indica esta primera reflexión es que a pesar de los impactos negativos sobre la salud que ha demostrado ocasionar la quema de estas sustancias al aire libre, la ley promueve la quema de éstos en la atmósfera. Una segunda reflexión es ¿qué tipo de gas natural se refiere la Ley?, ¿el gas licuado de petróleo o el gas asociado con elementos tóxicos que se produce en la etapa de separación del hidrocarburo?. La ley no define este particular.

Una tercera reflexión es que mientras la Ley de hidrocarburos establece este parámetro para quemar gas al aire libre, existen otros reglamentos que promueven de forma ligera, la quema de gas, por ejemplo, en el Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas 1215, Tabla No. 3 Anexo 2, se establece que «el gas pobre podrá ser quemado utilizando mecheros», adicionalmente el Acuerdo Ministerial 071 del 4 de agosto de 2003, en el artículo 5 establece varias excepciones sobre las emisiones, así el literal b) dispone «Los mecheros, antorchas verticales y venteos (vent snack) no estarán obligados al monitoreo de emisiones a la atmósfera debido a impedimentos técnicos para realizar el monitoreo directo» [...] Sin embargo se aplicarán otras formulas que varían sustancialmente.

Art. 74.- Caducidad, Sanciones y Transferencias.- Dispone las causales para que el Ministerio de Minas y Petróleos pueda declarar la caducidad de los contratos, las sanciones y transferencias, mencionaremos las más importantes

- Num. 1.- Dejar de pagar las regalías, primas de entrada, derechos superficiares, participaciones y otros compromisos establecidos en la Ley o en el contrato; o dejar de cumplir cualesquiera de las obligaciones determinadas en el artículo 31;
- Num. 3.- No iniciar las operaciones de exploración según lo previsto en el contrato o si una vez iniciadas las suspendiere por más de sesenta días sin causa que lo justifique, calificada por PETROECUADOR.
- Num. 4.- Suspendiere las operaciones de explotación por más de treinta días, sin justa causa, previamente calificada por el Ministerio, salvo fuerza mayor o caso fortuito que deberán avisarse a PETROECUADOR, en un plazo máximo de diez días;
- Num. 7.- Obstar o dificultar la vigilancia y fiscalización que deben realizar los funcionarios autorizados del Estado, o no proporcionare los datos y demás informaciones sobre cualesquiera otros asuntos de la actividad petrolera que le compete;
- Num. 8.- Incurrir en falsedades de mala fe o dolosas, en las declaraciones o informes sobre datos técnicos de exploración, explotación, actividades industriales, transporte o comercialización, o sobre datos económicos relacionados con las inversiones, costos o utilidades;
- Num. 11.- Traspasar derechos o celebrar contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio;
- Num. 12.- Integrar consorcios o asociaciones para las operaciones de exploración o explotación, o se retirare de ellos, sin autorización del Ministerio; y,
- Num. 13.- Reincidir en infracciones a la Ley y sus reglamentos.

Art. 75.- La declaración de caducidad de un contrato implica la inmediata devolución al Estado de las áreas contratadas, y la entrega de todos los equipos, maquinarias y otros elementos de exploración o de producción, instalaciones industriales o de transporte, sin costo alguno para PETROECUADOR y, además, la pérdida automática de las cauciones y garantías rendidas según la Ley y el contrato, las cuales quedarán en favor del Estado

En concordancia con la disposición Constitucional que establece que el Estado es el propietario de los recursos naturales del subsuelo, así como de la Ley de Hidrocarburos que establece la inalienabilidad de los mismos, en conformidad con los contratos de concesión, lo que ejerce el Estado a través de este artículo, es recuperar el capital que ha generado durante las fases de explotación.

Art. 77.- El incumplimiento del contrato que no produzca efectos de caducidad o la infracción de la ley o de los Reglamentos se sancionará con una multa impuesta por el Director Nacional de Hidrocarburos, de doscientos a tres mil dólares estadounidenses, según la gravedad de la falta, además de la indemnización de los perjuicios y la reparación de los daños producidos.

Este artículo establece las sanciones a que serán objeto las empresas que contravengan la legislación ambiental vigente, empero es necesario prevenir el hecho de que los valores establecidos por dichos incumplimientos, en nada soluciona el problema real que es la contaminación frecuente que provocan las compañías petroleras. En las provincias de Orellana y Sucumbíos, son comunes las denuncias por daño ambiental, algunas de las cuales han terminado en sanciones a las empresas contaminadoras, sin embargo los comportamientos de las compañías no cambian y la contaminación sigue siendo un tema de cotidiano vivir, contrario a los propósitos de esta ley, esta disposición incentiva la explotación no sustentable, al imponer sanciones débiles.

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

Esta disposición establece que para la utilización de tierras privadas por parte de Petroecuador, deberá primeramente declararse de utilidad pública dicho bien, significa entonces que contrariamente a como ha venido operando Petroecuador, en las intervenciones a las comunidades, desde la exploración y explotación, en

donde se ha denunciado que de forma ilegal ingresan a sus propiedades a cortar vegetación para realizar la sísmica, o cuando para la perforación de pozos utilizan las fincas para construir plataformas y estaciones, se está actuando fuera de la Ley, pues para que se intervenga propiedad privada de parte del estado, debe existir previamente la declaratoria de utilidad pública.

Adicionalmente, el artículo dispone que *«La petición deberá acompañarse de los planos respectivos. El Ministerio del Ramo, efectuada la inspección que fuere necesaria, fijará la cantidad de dinero que estime suficiente para indemnizar al propietario, la que deberá ser depositada en el Ministerio, a la orden del propietario, para que este la cobre si la encuentra conforme, previo el avalúo practicado por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, para que este la cobre si la encuentra conforme, previa suscripción de la escritura pública de enajenación o de constitución de la servidumbre. En caso de inconformidad del propietario, esa cantidad se mantendrá en depósito hasta que se resuelva sobre el valor definitivo de la indemnización, para lo cual se procederá con sujeción al trámite establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio de expropiación».*[] *«La ocupación de los bienes expropiados o el ejercicio de la servidumbre podrán efectuarse desde que se haya realizado el depósito».*

3. Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para Operaciones Hidrocarburíferas. Decreto Ejecutivo 1215

Es el Reglamento que de forma específica regula las actividades dentro de las operaciones hidrocarburíferas desde las fases de exploración, desarrollo y producción, almacenamiento, transporte, industrialización y comercialización de petróleo crudo, derivados del petróleo, gas natural y afines susceptibles de producir impactos ambientales en el área de influencia directa, definida en cada caso por el respectivo Estudio Ambiental.

Consta de 4 partes: La primera se refiere a la Introducción, Enfoques y Objetivos del Reglamento; la segunda parte consta de 10 capítulos y 6 anexos; la tercera Parte se refiere a los criterios y metodología para la calificación de estudios de impacto ambiental; y, la cuarta Parte al Instructivo para la calificación y registro de consultores ambientales hidrocarburíferos.

La Autoridad ambiental competente para hacer cumplir este Reglamento inicialmente era la Subsecretaría de Protección Ambiental (en adelante SPA) del Ministerio de Minas y Petróleo, a través de la Dirección Nacional de Protección Ambiental (en adelante DINAPA), sin embargo debido a la descentralización de competencia en el ámbito ambiental, y de mantener una imparcialidad en torno al control de las actividades hidrocarburíferas, el Ministerio que actualmente está a cargo de vigilar el cumplimiento de este Reglamento, es el Ministerio de Ambiente quien hará de dependencia técnico-administrativa que fiscalizará y auditará la gestión ambiental en las actividades hidrocarburíferas; realizará la evaluación, aprobación y el seguimiento de los Estudios Ambientales en todo el territorio ecuatoriano; vigilará que los causantes en caso de incumplimiento del mismo, cumplan con las disposiciones y recomendaciones respectivas.

Lo que no se ha establecido aún, son las acciones concretas que está realizando el Ministerio del Ambiente a partir de la vigencia del Decreto que establece el traslado de las competencias de la DINAPA a su cartera, en torno a la aplicación del Reglamento debido a que, como es lógico suponer, este cambio genera un proceso de acoplamiento de funciones que requiere de un proceso de mediano plazo para su adaptación. Además de un cambio en la metodología de control y seguimiento, para no repetir las falencias que se denunciaron, mientras la DINAPA estaba bajo el control del Ministerio de Minas y Petróleos.

Los sujetos de control que deben aplicar el presente Reglamento son PETROECUADOR, sus filiales y sus contratistas o asociados para la exploración y explotación, refinación o industrialización de hidrocarburos, almacenamiento y transporte de hidrocarburos y comercialización de derivados de petróleo, así como las empresas nacionales o extranjeras legalmente establecidas en el país que hayan sido debidamente autorizadas para la realización de estas actividades.

3.1. Aspectos de control relevantes que contiene el Reglamento 1215

- a) Los sujetos de control, deberán presentar hasta el primero de diciembre de cada año, o dentro del plazo estipulado en cada contrato al Ministerio de Energía y Minas, el programa anual de actividades ambientales derivado del respectivo Plan de Manejo Ambiental y el presupuesto ambiental del año siguiente para su evaluación y aprobación en base del respectivo pronunciamiento de la Subsecretaría de Protección Ambiental (en adelante cuando nos refiramos a esta Institución, se tendrá entendido que estamos hablando del Ministerio de Ambiente), que deberá incluir los aspectos de operaciones, de inversiones y gastos administrativos, rubros que a su vez deberán estar claramente identificados en el presupuesto consolidado de los entes mencionados.
- b) Igualmente, presentarán a la Subsecretaría de Protección Ambiental, hasta el treinta y uno de enero de cada año, el informe anual de las actividades ambientales cumplidas en el año inmediato anterior, como parte del informe anual de actividades contractuales. Este informe deberá describir y evaluar las actividades ambientales presupuestadas que han sido ejecutadas, en relación con las que consten en el programa anual de actividades antes referido, sin perjuicio de que la Subsecretaría requiera informes específicos en cualquier tiempo.
- c) Los sujetos de control deberán realizar el monitoreo ambiental interno de sus emisiones a la atmósfera, descargas líquidas y sólidas así como de la remediación de suelos y/o piscinas contaminados.
- d) Los sujetos de control presentarán, previo al inicio de cualquier proyecto, los Estudios Ambientales de la fase correspondiente de las operaciones a la Subsecretaría de Protección Ambiental para su análisis, evaluación, aprobación y seguimiento, de acuerdo con las definiciones y guías metodológicas establecidas en este Reglamento y de conformidad con el marco jurídico ambiental

regulatorio de cada contrato de exploración, explotación, comercialización y/o distribución de hidrocarburos. Los estudios ambientales deberán ser elaborados por consultores o firmas consultoras debidamente calificadas e inscritas en el respectivo registro de la Subsecretaría de Protección Ambiental.

- e) Para el desarrollo de las actividades hidrocarburíferas, deberán presentar a la Subsecretaría de Protección Ambiental, el Diagnóstico Ambiental – Línea Base o la respectiva actualización y profundización del mismo, los Estudios de Impacto Ambiental y los complementarios que sean del caso.
- f) La Secretaría de Protección Ambiental en el término máximo de 30 días posteriores a la recepción de dichos estudios emitirá el respectivo informe.
- g) Los programas o proyectos de remediación sujetos a aprobación y seguimiento por parte de la Subsecretaría de Protección Ambiental a través de la Dirección Nacional de Protección Ambiental serán la remediación de piscinas y/o suelos contaminados, así como la remediación después de accidentes mayores en los que se hayan derramado más de cinco barriles de crudo, combustible y otro producto.
- h) En los programas y proyectos de remediación deberán constar las siguientes informaciones:
 - Número del bloque y/o denominación del área; ubicación cartográfica.
 - Razón social de la compañía operadora; dirección o domicilio, teléfono, fax, correo electrónico y representante legal.
 - Diagnóstico y caracterización de la contaminación en base de análisis físico-químicos y biológicos del suelo, aguas superficiales y subterráneas, inclusive determinación exacta de la superficie del área afectada, evaluación de impactos y volúmenes de suelo a tratarse.
 - Descripción de la(s) tecnología(s) de remediación a aplicarse.
 - Análisis de alternativas tecnológicas.
 - Uso posterior del sitio remediado y técnicas de rehabilitación.

- Cronograma de los trabajos de remediación.
 - Monitoreo físico-químico y biológico de la remediación inclusive cronograma.
 - Plazo de ejecución del proyecto.
 - Una vez finalizada la remediación, la empresa operadora responsable presentará dentro de 15 días a través de la Dirección Nacional de Protección Ambiental un informe inclusive una evaluación técnica del proyecto a la Subsecretaría de Protección Ambiental.
- i) En las zonas del Patrimonio Nacional de Áreas Naturales, se prohíbe la apertura de carreteras para actividades exploratorias. En el caso de operaciones de desarrollo y producción, si por razones técnicas y/o económicas justificables se requieren otras condiciones de operación, éstas se someterán a consideración de la Subsecretaría de Protección Ambiental la que coordinará el respectivo pronunciamiento del Ministerio del Ambiente. En todo caso, el acceso por vías y carreteras en áreas protegidas será restringido y controlado bajo la responsabilidad de la autoridad competente en coordinación con la operadora.
- j) El Reglamento establece las condiciones de Calidad de equipos y materiales a utilizarse en las fases de la actividad hidrocarburífera, el manejo de productos químicos, el manejo y almacenamiento de crudo, la seguridad e higiene industrial, la operación y mantenimiento de los equipos e instalaciones, el manejo de desechos en general.
- k) El Reglamento promueve la exploración en áreas protegidas, llegando incluso a establecer Normas Operativas para realizar en ellas «perforación exploratoria»; peor aún, se piensa en la fase de «desarrollo y producción» dentro de áreas protegidas, y solo para la fase de «industrialización», se ha establecido una prohibición de construir infraestructura dentro de éstas y de los bosques y vegetación protectores. (art.64)

3.2. La Reglamentación sobre Estudios de Impacto Ambiental

Un aspecto muy relevante en este Reglamento ambiental, es el que trata sobre los Estudios de Impacto Ambiental. Para el Reglamento, los Estudios Ambientales

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

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

Los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse previo al inicio de las siguientes actividades:

- i) Prospección Sísmica,
- ii) Perforación exploratoria y de avanzada,
- iii) Desarrollo y producción, iv) industrialización,
- v) Almacenamiento y transporte de hidrocarburos y sus derivados,
- vi) Comercialización y venta de derivados de petróleo producidos en el país e importados,

El Diagnóstico Ambiental – Línea Base del Estudio de Impacto Ambiental contendrá la información básica sobre las características biofísicas, socio-económicas y culturales del área adjudicada, así como del terreno o territorio calificado para ruta de oleoductos, poliductos, gasoductos y centros de distribución y constituye una unidad que, una vez aprobada, conforma el marco general en el que se irán trabajando y profundizando los diferentes aspectos que requiera el avance del proyecto en sus diferentes fases, áreas de influencia y condiciones. En caso de nuevas operaciones en un área que cuente con un Estudio Ambiental y luego de dos años de aprobado éste, se deberá realizar una reevaluación, que consistirá en una revisión del documento original, inspecciones y estudios de actualización en el campo, así como una

reevaluación de la significancia de los impactos socio-ambientales y una actualización del Plan de Manejo Ambiental, que deberá ser aprobado por la Subsecretaría de Protección Ambiental antes del inicio de las nuevas operaciones.

En relación de los Estudios Ambientales para zonas protegidas, los sujetos de control que vayan a realizar operaciones hidrocarburíferas en áreas pertenecientes al Patrimonio Nacional de Áreas Naturales, Bosques y Vegetación Protectores, debían presentar los Estudios Ambientales a la Subsecretaría de Protección Ambiental con copia remitida al Ministerio del Ambiente. Entendemos que ahora se lo realiza directamente. Su aprobación la realizará la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas, contando con el pronunciamiento previo del Ministerio del Ambiente. Sin embargo, si en el término de 10 días a partir de la presentación de tales estudios no se ha recibido dicho pronunciamiento, se entenderá que el mismo es favorable.

La autoridades de control auditarán al menos cada dos años, o cuando por haberse detectado incumplimiento al Plan de Manejo Ambiental el Subsecretario de Protección Ambiental así lo disponga, los aspectos ambientales de las diferentes actividades hidrocarburíferas realizadas por los sujetos de control. Pueden también realizarse exámenes especiales de control, los mismos que serán realizados en casos emergentes a criterio de la Subsecretaría de Protección Ambiental o a pedido de los sujetos de control.

3.3. Sobre el control de descargas

El Reglamento Ambiental da un tratamiento operativo al control de descargas líquidas y se incluyen parámetros para el monitoreo de componentes ambientales, tales como aire y suelos.

El Reglamento establece valores máximos referenciales para el control y la reducción de emisiones a la atmósfera en función de parámetros ambientalmente significativos, en función de los resultados de un monitoreo permanente, los valores límites permisibles para cada parámetro y tipo de fuente de emisión.

Para el monitoreo de descargas líquidas se establece que cada operadora defina y reporte los puntos de descarga, así como un punto de control en el respectivo cuerpo receptor. El monitoreo se realizará en función de un juego de parámetros significativos para la actividad industrial, tanto en las descargas como en un punto

de control del cuerpo receptor. Los muestreos y análisis se efectuarán con una periodicidad establecida para las diferentes fases y actividades hidrocarburíferas.

Para suelos contaminados se establecen parámetros y límites permisibles en función del uso que, posterior a una remediación, se le planifica dar; esto es: uso agrícola o uso industrial; además se establece una categoría para suelos de valor ecológico y sujeto a una protección específica, como por ejemplo los pantanos en la Amazonía. En función de parámetros característicos se establecen de tal manera criterios y metas para proyectos de remediación de suelos contaminados, así como para la protección de suelos en general.

Para proyectos de remediación se requiere así no solamente una caracterización inicial del suelo, sino también un monitoreo sistemático para determinar el momento en el que se logren las metas establecidas.

El tratamiento y la disposición de lodos y ripios de perforación se controlan en base de pruebas de lixiviación. Los límites permisibles para los diferentes parámetros se establecen de manera diferenciada, dependiendo del tipo de disposición final, con o sin impermeabilización de la base. El muestreo y análisis se efectuará en el momento de la disposición, así como a los 7 días, 3 y 6 meses posteriores.

Estos parámetros sobre suelo, agua y aire se encuentran en los anexos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Reglamento.

a) Anexo 1: Parámetros técnicos.

a.1) Tabla No. 1: Límites máximos permisibles de ruido.

a.2) Tabla No. 2: Distancias mínimas permitidas para puntos de disparo, explosivos o no explosivos.

b) Anexo 2: Parámetros, valores máximos referenciales y límites permisibles para el monitoreo ambiental interno rutinario y control ambiental.

b.1) Tabla No. 3: Valores máximos referenciales para emisiones a la atmósfera.

b.2) Tabla No. 4: Límites permisibles para aguas y descargas líquidas en la exploración, producción, industrialización, transporte, almacenamiento y comercialización de hidrocarburos y sus derivados.

- 4.a) límites permisibles en el punto de descarga de efluentes (descargas líquidas);
- 4.b) límites permisibles en el punto de control en el cuerpo receptor (inmisión).
- b.3) Tabla No. 5: Límites permisibles para descargas de aguas negras y grises.
- b.4) Tabla No. 6: Límites permisibles para la identificación y remediación de suelos contaminados en todas las fases de la industria hidrocarburífera, incluidas las estaciones de servicios.
- b.5) Tabla No. 7: Límites permisibles de lixiviados para la disposición final de lodos y rípios de perforación en superficie.
- b.6) Tabla No. 8: Clasificación de desechos procedentes de todas las fases de explotación, producción, transporte, almacenamiento, industrialización y comercialización de la industria hidrocarburífera.
- c) Anexo 3: Parámetros, valores máximos referenciales y límites permisibles para el monitoreo y control ambiental profundizado.
 - c.1) Parámetros a determinarse en la caracterización de aguas superficiales en Estudios de Línea Base – Diagnóstico Ambiental.
 - c.2) Parámetros adicionales y límites permisibles para aguas y descargas líquidas en la exploración, producción, industrialización, transporte, almacenamiento y comercialización de hidrocarburos y sus derivados.
 - c.3) Parámetros recomendados y valores referenciales para aguas en piscinas remediadas destinadas al uso para piscicultura.

Un aspecto importante a comentar es que este Reglamento controla las descargas de elementos de la actividad petrolera, cuyos parámetros de límites permisibles en agua suelo y aire, no son equiparables a los parámetros que se establecen para el desarrollo de la fauna y flora y actividades humanas, que están fijadas en el Texto Único de Legislación Ambiental Secundaria (TULAS). Por ejemplo en el siguiente cuadro veremos lo que establece el Reglamento 1215 y posteriormente otro cuadro donde se establecen los parámetros del TULAS.

Parámetros adicionales y límites permisibles para aguas y descargas líquidas en la exploración, producción, industrialización, transporte, almacenamiento y comercialización de hidrocarburos y sus derivados. RAOH 1215

Parámetro	Expresado en	Unidad	Valor límite permisible
Cloruros	Cl-	Mg/l	<2,500
Sulfatos	SO ₄ 2-	Mg/l	<1,200
Fluoruros	F-	Mg/l	<5.0
Cadmio	Cd	Mg/l	<0.1
Mercurio	Hg	Mg/l	<0.01
Níquel	Ni	Mg/l	<2.0
Selenio	Se	Mg/l	<0.5
Cianuros libres	CN-	Mg/l	<0.05
Sulfuro de hidrógeno	H ₂ S	Mg/l	<0.0002
Demanda bioquímica de oxígeno	DBO ₅	Mg/l	<40
Fenoles		Mg/l	<0.15

Límites máximos permisibles para aguas de consumo humano y uso doméstico, que únicamente requieren tratamiento convencional. TULAS

Parámetros	Expresado Como	Unidad	Límite Máximo Permisible
Aceites y Grasas	Sustancias solubles en hexano	Mg/l	0,3
Aluminio	Al	Mg/l	0,2
Amoniaco	N- Amoniacal	Mg/l	1,0
Amonio	NH ₄	Mg/l	0,05
Arsénico (total)	As	Mg/l	0,05
Bario	Ba	Mg/l	1,0
Cadmio	Cd	Mg/l	0,01
Cianuro (total)	CN ⁻	Mg/l	0,1
Cloruro	Cl	Mg/l	250
Cobre	Cu	Mg/l	1,0
Compuestos fenólicos	Fenol	Mg/l	0,002
Cromo hexavalente	Cr ⁺⁶	Mg/l	0,05
Demanda Bioquímica de Oxígeno (5 días)	DBO ₅	Mg/l	2,0
Dureza	CaCO ₃	Mg/l	500

Criterios de Calidad admisibles para la preservación de la flora y fauna en aguas dulces, frías o cálidas, y en aguas marinas y de estuario. TULAS

Criterios	Expresados como	Unidad	Límite máximo permisible		
			Agua fría dulce	Agua cálida dulce	Agua marina y de estuario
Metales pesados	Hg	Mg/l	0,0002	0,0002	0,0001
	Ni	Mg/l	0,025	0,025	0,1
	Concentración de órgano clorados totales	µg/l	10,0	10,0	10,0
Metales pesados	Concentración de órgano fosforados totales	µg/l	10,0	10,0	10,0
Metales pesados	Concentración de piretroides totales	Mg/l	0,05	0,05	0,05
	Ag	Mg/l	0,01	0,01	0,005
	Se	Mg/l	0,01	0,01	0,01
Metales pesados	Sustancias activas al azul de metileno	Mg/l	0,5	0,5	0,5
Temperatura	°C		Condiciones naturales + 3 Máxima 20	Condiciones naturales + 3 Máxima 32	Condiciones naturales + 3 Máxima 32

Como se podrá notar, en el reglamento 1215 en relación al cadmio y mercurio la tabla establece un valor permisible de 0,1 y 0,01 respectivamente, mientras que para la tablas del TULAS, se establecen valores permisibles inferiores para el cadmio de 0,01 y para mercurio 0,0001, respectivamente

3.4. Multas y otras sanciones establecidas en el Reglamento

Las infracciones a la Ley de Hidrocarburos o a los Reglamentos en que incurran en materia socio-ambiental, durante las actividades hidrocarburíferas: los sujetos de control, que el Subsecretario de Protección Ambiental someta a conocimiento y resolución del Director Nacional de Hidrocarburos, serán sancionadas por éste, según la gravedad de la falta, además de la indemnización por los perjuicios o la reparación de los daños producidos.

Las subcontratistas, además de las sanciones a que hubiere lugar en aplicación de este Reglamento, podrán ser eliminadas del registro de calificación de empresas para provisión de obras y servicios. Para que el Director Nacional de Hidrocarburos proceda a la aplicación de sanciones requerirá únicamente que el Subsecretario de Protección Ambiental remita la correspondiente disposición escrita, junto con una copia del expediente en que se fundamenta. El Director Nacional de Hidrocarburos deberá dictar la sanción en el término de sesenta días de recibida dicha documentación, mediante procedimiento de requerimiento previo.

De las sanciones impuestas por el Director Nacional de Hidrocarburos se podrá apelar ante el Ministro de Energía y Minas.

CAPITULO IV

Otras leyes aplicables a la protección ambiental

1. Código Penal

El Código Penal es un instrumento legal que recopila las leyes mediante las cuales se tipifica las conductas humanas que han sido consideradas por el legislador como delictivas, estableciéndose las formas en las cuales deben responder las personas por transgredir las leyes y las penas correspondientes a las que deben estar sujetas.

1.1. Los delitos contra el ambiente

La tipificación de los delitos en contra del ambiente, es una materia relativamente nueva, su penalización se realizó mediante la incorporación de un Capítulo adicional al Código Penal, dentro de la Sección de los delitos contra la Salud Pública, en la cual se incluyeron once artículos que tipifican diversas formas de atentar contra el ambiente. Esta reforma fue realizada mediante la Ley No. 49, publicada en Registro Oficial No. 2 de 25 de Enero del 2000.

Para hablar del delito ambiental debemos reconocer que este se configura solo cuando la tipificación penal sanciona acciones que afectan a los ecosistemas y el medio ambiente considerados en sí mismos sin perjuicio de los daños que ocurran a la vida humana y a su aspecto patrimonial aunque estos últimos constituyan elementos que se agregan como agravantes en el cometimiento de un delito ecológico, este es el caso establecido por el art. 325 del Código Penal Español de 1995, el mismo caso se da en la tipificación de los delitos contra el Medio Ambiente en el Código Penal del Ecuador por lo tanto estaríamos frente a la figura del delito ecológico⁷².

La penalización de los delitos en contra del ambiente fue una orden Constitucional, debido a que la Constitución del año 1998 en el Art. 87 disponía que «*La ley tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente*». Es por demás consecuente, de que si existe el derecho a vivir en un ambiente sano, libre de contaminación, que garantice nuestra salud y el buen vivir, deben existir

⁷² Manual de capacitación en Derecho Ambiental y código de procedimiento penal para fiscales del Ministerio público, CEDA 2004, Pag. 103

prohibiciones y sanciones penales para aquellas personas naturales o jurídicas, que atenten contra este derecho Constitucional.

La tipificación de los delitos contra el Medio Ambiente, se encuentran en el Código Penal, desde el artículo 437A al 437K.

El Art. 437-A.- Refiere que quienes, *«fuera de los casos permitidos por la ley, produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga en posesión, o use desechos tóxicos peligrosos, sustancias radioactivas, u otras similares que por sus características constituyan peligro para la salud humana o degraden y contaminen el medio ambiente, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años»*. [...] *«Igual pena se aplicará a quien produzca, tenga en posesión, comercialicen introduzca armas químicas o biológicas»*.

El Art. 437-B.- dispone: *«El que infringere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, si tal acción causare o pudiere causar perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido»*.

Este es un artículo muy interesante debido a que algunos instrumentos como el TULAS, las Norma INEN, el Reglamento de Operaciones Hidrocarburiíferas 1215, los Reglamentos sobre emisiones al aire, suelo y agua, establecen parámetros mínimos que deben ser acatados por las personas o empresas, que por la naturaleza de sus actividades, vierten residuos industriales. Conocemos sin embargo que dentro de las actividades petroleras o mineras, es donde mas se violan los parámetros fijados por la Ley, de los cuales muchos de estos casos, se los realiza a sabiendas del daño que pueden ocasionar estos elementos con presencia alta, a los animales, plantas y seres humanos que habitan alrededor de los sitios de descargas y que se ven obligados a inhalar o consumir, el aire y el agua contaminada.

El Art. 437-C, dispone niveles de penas mayores a la mencionada en el artículo anterior, que van de tres a cinco años de prisión, cuando:

- a) *Los actos previstos en el artículo anterior ocasionen daños a la salud de las personas o a sus bienes;*
- b) *El perjuicio o alteración ocasionados tengan carácter irreversible;*
- c) *El acto sea parte de actividades desarrolladas clandestinamente por su autor; o,*

- d) *Los actos contaminantes afecten gravemente recursos naturales necesarios para la actividad económica.*

El Art. 437-D.- dispone que *«Si a consecuencia de la actividad contaminante se produce la muerte de una persona, se aplicará la pena prevista para el homicidio inintencional, si el hecho no constituye un delito más grave. [...]»En caso de que a consecuencia de la actividad contaminante se produzcan lesiones, impondrá las penas previstas en los artículos 463 a 467 del Código Penal».*

Es decir que en el primer caso, debe juzgarse de acuerdo al Artículo 460 del Código Penal, que establece *«el que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América».*

En el segundo caso, la pena puede depender de la condición en que se haya lesionado físicamente a la personas, que puede ir de quince días hasta por cinco años si se produjo incapacidad permanente.

Por su parte, el Art. 437-E.- dispone que *«Se aplicará la pena de uno a tres años de prisión, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites fijados de conformidad con la ley; así como el funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado».*

En este artículo observamos que se tipifica penalmente la responsabilidad de quien estando en la obligación de controlar, no lo hace y mas bien, permite que se violen los límites fijados por las normas ambientales.

El Art. 437-F, se refiere aquellos delitos cometidos contra las especies de fauna y flora, en este artículo se dispone que: *«el que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice, especies de flora o fauna que estén legalmente protegidas, contraviniendo las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, será reprimido con prisión de uno a tres años».*

Pero esta pena podrá aumentar de dos a cuatro años de prisión, cuando:

- a) *El hecho se cometa en período de producción de semilla o de reproducción o crecimiento de las especies;*
- b) *El hecho se cometa contra especies en peligro de extinción; o,*

c) El hecho se cometa mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas.

El Art. 437-G, por su lado indica que *«El que extraiga especies de flora o fauna acuáticas, protegidas, en épocas, cantidades o zonas vedadas, o utilice procedimientos de pesca o caza prohibidos, será reprimido con prisión de uno a tres años.*

Los últimos tres artículos se refieren a la protección de los bosques y reservas naturales, tipifica cuáles son las conductas delictivas y las penas correspondientes, por atentar contra el patrimonio forestar y natural.

El Art. 437-H, dispone *«El que destruya, queme, dañe o tale, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que estén legalmente protegidas, será reprimido con prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave.*

La pena será de prisión de dos o cuatro años cuando:

a) Del delito resulte la disminución de aguas naturales, la erosión del suelo o la modificación del régimen climático; o,

b) El delito se cometa en lugares donde existan vertientes que abastezcan de agua a un centro poblado o sistema de irrigación.

El Art. 437-I, menciona que *«Será sancionado con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituye un hecho más grave, el que sin autorización o sin sujetarse a los procedimientos previstos en las normas aplicables, destine las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo, a convertirse en áreas de expansión urbana, o de extracción o elaboración de materiales de construcción».*

De su parte el Art. 437-J, dispone que *«Se aplicará la misma pena prevista en el artículo anteriores, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se destine indebidamente las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo a un uso distinto de que legalmente les corresponde; así como al funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado».*

Finalmente, el Art. 437-K, establece que *«El juez penal podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad competente en materia ambiental».*

Esta última disposición, debe dejar de ser letra muerta, para convertirse en el principal elemento de prevención ambiental, y de castigo para aquellas personas que de forma dolosa e irresponsable atacan contra el ambiente. No es admisible que mientras se haya ocasionado daños al ambiente y consecuentemente, a la salud de las personas, los contaminadores sigan funcionando de forma inalterable. Por lo tanto, son los jueces penales, los que tienen la gran responsabilidad y el reto de empezar a tomar medidas realmente eficaces que signifiquen un antecedente para que los hechos delictivos en contra del ambiente no se vuelvan a repetir.

Por otro lado, también la tipificación de los delitos penales significa un reto para las personas que en el ejercicio de la acción pública, debemos utilizar esta para exigir el cumplimiento de nuestros derechos, y superar el rol de simple espectador.

1.2. Las contravenciones ambientales

En la reforma realizada al Código Penal en el año 2000, se estableció también, un capítulo relacionado a las contravenciones ambientales, se agregó al Código Penal el Capítulo V, de las Contravenciones Ambientales, cuyas disposiciones son las siguientes:

Art. 607-A.- «Será sancionado con prisión de cinco a siete días, y multa de cuarenta y cuatro a ochenta y ocho dólares de los Estados Unidos de Norte América, todo aquel que»:

- a) Contamine el aire mediante emanaciones superiores a los límites permitidos de los escapes de los vehículos;*
- b) Acumule basura en la vía pública, en terrenos o en los frentes de las casas o edificios;*
- c) Haga ruido por falta de silenciador de su vehículo o a través de equipos de amplificación a alto volumen que alteren la tranquilidad ciudadana; o,*
- d) Arroje desperdicios o aguas contaminantes, destruya la vegetación de los parques o espacios verdes, en los casos en que tales actos no constituyan delito.*

1.3. Los Responsables del daño ambiental

La constitución establece, que serán responsables del daño ambiental, tanto los operadores de la actividad, como los funcionarios de control que no hayan prevenido el siniestro ambiental. De la misma forma serán responsables las personas naturales o jurídicas. Aquí estamos entonces frente a dos niveles de responsabilidad.

Un primer nivel de responsabilidad se adquiere por el grado de participación en el hecho o actividad que generó la contaminación, sea actuando como operador o dueño de la empresa contaminante o como sujeto de control en ejercicio de la función pública.

Un segundo nivel se refiere a que tanto las personas naturales como jurídicas son responsables del daño ambiental. No obstante esta disposición, *dada las características de nuestra legislación, basada en el derecho civil romano, el derecho penal 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*⁷³. 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. La 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. Pero es físicamente imposible, llevar a la cárcel a una empresa o persona jurídica [«como haríamos para recluir en un centro de reclusión al edificio de Texaco por el daño ambiental provocado en la Amazonia Ecuatoriana?».] Es indudable que los representantes de dichas corporaciones son los que deben responder, pues los actos que una empresa emprenda y que constituyan delitos en contra del ambiente, son decisiones que las toman sujetos de carne y hueso, es decir personas naturales.

⁷³ Iván Márquez Quiñónez, *Derecho Ambiental y Sociología Ambiental* 2004. Pág. 401-402

1.4. Los grados de responsabilidad penal en los delitos contra el ambiente

A nivel general, el código penal establece grados de responsabilidad para los diversos delitos que se establecen en las Leyes, entre ellos los delitos en contra del ambiente.

Un primer aspecto a tomar en cuenta en relación a la responsabilidad es que *«Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia»*⁷⁴. Para que un acto pueda ser considerado delictivo, debe haber sido cometido por propia voluntad, de forma conciente de parte de quien la cometió, pues si el sujeto cometió el delito bajo amenazas de muerte a su propia vida, con engaños, o en defensa propia, esto no crea responsabilidad penal. Sólo el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad. Por tanto, un sujeto que arroja aguas por encima de los límites permisibles, no puede argumentar que lo hizo por desconocimiento de la Ley. Tampoco el Juez, podrá eximirle de responsabilidad por aquello.

El código Penal, establece las excepciones de responsabilidad, estas son: i) quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer; y, ii) Si el acto ha sido cometido por un alienado mental.

El Código Penal establece otras excepciones que, sin inimputar a la persona, le disminuye la pena, por ejemplo:

- i) cuando se trata de delitos cometidos por ebrios;
- ii) por enfermos mentales con capacidad de controlarse;
- iii) cometidos por los sordomudos; y,
- iv) los cometidos por los menores de dieciocho años.

Las responsabilidades en las acciones delictivas se producen también por acción u omisión de la persona que cometió la infracción.

⁷⁴ Art. 32 del Código Penal Ecuatoriano

¿Qué es la Acción?

«Es toda manifestación de la voluntad que produce un resultado y que se encuentra vinculado a ello, por un nexo causal»⁷⁵. La acción delictiva en contra del ambiente, por tanto puede estar constituida por un acto físico (arrojar componentes químicos, fuera de los límites permitidos) o formales (autorizar las descargas de agua fuera de los límites permisibles).

¿Qué es la Omisión?

Son las acciones que estando en la obligación de hacerlas, de forma ilegítima dejan de hacerse, y por las cuales se provoca un delito. Ejemplo de ello son: no inspeccionar un daño ambiental denunciado, no corregir las prácticas de manejo de los desechos, no sancionar o clausurar a los que reiteradamente producen daños al ambiente, etc.

Los grados de responsabilidad pueden ir desde la autoría, la complicidad y el encubrimiento.

Son autores:

*Los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin*⁷⁶.

Son cómplices:

*Los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos*⁷⁷.

⁷⁵ Zavala Egas Jorge, Derecho Constitucional, Tomo II. P. 204

⁷⁶ Art. 42 del Código Penal Ecuatoriano

⁷⁷ Art. 43 Ibidem

Son encubridores:

«Los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente»⁷⁸. [...] Esta exento de represión el encubrimiento en beneficio del cónyuge del sindicado; o de sus ascendientes, descendientes y hermanos, o de sus afines hasta dentro del segundo grado»⁷⁹.

2. Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre

El principal cuerpo legal que regula las áreas naturales en el Ecuador es la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, que si bien fue codificada en el año 2004⁸⁰, data de 1981. Es por tanto una ley previa incluso a la Constitución de 1998.

Esta Ley establece la figura del Patrimonio Nacional de Áreas Naturales, formado por un conjunto de áreas destacadas por su valor protector, científico, escénico, educacional, turístico y recreacional, por su flora y fauna, o porque constituyen ecosistemas que contribuyen a mantener el equilibrio ambiental y cuyo destino es permanecer «inalterado». (Artículos 66 y 68)

Al parecer, analizar esta Ley resultaría intrascendente para efectos del tema petrolero, sin embargo, si vemos los datos que han manejado los últimos años Instituciones como el Ministerio de Ambiente y organizaciones ambientalistas como Ecociencia y Vigilancia Verde, notamos primeramente que Ecuador es el Primer país mega-diverso del mundo. (en 256 mil 370 Km², el 0.17 por ciento de la superficie terrestre del planeta); es el Segundo país en diversidad de vertebrados endémicos

⁷⁸ Art. 44 Ibidem

⁷⁹ Art. 45 Ibidem

⁸⁰ Codificación 17, Registro Oficial Suplemento 418 de 10 de Septiembre del 2004.

por unidad de territorio (posee más del 11 por ciento de todas las especies de vertebrados terrestres); es Tercer país con más diversidad de anfibios en el mundo (más de 400 especies); Cuarto país del mundo en diversidad de aves y pájaros (17% de especies de todo el mundo existen en nuestro territorio); y, Quinto puesto en diversidad de mariposas Papilónidas en todo el mundo.

En contrapartida existe una gran preocupación por la pérdida y agotamiento de estas especies endémicas del Ecuador, debido a que una de las causas de la extinción de especies de vida silvestre es la destrucción y fragmentación de muchos hábitat naturales, así como la escasa remanencia de los ecosistemas debido principalmente a la tala de árboles para el comercio como para el desarrollo de otras actividades industriales como la hidrocarburífera. En las actividades de prospección sísmica y perforación se generan impactos sobre el suelo, los movimientos de tierra hacen que el suelo pierda las sustancias minerales y orgánicas de la capa superior, por lo que se generan procesos erosivos como los derrumbes. El suelo además es contaminado por la incorrecta disposición de líquidos y desechos industriales como las aguas servidas, lodos de perforación, residuos sólidos y fluidos de perforación. Así mismo podemos identificar las modificaciones topográficas por la construcción de helipuertos y plataformas; y, cambio de uso del suelo que altera los ecosistemas intervenidos en el área. El agua es otro elemento afectado, se expresa en el cambio de calidad de agua que se ve afectada por la incorrecta disposición de desechos sólidos y líquidos. En el aire, podemos destacar la contaminación por el ruido causado por las turbinas de las plataformas o taladros de perforación, además la emisión de gas quemado (se queman más de 30.500 millones de pies cúbicos diarios (mpcd)) cuyos subproductos de la combustión son eliminados directamente a la atmósfera a través de los mecheros. Estas situaciones que provoca la actividad hidrocarburífera ocasiona el desplazamiento de especies tanto terrestres como aéreas, pues la construcción de plataformas, apertura de trochas y caminos, los ruidos que estos ocasionan, hacen que éstas se desplacen de su hábitat. Además muchas especies pueden estar sufriendo de infecciones debido a que producto de la mala disposición de los residuos tóxicos, se generan roedores e insectos no deseables que generan enfermedades.

La explotación petrolera en el norte de la Amazonía ecuatoriana es responsable de la deforestación de 2 millones de hectáreas de bosque.

Si bien es cierto esta Ley no interviene en aquellos efectos del impacto de la explotación petrolera respecto a los recursos forestales y de fauna y flora silvestres, es importante destacar que existen prohibiciones respecto a determinadas actividades

que eventualmente puedan realizar quienes trabajan al interior de los campos petroleros, por ejemplo, la Ley señala infracciones y Penas para quienes poden, talen, descortecen, destruyan, alteren, transformen, adquieran, transporten, comercialicen, o utilicen los bosques de áreas de mangle, los productos forestales o de vida silvestre o productos forestales diferentes de la madera, provenientes de bosques de propiedad estatal o privada, o destruyan, alteren, transformen, adquieran, capturen, extraigan, transporten, comercialicen o utilicen especies bioacuáticas o terrestres pertenecientes a áreas naturales protegidas, sin el correspondiente contrato, licencia o autorización de aprovechamiento a que estuviera legalmente obligado, o que, teniéndolos, se exceda de lo autorizado, será sancionado con multas equivalentes al valor de uno a diez salarios mínimos vitales generales y el decomiso de los productos, semovientes, herramientas, equipos, medios de transporte y demás instrumentos utilizados en estas acciones. Asimismo, si la tala, quema o acción destructiva, se efectúa en lugar de vegetación escasa o de ecosistemas altamente lesionables, tales como manglares y otros determinados en la Ley y reglamentos; o si ésta altera el régimen climático, provoca erosión, o propensión a desastres, se sancionará con una multa equivalente al cien por ciento del valor de la restauración del área talada o destruida.

Estas sanciones serán de competencia de los Jefes de Distrito Regional y Jefes de Área Natura, de cuyas Resoluciones se podrá apelar ante el Ministerio de Ambiente.

El Ecuador es un país que por su condición megadiversa, posee actividades de explotación petrolera dentro de áreas protegidas, como por ejemplo el Parque Nacional Yasuní y la Reserva Faunística Cuyabeno. Adicionalmente la actual constitución establece un rango especial para la explotación de aquellos recursos que se encuentran en áreas de protección natural. En este sentido, la actual legislación en materia de Áreas Protegidas debe reformarse para poder regular los aspectos concernientes a protección forestal y de vida silvestre, así como las actividades que están vedadas en estas áreas. No debemos olvidar que el Ecuador es suscriptor de Convenios Internacionales de protección a flora y fauna, como por ejemplo: La Convención CITES sobre comercio y tráfico ilegal de fauna y flora silvestre, y, la Convención sobre la Conservación de especies Migratorias de animales silvestre, también conocida como Convención Bonn. En ellos los Estado se comprometen a conservar los hábitat que sean importantes para preservarlas de la extinción, a evitar que pasen a un estado de conservación desfavorable y generar acuerdos para preservar dichos hábitat. Estas obligaciones, son contrapuestas a la explotación hidrocarburífera en los hábitats de las especies migratorias, como el Yasuní y Cuyabeno. La misma Conferencia de las Partes en su Resolución 7.3 del año 2002,

identifica a los hidrocarburos como una amenaza grave para las especies migratorias. Por lo tanto, tomar en cuenta esta disposición a fin de solicitar al estado que aplique el principio de precaución para no afectar estas especies, es una tarea que debemos realizar en base a este fundamento legal.

3. Ley de Régimen del Sector Eléctrico

La actividad hidrocarburífera requiere para su funcionamiento un conjunto de condiciones técnicas e industriales, una de ellas, es el abastecimiento de energía eléctrica, que haga posible el funcionamiento de las turbinas, generadores, luz eléctrica y otros derivados eléctricos para el normal funcionamiento de un campo, plataforma o estación petrolera.

Por las cercanías que existen entre las estaciones de explotación e industrialización de petróleo con las poblaciones humanas, y de flora y fauna, el proceso de implementación de centrales, tendidos o torres eléctricas debe estar en condiciones que garanticen la salud a las personas y el respeto al ambiente.

En este sentido, la Ley del Sector Eléctrico establece las pautas que deben observarse previo a la ejecución de la obra, los proyectos de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica los mismos que deberán cumplir las normas existentes en el país de preservación del medio ambiente. Para ello deberá contarse con un estudio independiente de evaluación del impacto ambiental, con el objeto de determinar los efectos ambientales, en sus etapas de construcción, operación y retiro; dichos estudios deberán incluir el diseño de los planes de mitigación y/o recuperación de las áreas afectadas y el análisis de costos correspondientes, orientados a mantener dentro de los límites establecidos, los efectos nocivos en el medio físico (atmósfera, hidrosfera y litosfera), el medio biológico (flora y fauna) y en poblaciones humanas.

Para dar viabilidad a estas metas, existe un Reglamento de orden técnico, que determina los parámetros para la aplicación de esta norma, en dicho Reglamento se determina que el CONELEC aprobará los estudios de impacto ambiental y verificará su cumplimiento.

4. Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental

Es una Ley que tiene como finalidad establecer las disposiciones para la prevención y control de la contaminación ambiental, estableciendo las prohibiciones y las fuentes que se consideran potenciales de la contaminación. Tiene su ámbito de regulación en los recursos del suelo, agua y aire.

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

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

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

Establece que son fuentes potenciales de contaminación del aire:

4. Las artificiales, originadas por el desarrollo tecnológico y la acción del hombre, tales como fábricas, calderas, generadores de vapor, talleres, plantas termoeléctricas, refinerías de petróleo, plantas químicas, aeronaves, automotores y similares, la incineración, quema a cielo abierto de basuras y residuos, la explotación de materiales de construcción y otras actividades que produzcan o puedan producir contaminación; y,
5. Las naturales, ocasionadas por fenómenos naturales, tales como erupciones, precipitaciones, sismos, sequías, deslizamientos de tierra y otros.

Para prevenir estos efectos, la Ley establece que las instituciones públicas o privadas interesadas en la instalación de proyectos industriales, o de otras que pudieran

ocasionar alteraciones en los sistemas ecológicos y que produzcan o puedan producir contaminación del aire, deberán presentar a los Ministerios de Salud y del Ambiente, según corresponda, para su aprobación previa, estudios sobre el impacto ambiental y las medidas de control que se proyecten aplicar.

A pesar de que esta fue la primera Ley que reguló las actividades sobre la contaminación del ambiente, actualmente se ha quedado como una disposición meramente declarativa que no tiene ningún aspecto procedimental, por lo que sus disposiciones sirven más de observación que de aplicación práctica.

CAPITULO V

Acciones legales por daño ambiental

1. Acciones constitucionales

Las acciones Constitucionales son aquellos mecanismos de Garantía o herramientas jurídicas mediante las cuales exigimos al Estado un comportamiento de respeto o garantía de los derechos humanos, éstas Garantías deben ser adecuadas y eficaces, de tal forma que su utilización tenga un resultado positivo a favor de quien demanda su aplicación o reparación, es decir que repare la violación del derecho.

El actual Estado se define como un «Estado Constitucional de derechos y justicia», que se fundamenta en los derechos colectivos y ambientales, donde el Estado se convierte en garante y actor de tales, equiparando la prioridad dada a las garantías individuales de la anterior constitución.

Las Garantías Constitucionales:

Las Garantías en la anterior Constitución, estaban ligadas a lo judicial y se establecían como garantías de los derechos, por tanto tenían el carácter de restrictivas. *La actual Constitución le otorga un tratamiento integral, de tal forma que no está ligada a lo meramente judicial. Existen dos clasificaciones de las Garantías: la una en función de los poderes del Estado y la otra en función a los derechos al rol de la Justicia Constitucional. En relación a la primera, las garantías son de tres tipos: normativas, políticas públicas y jurisdiccionales*⁸¹. En relación a las garantías normativas, se establece que los legisladores, el Presidente de la República, los alcaldes, los prefectos y todo aquel que tenga facultades de expedir normas deben adecuar las mismas, a los principios y garantías que establece la Constitución. En relación a las Garantías de Políticas Públicas, se establece que los programas, planes, proyectos, deben adaptar sus decisiones hacia la realización de los derechos que garantiza la Constitución. Y, en relación a las Garantías jurisdiccionales, los jueces controlan que los actos públicos, no violen derechos fundamentales. Estas garantías jurisdiccionales son las que protegen los derechos de las personas y colectivos que establece la Constitución.

⁸¹ Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en Perspectiva. Las Garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos, avances conceptuales en la Constitución 2008, Ramiro Ávila Santamaría, p. 93

Existen diferentes formas por las cuales una persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o transnacional, en el desarrollo de sus actividades industriales, puede atentar contra el derecho constitucional de todos a vivir en un ambiente sano o los derechos de la naturaleza. Algunas de estas formas de violar los derechos constitucionales, se expresan a través del otorgamiento ilegítimo de una licencia ambiental, falta de consulta previa a las comunidades, incumplimiento reiterada a los principios y leyes que establecen el desarrollo sustentables, incumplimiento de sentencias o informes que establecen obligaciones de mitigar daños ambientales, etc. Ante estas acciones, existen garantías para el cumplimiento de los derechos ambientales que se vean comprometidos.

En este sentido analizaremos como algunas Garantías como la Acción de Protección, el Acceso a la Información Pública, la Acción por Incumplimiento y la Acción Extraordinaria de Protección, pueden convertirse en mecanismos idóneos y eficaces para la garantía de los derechos ambientales. Vale advertir que no se trata de desarrollar en este Manual, un estudio minucioso del contenido de estas Garantías, sino que la intención es verificar la idoneidad y forma de utilizarlos como mecanismos de protección de los derechos ambientales. De otra parte, debido a que estas garantías contienen otras disposiciones garantistas y novedosas, deben reformarse la Ley de Control Constitucional, que venía regulando las mismas. Al respecto, en la Corte Constitucional y Ministerio de Justicia se está preparando un proyecto de Ley de Justicia Constitucional que intentan dar materialidad a las garantías mencionadas anteriormente.

1.1. Principio de aplicación de la Garantías Constitucionales

Las garantías Constitucionales de las que vamos a tratar, deben estar regidas por los principios establecidos en la Constitución. La actual Constitución en el artículo 86, establece las disposiciones que regirán el trámite y aplicación de las garantías jurisdiccionales, estas disposiciones son las siguientes:

1. *Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.*
2. *Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:*
 - a) *El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.*

- b) Serán hábiles todos los días y horas.*
 - c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.*
 - d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.*
 - e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.*
- 3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.*
- Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.*
- 4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.*
 - 5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia. 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.*

1.2. La Acción de Protección

La Acción de Protección es una Garantía Constitucional de protección de todos los derechos Humanos reconocidos en la Constitución, su nombre reemplaza a lo que anteriormente se conocía como Amparo Constitucional.

La actual Constitución establece que *la Acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación 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*⁸².

La Constitución del 98 le daba al Amparo Constitucional, un carácter meramente cautelar, es decir que procedía excepcionalmente cuando se producía una violación a un derecho constitucional y que éste produzca un daño grave e inminente. Por lo tanto se necesitaba que cumplieran estos tres parámetros, para ser exigibles, por lo tanto los jueces al verificar la inexistencia de uno de dichos requisitos, podría fácilmente desechar la Acción, sin analizar la violación de fondo.

La actual Constitución, establece que la acción de protección es cautelar, pero también de fondo o conocimiento, es decir se puede solicitar una Acción de protección con el objeto de solicitar una medida cautelar para evitar el daño o la violación del derecho; y, también se puede solicitar la Acción para cuando el daño ya se ha provocado, con el objeto de solicitar la reparación del derecho.

a) ¿Cuándo existe una violación a los derechos Constitucionales?

Existe una violación a los derechos Constitucionales, cuando la autoridad pública en el ejercicio de sus funciones, de forma autoritaria realiza actos que la Constitución expresamente prohíbe. Estos actos también pueden ser realizados por particulares que actúen por delegación del Estado.

Lo que hace visible una violación Constitucional, es cuando la consecuencia del Acto provoca una situación de gravedad al administrado, de tal forma que se ve afectada su dignidad, dejándolo en situación de vulnerabilidad e indefensión respecto del resto de personas. Es decir que el Acto provoca un resultado injusto y desproporcionado.

⁸² Art. 88 de la Constitución de la república del Ecuador 2008

La Acción de protección establece que la vulneración de derechos se puede dar por la realización de actos ilegítimos u omisiones ilegítimas de la autoridad, conviene por tanto analizar estas dos circunstancias.

b) El Acto ilegítimo

Acto ilegítimo es toda manifestación de voluntad realizada en contra de la Constitución o la Ley, que produce un resultado injusto y desproporcionado.

De esta definición que propongo, podemos entender que los actos ilegítimos no se refieren únicamente aquellos actos que nacen de una resolución escrita, sino a todos aquellos que aún no siendo escritos, produzcan una violación a un derecho constitucional. Muchos funcionarios públicos realizan actos de hecho que lesionan los derechos del administrado y no necesariamente lo transcriben en un papel. Por ejemplo, cuando se despide intempestivamente de forma verbal a un grupo de personas, cuando el juez en la audiencia niega la palabra al acusado, disponiendo que sólo intervenga su abogado defensor, cuando se dispone la tortura a un detenido, etc. Son actos en los que por simple lógica no pueden transcribirse, no sólo por las circunstancias en que se generan sino porque la constancia escrita, acarrearía una responsabilidad al funcionario que emitió el acto.

Entonces para la procedencia de la Acción de Protección, no es necesario que el acto impugnado tenga el carácter de administrativo. Al respecto el Tribunal Constitucional, en un fallo respecto al anterior Amparo Constitucional ya manifestó que *«la Constitución de la República habla simplemente de acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, expresión lo bastante amplia para extenderse más allá del solo concepto de acto administrativo, e incluso de la noción de acto jurídico. En efecto, del examen atento del texto constitucional, resulta que el Amparo está concebido como una garantía de los derechos fundamentales de la persona, y no a ultranza como un mecanismo de impugnación o tacha de actos administrativos»*⁸³

c) La Omisión Ilegítima

Para efectos de la acción de protección, la omisión ilegítima son todas aquellas acciones que de manera ilegítima dejan de hacerse provocando la violación de un derecho. En derecho público los funcionarios están en la obligación de hacer aquello

⁸³ Caso No. 367-2003-RA

que la Ley les faculta, se aplica el principio de que no pueden hacer acciones más allá de las dispuestas por la Ley. El fundamento es, que toda autoridad pública está en la obligación de hacer lo que la norma le indica, no es un asunto discrecional sino obligatorio, sino lo hace, entonces, recae en un omisión ilegítima.

Para ejemplificar podríamos decir que si una compañía petrolera que está en la obligación legal de remediar en un determinado tiempo el daño causado después de haber ocurrido un daño ambiental, y no lo realiza, está incurriendo en una violación a los derechos constitucionales bajo la figura de la omisión ilegítima.

«cuando la autoridad deja de ejercer sus atribuciones o competencias está faltando a sus obligaciones. Este dejar de hacer es la omisión, y la ilegitimidad se configura precisamente por la obligación de actuar que tiene la autoridad», al dejar de actuar se produce una lesión a los derechos constitucionales.

Recordemos que muchas de las violaciones en materia ambiental se generan precisamente por omisión, por ejemplo, cuando no se realiza la consulta previa a las comunidades afectadas por una explotación petrolera o minera. Bajo este análisis, los jueces deberían analizar que es un acto que viola los derechos por omisión, sin embargo existen casos en los que los jueces han requerido que se demuestre documentadamente que hubo un acto por el cual se violó el derecho a la consulta previa. Lo cual es inconstitucional e innecesario.

d) Personas legitimadas para presentar la Acción de Protección

En la sección que traté sobre la acción pública, como garantía para acudir a los jueces a solicitar la tutela de los derechos ambientales, me referí a que cualquier persona puede ejercer las acciones para solicitar medidas cautelares o la reparación del daño ambiental.

En el caso de la acción de protección esta posibilidad sigue inalterable, es decir que Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer esta acción, inclusive tratándose del tema ambiental, no necesita demostrar un interés directo en la acción.

De acuerdo a la Constitución y las Reglas de Procedimiento para el período de Transmisión de la Corte Constitucional, pueden presentar una Acción de Protección:

El ofendido o perjudicado

El representante legítimo de una colectividad

El defensor del Pueblo o sus Adjuntos y Comisionados

Cualquier persona natural o jurídica

Si una Acción de Protección ha sido negada anteriormente, no puede volverse a presentar. Salvo que la causa de la negativa haya sido por inadmisión formal, es decir porque no se presentó algún documento que justifique la personería jurídica, o sea por faltar de legitimación activa. Al respecto vale manifestar que según la línea de interpretación que ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional –ahora Corte– en los últimos tiempo es el de considerar la acción pública sin ningún tipo de restricción para ejercicio de la Acción de Protección en temas ambientales. Así en el caso 0535-2007-RA, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en relación al criterio del juez de primera instancias de que «...*el accionante no ha demostrado la calidad de poseionario o propietario de algún lote de terreno rural, en el sector que menciona en su demanda, ni tampoco ha justificado en su demanda ser representante de la personería jurídica a nombre de quien comparece...*». El Tribunal Constitucional ha establecido que «*para el ejercicio de la acciones correspondientes en el campo ambiental se ha otorgado legitimación activa o aptitud para ser parte en un proceso concreto a los ciudadanos, grupos determinados y organizaciones; vale decir, están habilitados para presentar acciones sin necesidad de mostrar un interés personal y directo en el daño ambiental producido contra el ilícito contra el cual reclama...*». El Tribunal continúa y dice que «*esta disposición debe ser aplicados por los Jueces de forma primaria sin que existan o argumenten restricciones o requisitos de cualquier naturaleza, que ponga en entredicho, este derecho constitucional, pues lo estaría limitando*».

La Corte Constitucional, en el caso 0816-2008-RA, estableció que «...*[...] pueden deducir la Acción tanto las personas físicas como las jurídicas, por intermedio de sus representantes legales, así como aquellos colectivos de personas que mantienen una comunidad de intereses, no sólo entendidos como aquellos que son beneficiarios de derechos colectivos [...]*». «*la Sala encuentra que aún si los actores no se encuentra legitimados para intervenir a nombre de una colectividad, podrán hacerlo como personas naturales, pues el fundamento de su demanda es la afectación al medio ambiente*».

Muchas de las Acciones de protección por temas ambientales, son presentadas por colectividades de afectados, al respecto, es importante aclarar que no se necesita tener un Acta o vida jurídica de dicha colectividad, para comparecer como actor. El Tribunal Constitucional en la causa 0325-2003-RA, estableció que «*(...) hay que*

precisar que como colectividad se entiende a un grupo humano reunido o convocado para un mismo fin, que no ha obtenido personería jurídica. Entonces, el titular de estos derechos colectivos es el grupo toso los individuos por ser miembros de ese grupo, como podría ser el caso de los jubilados, la comunidad Shuar, la comunidad Afroecuatoriana, un grupo de intereses de la Sierra, etc., y que para efectos de su comparecencia, que no puede ser general, deben elegir a alguien para que represente sus voluntades o personalidad; es decir designan al «representante legitimado de una colectividad» que puede ser una directiva o una o más personas singularizadas, las que van a actuar a nombre de esa colectividad o de un interés comunitario en particular (..)»

La actual Constitución establece, que no será indispensable el patrocinio de un abogado para presentar la Acción, no obstante esta disposición, desde luego novedosa y legítima, es importante valerse de un criterio jurídico, para evaluar la viabilidad y estratégica legal de la Acción.

e) Personas que pueden ser demandadas

De acuerdo al Artículo 88 de la Constitución se pueden demandar mediante Acción de Protección, a las siguientes personas:

1. Autoridad pública no judicial

Tiene la calidad de autoridad pública (..) aquellas personas, órganos, o entidades que han asumido facultades de resolución, decisión o ejecución y que están dotados, en consecuencia, de la potestad para realizar actos de trascendencia jurídica que invaden el ámbito de acción de los particulares imponiéndoles su voluntad»⁸⁴

La Corte de Justicia Mexicana define a la autoridad pública como: «*todas aquellas personas que disponen de la fuerza en virtud de circunstancias ya legales, ya de hechos y de que por lo mismo, están en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza que disponem*».

Conviene mencionar que en el tema ambiental existen diferentes instituciones que ejercen competencia en materia ambiental, consecuentemente tienen autoridad pública respecto a la autorización, control, sanción y prohibiciones ambientales.

⁸⁴ Obra citada, Zavala Egas Jorge, p. 206

Por lo tanto su comportamiento debe estar condicionado al respeto de los derechos ambientales. Caso contrario, pueden ser demandados. Algunas de estas instituciones son:

- Ministerio del Ambiente
- Ministerio de Minas y Petróleos
- Ministerio de Electricidad y Energía Renovables
- Gobiernos Municipales y Gobiernos Provinciales
- Petroproducción
- Petroecuador
- Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, etc.

La actual Constitución al referirse que la Acción de Protección podrá interponerse contra actos de autoridad pública no judicial, deja en el debate una posición que se venía discutiendo, tiempo atrás, y es el hecho de que si bien es cierto la acción de protección se centra en la protección de los derechos de las personas contra actos de la autoridad pública no judicial, no es menos cierto que en a función judicial también se pueden producir eventuales actos por acción u omisión que vulneren los derechos constitucionales de las personas. Para ilustrar esta preocupación me permito mencionar el caso 0367-2003-RA, el cual consistía en que el Secretario Relator de una Corte Superior de Justicia se había negado a recibir el escrito de Recurso de Casación por no haber acompañado el comprobante de recibo del pago de la tasa judicial, el demandante pidió que el Amparo propuesto debía negarse por cuanto contravenía la norma constitucional, que indicaba que el Amparo no procede contra decisiones judiciales. Esta situación u otras similares, pueden volverse a presentar en el futuro, lo cual es un error suponer que ningún acto emanado de los funcionarios de la función judicial podría ser sujeto a la Acción de Protección. Por lo tanto, considero que a pesar de que existe esta calificación de autoridad pública no judicial en la Constitución, el término no debe interpretárselo en su acepción restrictiva.

2. Contra funcionarios que hayan expedido políticas públicas que supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales

Las políticas públicas son un instrumento del ejercicio del poder, que es utilizado tanto por los poderes nacionales como locales para resolver condiciones adversas o negativas de los ciudadanos, en los diferentes ámbitos y materias. Esta concepción filosófica, no garantiza sin embargo que en el proceso de construcción o ejecución de una política pública, existan circunstancias que impliquen una violación a los derechos de las personas. Es decir que las políticas públicas pueden contener en su diseño y aplicación vicios de inconstitucionalidad, por ser discriminatorias, excluyentes, xenófobas, desiguales, etc. En el caso ambiental pueden existir políticas públicas que incentiven por ejemplo: la tala indiscriminada de árboles, la colonización, la extracción de recursos del subsuelo, etc. en zonas de reservas ecológicas o bosques protectores, lo que supondría una violación a la intangibilidad de las áreas naturales.

Los funcionarios que toman este tipo de decisiones, como parte de una política pública nacional o local pueden ser objeto de Acción de Protección

3. Contra los particulares

Existen particulares que ostentan poderes no estatales y que sin embargo pueden causar graves violaciones a los derechos de las personas. Una ejemplificación de aquello, son los poderes que detentan los gerentes de las clínicas de Rehabilitación respecto de los consumidores adictos de sustancias estupefacientes; la que se genera entre el gerente de una clínica de salud y el enfermo que no tiene como pagar el costo de la operación; o, la del dueño de una vulcanizadora o empresa de procesamiento de pescado, que arroja las aguas contaminadas a los ríos o quebradas respecto de una comunidad. Aquí sin duda se han producido casos en los cuales se tortura o impide la libertad de tránsito a las personas hasta que satisfagan la necesidad del dueño de la clínica, y en el caso ambiental se atenta contra la salud de las personas. Estas acciones son una violación al derecho de la integridad física y a la libertad, y al ambiente sano, sin embargo no ha sido asumido de esta forma por las personas y se deja de ejercer la posibilidad de solicitar medidas cautelares o de reparación.

La nueva constitución establece que cabe presentar una acción de Protección contra este tipo de particulares que ejercen materialmente un poder respecto a los afectados. Por tal razón la Constitución, también señala que «cabe presentarse la acción cuando

el solicitante se halle en estado de indefensión». Es decir cuando la situación jurídica en que se halle la persona, sea que la no existencia de leyes o recursos que le permitan defenderse efectivamente, le causa un perjuicio a sus derechos.

4. Contra los particulares que actúen por delegación o concesión o que presten servicios públicos impropios

La norma Constitucional establece que se pueden presentar acción de Protección contra los particulares que actúen por delegación y que presten servicios públicos. Esta disposición Constitucional nos conlleva a señalar que pueden demandarse cuando los particulares actúen por delegación del estado, o cuando actúen sin delegación.

En el primero de los casos, existen un sinnúmero de actividades estatales que están siendo desarrolladas bajo la figura de concesiones. Las actividades petroleras o mineras, son un ejemplo práctico de aquello, en la cual el Estado otorga a las Transnacionales, la facultad de explotar los recursos del subsuelo a cambio de regalías o pagos de impuestos. Estas empresas, cuando en la realización de sus actividades, afecten a los derechos constitucionales, como el derecho a un ambiente sano, al agua, a la salud, etc, son susceptibles de ser demandadas mediante la acción de Protección.

Respecto al segundo caso, muchos particulares sin tener delegación o concesión de parte del Estado, desarrollan actividades de prestación de servicios públicos. Los servicios públicos, según están establecidos en la Constitución, son: abastecimiento de agua potable, salud, vivienda, educación, transporte, seguridad social, etc. La propia constitución establece que podrán existir instituciones particulares que presten este tipo de servicios, por lo que existe una especie de delegación constitucional para que desarrollen dichas actividades. En la prestación de estos servicios, los particulares pueden cometer violaciones a los derechos de las personas, por ejemplo, un centro de educación superior, puede negar la matrícula a una estudiante embarazada, o que tenga una orientación sexual diferente. Esto supone una violación al derecho a la educación y discriminación, que debe ser resuelto de forma urgente, por la autoridad judicial, en tal sentido la acción de protección contra estos particulares, es perfectamente legítima y procedente.

f) Autoridades que conocen la acción de Protección

- a) En primera instancia, cualquier jueza o juez, sin que importe su especialidad, del lugar donde se originó el acto u omisión que afectó o amenazó el derecho; donde se producen los efectos del acto u omisión; o, en el lugar del domicilio del demandado, para el caso de la acción de protección contra particulares; y,
- b) En apelación, las Cortes Provinciales de Justicia.

La constitución del 2008 establece que la acción de Protección deberá ser conocida por un juez o jueza del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos. Para ejemplificar esta disposición diremos que, si se expidiere una licencia ambiental por parte de un Ministerio en la ciudad de Quito, que autoriza la realización de una actividad de explotación petrolera en la provincia de Orellana, en la cual no se ha realizado la Consulta previa, se puede presentar la demanda tanto en Quito, que es donde se origina el acto, como en Orellana, en donde se producirá como efecto, la realización de la explotación ilegítima.

La ley de control Constitucional establecía que los jueces que debían conocer las acciones de amparo, eran los jueces civiles o Tribunales de Instancia, o excepcionalmente los jueces penales durante los feriados⁸⁵. Actualmente, con las Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional, se establece que cualquier Juez, previo el sorteo correspondiente, en el caso de los lugares donde haya más de un Juzgado, podrá conocer y resolver sobre la acción demandada. Esto significa que un juez de lo laboral, de la Niñez y adolescencia o de Inquilinato, etc, podrá pronunciarse sobre una Acción de Protección, cuando por sorteo le correspondan conocer dicha causa.

Aquí existe un riesgo y es que la nueva aplicación constitucional de los derechos humanos, suponen la aplicación de una metodología de argumentación e interpretación diferente al campo meramente civilista o mercantilista, que por las condiciones de formación que tienen los jueces de esta materia, se puede suponer que no tienen la suficiente solvencia para resolver sobre temas constitucionales.

La Acción de Protección se puede presentar en cualquier día, incluido los días feriados y festivos. La constitución dispone que sean hábiles todos los días y horas.

⁸⁵ Art. 47 de la Ley de Control Constitucional

En los casos en que se presente en días feriados, ha de entenderse que la autoridad judicial que conoce la causa, deben ser los jueces que por mandato de la ley, se encuentren de turno en días y horas fuera del horario normal de trabajo de los demás juzgados. La Ley de Control Constitucional dispone que si se llegare a presentar la Acción en días feriados, esta excepcionalidad debe ser justificada por el demandante, es decir debe justificar porque razones no presentó la Acción en los días hábiles. La razón para esta fundamentación es que el legislador ha considerado que se pueden presentar situaciones en las cuales por padrinazgos o afinidades, los actores esperan presentar las Acciones con los jueces que estarán de turno, sobre los cuales han producido presiones anticipadas de diversa índole. Sin embargo por principio Constitucional se debe entender, que actualmente está disposición está derogada tácitamente.

g) ¿Qué debe contener una Acción de Protección?

- Debe estar dirigida a la autoridad competente para conocer la acción
- Los nombres completos y los datos mas importantes de la persona que interpone la Acción (edad, profesión u oficio, nacionalidad, domicilio, número de cédula)
- El nombre completo y dirección de la autoridad o persona particular demandada en la acción.
- Narrar los hechos, actos u omisiones que el recurrente considere violatorios de sus derechos consagrados en la constitución o en los Tratados Internacionales, y como la autoridad pública o particular, generó esta violación. (cuando ocurrió el derrame, porque no se ha realizado la remediación, porque o se realizó la consulta previa, etc)
- Señalar el o los Derechos Constitucionales o los recogidos en Instrumentos Internacionales vigentes que hayan sido violados o puedan violarse.
- La Identificación clara de la pretensión, que deberá incluir:
 - i. La petición al Juez que adopte medidas cautelares urgentes para prevenir o suspender la violación del derecho. De ser posible, se deberá mencionar que medidas en concreto se requieren.

- ii. La petición final de las medidas de reparación del derecho violado. Enumerarlas con claridad.
- Fundamentar y en la medida de lo posible acompañar pruebas sobre:
 - 1. El Acto u omisión ilegítimo del demandado (certificaciones de la comunidad o autoridades locales de que no realizó la consulta previa, denuncias sobre derrames de petróleo, resoluciones de las autoridades competentes que no hayan sido acatadas, según dependa el caso)
 - 2. El daño sufrido como consecuencia de la violación del derecho constitucional
 - La Declaración bajo juramento de que no ha presentado otra Acción de protección por la misma materia y con el mismo objeto
 - Determinar el domicilio judicial, Constitucional o el lugar en el cual se van a recibir las notificaciones
 - Firma del recurrente o actor y de ser posible, la del abogado patrocinador
 - En caso de demandas formuladas de manera oral o cualquier otra forma de expresión, la jueza o juez dispondrá al actuario que se las reduzca a escrito, observando lo dispuesto en el artículo 43 numeral 1 de las presentes reglas.

Cabe mencionar que los contenidos de la Acción de Protección, señalados anteriormente, son con el objeto de presentar una Acción técnicamente prudente y que satisfaga las exigencias de la formalidad jurídica, pero no son de obligatorio cumplimiento, debido a que la actual Constitución dispone que las Acciones se puede presentar también de forma oral, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. Esta disposición es importante, debido a que la nueva misión de la Constitución, es amparar a la persona sin que para ello la víctima de la violación tenga que hacer una valoración del derecho vulnerado, pues en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es al Juez, a quien le corresponde realizar un estricto examen de interpretación constitucional para verificar los derechos vulnerados y solicitar las reparaciones o medidas cautelares urgentes que sean eficaces e idóneas. Es decir debe dejar de ser un simple repetidor de la Ley. Por ello bajo la premisa de que la administración de justicia debe ser accesible, no se requiere obligatoriamente la presencia de un abogado, debido a que la contratación de un abogado normalmente representa un costo pecuniario para la víctima, que de

inicio le representa una limitación. Además las notificaciones a las partes inclusive pueden realizarse por los medios más eficaces, esto es vía fax, correo electrónico, etc., considerando que la Acción debe ser sencilla, rápida y eficaz⁸⁶.

h) Procedimiento de la Acción de Protección.

Cabe mencionar que existen diversas disposiciones respecto al trámite de esta Acción Constitucional, como la Constitución y la Ley de Control Constitucional, sin embargo para efectos prácticos, debemos remitirnos a las Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional para el Período de Transmisión, en la que se establece de forma clara, el procedimiento de transición a seguir, para todas las acciones de garantías jurisdiccionales, el trámite es el siguiente:

Trámite preferencial.- «La tramitación de las garantías jurisdiccionales de los derechos será sustanciada por las juezas y jueces competentes con preferencia a cualquier otro trámite, para lo cual se pospondrá todo asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus, que es prioritario»⁸⁷

- a) La demanda será presentada personalmente por el interesado, de manera verbal o escrito. En ningún caso el escrito que contenga la demanda será inadmitido o rechazado por la jueza o juez competente alegando falta de cumplimiento de requisitos;
- b) En el auto que admite la demanda, la jueza o juez dispondrá notificar al demandado y señalará la fecha de la audiencia pública (la Ley de Control Constitucional dispone que será en 24 horas), en la que el demandado presentará sus argumentaciones;
- c) De acuerdo con lo previsto en el artículo 86 numeral 3 de la Constitución, la jueza o juez podrá disponer la práctica de pruebas o la realización de cualquier otra diligencia que considere indispensable para su decisión;

⁸⁶ A pesar de esta disposición, existen algunos Jueces que siguen manteniendo una actitud contraria, por ejemplo, un Juez de Shushufindi, no permitió el desarrollo de una Audiencia de Acción de Protección, por que en el documento de citación no aparecía la firma de una de las autoridades notificadas, a pesar de que dicha autoridad si se presentó el día de la Audiencia.

⁸⁷ Art. 43 Num. 4 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional para el Período de Transición 2008

- d) La práctica de pruebas se sujetará a los principios de contradicción, oportunidad, pertinencia e interculturalidad, siendo además aplicables para el efecto las reglas y principios generales de la prueba y su valoración;
- e) Si la parte actora no asiste a la Audiencia, se tomará como desistimiento de la Acción.
- f) Si la inasistencia es de la parte demandada, el Juez debe de todas formas resolver, tomando en cuenta que «*Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información*»⁸⁸. Es decir deberá conceder la acción y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial.
- g) La jueza o juez pronunciará sentencia en el plazo improrrogable de cinco días;
- h) Quien tuviere un interés legítimo, debidamente justificado en el resultado del proceso, podrá intervenir en él como tercero interesado;
- i) Si el demandante ha presentado más de una acción sobre la misma materia y objeto, la jueza o juez dispondrá el archivo de todas las acciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar;
- j) En ningún caso se admitirá inhibición de la jueza o juez; y,
- k) La sentencia se notificará a más tardar al día siguiente de haber sido pronunciada, en las casillas judiciales, constitucionales o en el lugar señalado para recibir notificaciones, según sea el caso.
- l) En la sentencia el Juez tiene dos opciones:
 - Conceder la Acción
 - Negar la Acción.

⁸⁸ Art. 86 Num. 3 de la Constitución 2008

En ambos casos, la Resolución debe ser lo suficientemente motivada; esto es, debe fundamentar el motivo de su aceptación o negación, en la cual se establezcan de forma clara la argumentación y los métodos de interpretación utilizados. De no existir una resolución fundamentada, se entenderá que esta es nula, conforme lo establece la constitución

La sentencia que se expida en la acción de protección, contendrá:

- a) La identificación de los sujetos procesales;
- b) La determinación del derecho presuntamente vulnerado;
- c) La relación de los hechos propuestos tanto por el actor, cuanto por el demandado;
- d) La justificación procesal de veracidad de los hechos afirmados en la acción;
- e) La valoración de las pruebas actuadas, en caso de haberlas;
- f) La decisión de la jueza o juez aceptando o negando la acción de protección; y en el primer caso, la determinación clara y precisa del contenido y alcance de la reparación integral;
- g) La orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectivo el derecho; y,
- h) El plazo razonable para el cumplimiento de lo resuelto.

De la decisión que adopte el Juez, las partes podrán interponer una Apelación ante la Corte Provincial de Justicia, la que deberá resolver sólo en el efecto devolutivo, es decir que si el Juez ordenó medidas cautelares o suspensión del acto violatorio, este tiene que cumplirse sin perjuicio que la Corte pueda posteriormente revocar la decisión del Juez de primera instancia.

i) ¿Cuándo no procede la Acción de Protección?

De acuerdo al Artículo 50 de las Reglas de procedimiento de la Corte Constitucional para el Período de Transición, La acción de protección no procede:

- a) *Cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente, la vía administrativa;*
- b) *Cuando la indemnización de perjuicios sea la pretensión principal, siempre que esta no sea la única alternativa para la reparación integral;*
- c) *Cuando se trate de una interposición abusiva, temeraria, maliciosa o fraudulenta de la acción de protección;*
- d) *En caso de duda respecto al agotamiento o no de las acciones ordinarias, se admitirá a trámite la demanda de protección, sin perjuicio de las eventuales sanciones por la interposición abusiva o temeraria de la acción; y,*
- e) *Cuando se trate de providencias judiciales.*

1.2. El Acceso a la Información Pública

Uno de los principios ambientales es el principio de Información, según el cual todas las personas deben conocer las condiciones en las que se va a desarrollar una determinada actividad, así como los posibles efectos que pueda ocasionar sobre el ambiente, las personas y la fauna y flora local. Mediante el acceso la información, se puede conocer sobre los planes de manejo ambiental y las maneras como se va a mitigar el daño ambiental en proyectos como los de explotación petrolera o minera. Es decir, a través del acceso a la información la población puede saber que pasará con su medio ambiente de modo que puede oponerse o aportar con criterios para lograr un manejo sustentable de la explotación.

Por esta razón la actual Constitución ha constitucionalizado al acceso a la información pública como una Garantía de las personas, la misma que *tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información.*⁸⁹

⁸⁹ Art. 91 de la Constitución del Ecuador 2008

a) ¿Quiénes están en la Obligación de proporcionar información Pública?

Según se desprende del contenido de la Ley Organica de Acceso a la Información Pública (en adelante LOTAIP), en los artículo 1 y 3, quienes están en la obligación de proporcionar información que se genere en sus entidades son:

- Los Ministerios de la Función y otras dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
- Los organismos electorales.
- Los organismos de control y regulación.
- Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.
- Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
- Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
- Las personas jurídicas cuyas acciones o participaciones pertenezcan en todo o en parte al Estado, exclusivamente sobre el destino y manejo de recursos del Estado;
- Las corporaciones, fundaciones y organismos no gubernamentales (ONG's) aunque tengan el carácter de privadas y sean encargadas de la provisión o administración de bienes o servicios públicos, que mantengan convenios, contratos o cualquier forma contractual con instituciones públicas y/u organismos internacionales, siempre y cuando la finalidad de su función sea pública;
- Las personas jurídicas de derecho privado, que sean delegatarias o concesionarias o cualquier otra forma contractual de servicios públicos del Estado, en los términos del respectivo contrato;
- Las personas jurídicas de derecho privado, que realicen gestiones públicas o se financien parcial o totalmente con recursos públicos y únicamente en lo

relacionada con dichas gestiones o con las acciones o actividades a las que se destinen tales recursos.

b) ¿Cuándo se puede presentar una Acción de Acceso a la Información Pública?

La presente acción tiene por objeto garantizar el acceso de las personas a la información pública. Específicamente sirve para obtener información de autoridades públicas, o particulares que presten servicios públicos o fueren concesionarios o delegatarios; en los siguientes casos:

- a) Cuando la información ha sido denegada expresa o tácitamente;*
- b) Cuando la información no ha sido entregada en forma completa;*
- c) Cuando la información entregada por la autoridad no sea fidedigna; y,*
- d) Cuando la información no se encuentre disponible en los medios electrónicos previstos en la ley.⁹⁰*

Según nuestra Constitución, para poder ejercer este derecho Constitucional, es necesario que previamente quienes están obligados a proporcionar la información, la hayan negado tácita o expresamente. La negación tácita se configura cuando dentro del término que dispone la ley para entregar la información, no se entrega la misma; y, expresa cuando se comunica que la información no puede ser entregada sea por su carácter secreto o por cualquier otra circunstancia.

En este sentido, hay que agotar una primera fase, que empieza por la petición de la información. Esta petición debe ser dirigida al titular o representante legal de la institución que posee la información, el mismo que debe responder en un término de 10 días, prorrogables por cinco días más. Si en este término la información no se proporciona, se proporciona de manera incompleta, o se niega por considerarse secreta, sin tener tales características, cabe la presentación de la Acción de Acceso a la Información.

⁹⁰ Art. 70 de la Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional para el Período de Transición 2008

c) Disposiciones para la presentación de la Acción de Acceso a la Información

Se seguirán las disposiciones del artículo 86 de la Constitución y Art. 22 de la LOTAIP, esto es:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad directamente o a través de apoderado, cuando considere que se ha vulnerado su derecho fundamental de acceso a la información, podrá proponer la acción.
2. deberá constar la expresión concreta de las razones para solicitar dicha información y determinar claramente la entidad o funcionario que la denegó.
3. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se niegue la información o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:
 - a. El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias
 - b. Serán hábiles todos los días y horas.
 - c. Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.
 - d. Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.
 - e. No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.
4. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.

5. cuando la información se encuentre en riesgo de ocultación, desaparición o destrucción, el juez o jueza de oficio o a petición de parte, dictará cualquiera de las siguientes medidas cautelares:

a) Colocación de sellos de seguridad en la información; y,

b) Apreensión, verificación o reproducción de la información.

Para la aplicación de las medidas cautelares antes señaladas, el juez podrá disponer la intervención de la fuerza pública.

De considerarse insuficiente la respuesta, a petición de parte, el juez podrá ordenar la verificación directa de él a los archivos correspondientes, para lo cual, la persona requerida facilitará el acceso del recurrente a las fuentes de información, designándose para dicha diligencia la concurrencia de peritos, si fuere necesario.

De la Sentencia al acceso de información que adopte el juez, se podrá apelar ante la Corte Provincial de Justicia, para que confirme o revoque la Sentencia apelada.

d) ¿Cuándo no es posible entregar la información?

El Art. 73 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional para el Período de Transición, establece que será improcedente la Acción, cuando:

a) Cuando se trate de obtener datos o información personal del solicitante; y,

b) Cuando se trate de información calificada previamente como reservada, de conformidad con lo dispuesto en la parte final del Art. 91 de la Constitución.

La LOTAIP establece el tipo de información que tiene el carácter de confidencial o reservada, por lo tanto no es susceptible de esta Acción. Esta información, es la siguiente:

a) Los documentos calificados de manera motivada como reservados por el Consejo de Seguridad Nacional, por razones de defensa nacional, de conformidad con el artículo 81, inciso tercero, de la Constitución Política de la República y que son:

- Los planes y órdenes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante posibles amenazas contra el Estado;
 - Información en el ámbito de la inteligencia, específicamente los planes, operaciones e informes de inteligencia y contra inteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional;
 - La información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y,
 - Los fondos de uso reservado exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional; y,
- b) Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes. Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales

Por lo expuesto, los documentos sobre actividades ambientales, tales como estudios de impacto ambiental, licencias ambientales, contratos de explotación petrolera, etc, no tienen la categoría de reservada. Por tanto deben ser exigidos, y, en caso de no entregarse en el tiempo que señala la Ley (15 días), debe presentarse la Acción de Acceso a la Información.

1.3. La Acción por Incumplimiento

Si bien es cierto que la anterior constitución, establecía que debían sancionarse a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por los jueces, así como que las resoluciones debían ser cumplidas inmediatamente por parte de las autoridades o personas a quienes vaya dirigida, caso contrario estas personas deberán indemnizar por los perjuicios que cause su incumplimiento⁹¹, en la práctica se han dado muchos casos en los cuales, las autoridades no han cumplido las resoluciones del Juez o Tribunal Constitucional, debido a que esta amenaza de

⁹¹ Art. 58 de la Ley de Control Constitucional

indemnizar a los recurrentes procedía previo un juicio civil, por lo tanto, tornaba inejecutable muchas resoluciones. A pesar de que nuestro sistema jurídico prevé iniciar otras acciones como castigo al incumplimiento de sentencias o resoluciones judiciales, estas significan la iniciación de otros procesos que se desligan del propósito inicial de una acción de protección de los derechos constitucionales vulnerados. En la mayoría de casos esto se convierte en un laberinto jurídico, en el cual es difícil de salir y que produce un desgaste a los demandantes, por lo cual abandonan en ciertos casos el seguimiento de la ejecución de las acciones que han sido resueltas favorablemente. Vale señalar la experiencia personal en la interposición de algunos amparos Constitucionales por daño ambiental, que han sido resueltos favorablemente a las víctimas, pero que materialmente no se ha podido lograr el cumplimiento de la remediación, de la consulta previa o las compensaciones sociales.

Bajo este contexto, es que se incorpora en la vigente Constitución, la Acción por incumplimiento, la misma que tiene por objeto *«garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible»*⁹².

La acción por incumplimiento puede proponerse, entonces bajo las siguientes circunstancias:

1. Cuando exista el incumplimiento a una Sentencia favorable que indica una obligación de hacer o no hacer, que sea clara, expresa y exigible

Es decir, que la sentencia debe mencionar por ejemplo, el deber que tiene una determinada autoridad o empresa, de realizar una remediación ambiental, de indemnizar a los perjudicados, de realizar una consulta previa, o de paralizar una determinada obra, de abstenerse de ingresar a una comunidad, etc.

2. Cuando exista el incumplimiento de informes de Organismos Internacionales que contengan una obligación para el Estado de hacer o no hacer, de forma clara, expresa y exigible.

El Ecuador es un país miembro de organismos internacionales en los cuales se sancionan las conductas de los Estados que incumplen sus compromisos

⁹² Art. Art. 93 de la Constitución del Ecuador 2008

internacionales, uno de estos Organismos es la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, en la cual el Ecuador está en la obligación de cumplir los derechos emanados de la Convención Americana de Derechos Humanos, caso contrario recibirá sanciones por su incumplimiento.

El Ecuador ha sido demandado por ecuatorianos, ante el sistema Interamericana de Derechos Humanos por múltiples violaciones a los derechos humanos, muchas de estas demandas internacionales han sido resueltas en contra del Estado, disponiéndose acciones concretas que el Ecuador debe cumplir. Por ejemplo en el caso de los 11 del Putumayo⁹³, en donde se logró una solución amistosa, el Estado ecuatoriano esta en la obligación de investigar los hechos y sancionar a los responsables. Estas obligaciones se establecen de forma general en varios casos perdidos por el Ecuador, sin embargo, a pesar de que el estado solicita a las autoridades pertinentes la práctica de estas disposiciones, la legislación interna no contempla un mecanismo de hacerlos cumplir, por lo que esta obligación del Estado termina siendo letra muerta, generando impunidad. Lo que se pretende es que en esta ocasión, estos informes sean exigibles por la vía de la Acción por Incumplimiento.

Ahora bien, la Constitución menciona literalmente, que serán materia de acción por incumplimiento, los informes de los Organismos Internacionales, no se refiere a Sentencias, por lo que debemos entender que de existir informes de organismos internacionales como la del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente PNUMA, en la cual se establezcan obligaciones claras, expresas y exigibles al Estado Ecuatoriano, éstas están sujetas a la Interposición de la Acción por Incumplimiento en caso de que el Estado no las cumpla.

3. Cuando exista el incumplimiento de una norma del sistema jurídico ecuatoriano, que contenga una obligación de hacer o no hacer, que sea clara, expresa y exigible

De igual forma, se establece que las Acciones por Incumplimiento no sólo caben respecto de las Resoluciones o sentencias, sino que pueden interponerse respecto del incumplimiento de las normas del sistema jurídico. Al respecto vale mencionar que las normas del sistema jurídico ecuatoriano, son la Constitución, los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador, las Leyes orgánicas, Leyes Ordinarias,

⁹³ Indígenas Kichwas que fueron torturados por el Ejército Ecuatoriano para lograr que se autoinculpen por la muerte de policías ecuatorianos en el río Putumayo ocurrido en la década del 90

Leyes especiales, Reglamentos, Decretos, Resoluciones y Ordenanzas. Lo que indica que ante una eventual incumplimiento de una norma por parte de quienes están en la obligación de acatarla, está el camino expedito para la presentación de la acción por Incumplimiento.

a) ¿Ante quién debe presentarse la Acción por Incumplimiento?

De conformidad con el Artículo 77 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional, la Acción por Incumplimiento se presenta ante el Presidente de la Corte Constitucional, pues quien debe conocer la demanda, es el Pleno de la Corte.

b) ¿Quién puede presentar la Acción por Incumplimiento?

La acción de incumplimiento es pública. Cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, por sí o a través de representante, puede demandar por el incumplimiento de una norma con rango de ley, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe de organismos Internacionales⁹⁴.

c) ¿A quién se demanda en la Acción por Incumplimiento?

La demanda de incumplimiento se dirigirá contra la autoridad, funcionario, la jueza o juez, o particular, renuente de cumplir la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia, o informe, de que trata el artículo 93 de la Constitución.

Si el demandado no es la autoridad obligada, así deberá informarlo la jueza o juez de conocimiento, indicando a quien corresponde el cumplimiento del deber incumplido. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades demandadas, sin perjuicio de que el juez notifique a quien tenga competencia para cumplir el deber omitido.⁹⁵

⁹⁴ Art. 75 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional para el Período de Transición

⁹⁵ Art. 76 Ididem

d) Trámite de la Acción ante la Corte.

Luego de presentada la demanda, si ésta reúne los requisitos, seguirá el trámite previsto en las disposiciones comunes para la sustanciación de las acciones ante la Corte Constitucional, en cuanto se refiere al ingreso, admisión, sorteo y sustanciación. Si estando en curso la acción y antes de la sentencia, el demandado cumple con el deber omitido, la Corte Constitucional declarará concluido el proceso y ordenará su archivo.

1.4. La Acción Extraordinaria de Protección

Otra de las Acciones que eventualmente pueden utilizarse como mecanismos para exigir el cumplimiento a los derechos humanos y ambientales, es la polémica Acción Extraordinaria de Protección, que procederá contra sentencias o autos definidos en los que se haya violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución. Es decir que mediante esta Acción se podrá rever sentencias del sistema judicial, como mecanismo de control constitucional a la administración de Justicia. Muchos han considerado que esta Acción apunta a crear un ambiente de inseguridad jurídica por la gran cantidad de recursos que se podrían llegar a presentar, lo cual hará que causas supuestamente cerradas sean reabiertas bajo el pretexto de que no se respetaron los derechos fundamentales del afectado.

Sin embargo existe otra posición, a la cual me incluyo, la cual considera que esta es la única forma para evitar que los derechos fundamentales sean omitidos en el trámite de los juicios. Antes, el control constitucional que hacía el Tribunal Constitucional solo alcanzaba a los actos del Ejecutivo y del Legislativo y el sistema judicial quedaba fuera, ahora bajo la cobija del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, los órganos de la función judicial, también son objeto de control constitucional, por lo cual sus resoluciones deben observar estrictamente el respecto de los derechos garantizados por la Constitución. Caso contrario debe existir un mecanismo para recuperar la vigencia constitucional. Se convierte por tanto en una forma de frenar con el abuso de poder y las decisiones ilegítimas de la administración de justicia. En el pasado fuimos testigos de que muchas sentencias o autos definitivos han violado derechos fundamentales, sin que las personas tengan la opción de recurrir a un recurso efectivo que le repare el derecho violado.

La acción extraordinaria de protección procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta

de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

a) ¿Ante quién se presenta la Acción Extraordinaria de Protección?

De conformidad con el Art. 53 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional para el Período de Transición, la Acción debe dirigirse al Presidente de la Corte Constitucional, en virtud de que *«Será competente para conocer de la acción extraordinaria de protección el Pleno de la Corte Constitucional»*.

b) ¿Quiénes Pueden presentar la Acción?

El Art. 54 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional para el Período de Transición, establece que *«cualquiera de las partes que intervinieron en el proceso judicial cuya decisión se impugna»*.

Esta disposición se contradice con lo dispuesto en art. 86 Num. 1 de la Constitución que dispone la acción pública para el ejercicio de las garantías jurisdiccionales, no obstante ha primado el criterio de algunos analistas que consideraban que garantizar la Acción pública para esta Acción de Protección, significaba varias cosas. Una de ellas es que esta Acción al proponerla cualquier persona ajena al proceso, puede crear problemas como que en disputa entre una empresa floricultora y un Municipio, donde finalmente gana la empresa, luego a cualquier persona, ONG o grupo que considere que ese fallo está afectando los derechos de la naturaleza, se le ocurra presentar esta Acción. Así, toda persona que pierda un juicio va a buscar la forma de apelar.

Sin embargo considero que muchos de estos temas, como los ambientales, son de Acción Pública, por lo tanto si las resoluciones que se realicen al respecto violan los derechos fundamentales, cualquier persona podría presentar una Acción extraordinaria de Protección.

2. Acciones civiles

2.1. El juicio Civil por daños y perjuicios

Para el caso de los daños ambientales, el juicio civil es la contienda legal sometida al Juez, que realiza una persona en contra del responsable de la contaminación, para solicitar que disponga mediante sentencia un valor de pago como indemnización y reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la contaminación.

Esta acción civil, está dispuesta en el Artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental el cual dispone que *«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»*.

a) ¿Quiénes pueden presentar las demandas civiles?

La Constitución y la Ley de Gestión Ambiental establecen la Acción Pública para presentar acciones a favor de los derechos ambientales, vale decir entonces que las personas que están facultadas son todas, o sea:

- Cualquier personas natural afectada directamente o que tenga interés en la reparación ambiental
- Las Personas Jurídicas que hayan sido afectadas directamente o tenga interés en que se recuperen los ecosistemas
- Cualquier grupo humano que tenga un interés común o que hayan sido afectados directamente.

Algunas resoluciones del Tribunal y la Corte Constitucional, se han pronunciado en el sentido de que en vista de que existe Acción Pública que otorga la facultad a cualquier persona para presentar acciones por daño ambiental, estas no requieren demostrar un interés directo en la acción, pues ha de entenderse que los derechos ambientales son difusos, por lo tanto cualquier persona al otro extremo de la

ciudad puede sentirse afectada por la acción contaminante, este criterio es importante, debido a que se debe entender que los jueces no deberían desechar demandas, si es que el demandante no demuestra ser dueño de la finca, o el grupo no demuestra tener personería jurídica por la cual comparece, o la persona jurídica no demuestra ser la propietaria del espacio en el cual reclama la indemnización y reparación del daño ambiental. Sin embargo, para efectos prácticos, es importante que sean los propios afectados quienes propongan las acciones, debido fundamentalmente a que ellos conocen de forma mas cercana los impactos que produjo el daño ambiental y puede con sus testimonios demostrar aquellos daños que son difíciles de observar, como los que afectan la salud física o psíquica de la persona, la afectación cultural, etc..

b) ¿Cuándo se puede presentar una demanda civil por daños y perjuicios?

La Ley de gestión ambiental establece que se podrán presentar cuando exista una acción u omisión dañosa⁹⁶.

La presentación de esta acción se puede realizar en cualquier tiempo, la actual Constitución, establece que las acciones por daños ambientales son imprescriptibles, por lo tanto se pueden presentar en cualquier momento.

Un elemento fundamental que debemos tomar en cuenta es que para que opere una demanda de esta naturaleza es necesario que existan los *daños y perjuicios causado a la salud o al medio ambiente, incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivo*». Este es un elemento importante de resaltar, toda acción u omisión dañosa, ocasiona al unísono un daño al ambiente o la salud, en algunas ocasiones estos daños no son recuperables mediante la vía de la remediación ambiental. Es decir que a pesar de la remediación, las secuelas de la contaminación quedan presentes. La disposición nos remite entonces a considerar en la presentación de la demanda civil, la consecuencia que el siniestro ambiental haya provocado a la salud de las personas, lo cual debe cuantificarse en el juicio civil. Esta cuantificación debe realizarlo un perito acreditado, por lo que debe estarse atento a que para efectos de la indemnización no sólo se tomen en cuenta los montos por daño ambiental sino los relacionados a la salud y bienestar colectivo.

⁹⁶ Para la comprensión de este particular, se recomienda revisar el capítulo correspondiente a la Acción de Protección, en donde se ha desarrollado con mayor detalle el significado de acción u omisión.

En los últimos años se ha discutido mucho respecto si la demanda por daños y perjuicios es una acción idónea para reparar los daños causados. A primera vista resulta imposible pensar aquello, debido a que el objetivo de esta acción es determinar los montos por los daños ocasionados, en los cuales se incluyen los montos que deberán satisfacer la recuperación de la naturaleza. El avance de la jurisprudencia a nivel del sistema Interamericana y de la legislación ecuatoriana, en la cual ya se ha establecido los derechos de la naturaleza, hacen repensar la finalidad de esta Acción. Esta crítica se genera debido que la legislación avanza hacia la determinación de la reparación integral, es decir aquella que no sólo atiende a lo económico y ambiental, sino que considere en la Sentencia, por ejemplo: la garantía de no repetición de los hechos, una disculpa pública de parte del contaminador, medidas de educación, que podrían ser, la publicación de la sentencia en un diario de circulación nacional, o que dicha sentencia sea discutida o informada antes de realizar una actividad similar a la que produjo el daño, etc.

c) ¿Ante quién se presenta la demanda por daños y perjuicios?

El Presidente de la Corte Provincial de Justicia es la competente para conocer y resolver la demanda, sin embargo en las provincias que no poseen Cortes Provinciales, deberán presentarla, en la Corte que le corresponde en razón de su jurisdicción, por ejemplo. Las demandas de los habitantes de la provincia de Orellana, deberán conocerla la Corte de Sucumbíos, en razón de que en Orellana no existe Corte Provincial.

d) ¿Qué debe contener una demanda por daños y perjuicios?

La demanda civil por daños ambientales, tiene el trámite verbal sumario, por lo tanto debe proseguirse conforme lo establece el código de procedimiento civil. Una demanda civil, conforme lo establecen los artículos 67 y 68 del código de Procedimiento civil, deberá contener:

1. La designación del Presidente de la Corte Provincial de Justicia ante quien se la propone;
2. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;

3. Los fundamentos de hecho, esto es el relato de las circunstancias que provocaron el daño, especificando la fecha que sucedió, la gravedad del daño, los daños que ha causado en las personas, los animales, el ambiente e general, las pruebas que se tiene al respecto.
4. Los Fundamentos de derecho, expuestos con claridad y precisión; en donde se mencionarán las normas ambientales tanto a nivel Constitucionales, Internacional y nacionales que hayan sido infringidas, así como las normas que facultan la presentación de la demanda.
5. La cosa, cantidad o hecho que se exige; (remediación, pago de indemnización, reparación integral)
6. La determinación de la cuantía; (se recomienda colocar una cuantía indeterminada, en vista de que a primera vista no podríamos saber a cuanto asciende el daño causado)
7. La especificación de que el trámite que debe darse a la causa es el verbal sumario;
8. La designación del lugar exacto en que debe citarse al demandado, y la del lugar o casillero judicial en donde debe notificarse al actor;

Además de estos requisitos, existen otros que deben acompañarse, dependiendo de quien presente la demanda, estos son:

1. El poder para intervenir en el juicio, cuando se actúe por medio de apoderado;
2. La prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz; (puede que en un desastre ambiental los sobrevivientes, sean menores de edad o sordo mudos)
3. La prueba de la representación de la persona jurídica, si ésta figurare como actora;
4. Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; (actas de

inspección ambiental, actas de peritajes ambientales, informes de autoridades de control ambiental, etc)

e) Resumen del trámite a seguirse.

1. Propuesta la demanda, el juez, debe calificarla, si cumple con los requisitos, lo declarará así y dispondrá que se cite al demandado y se entregue una la copia de la demanda, que el demandante debe acompañar a ésta.
2. Después de practicada la citación, el juez señalará día y hora para la audiencia de conciliación, que tendrá lugar dentro de un período de tiempo no menor de dos días ni mayor de ocho, contados desde la fecha en que se expida la providencia que la convoque.
3. La audiencia de conciliación no podrá diferirse sino a solicitud expresa y conjunta de ambas partes. De no concurrir el actor o el demandado a la audiencia de conciliación se procederá en rebeldía.
4. En la audiencia de conciliación la parte demandada dará contestación a la demanda. Si en la contestación el demandado rechaza la demanda, el juez procurará la conciliación y, de obtenerla, quedará concluido el juicio.
5. De no obtenerse la conciliación y si se hubieren alegado hechos que deben justificarse, el juez, en la misma audiencia de conciliación, abrirá la causa a prueba por un término de seis días.
6. En esta etapa las partes podrán solicitar todas las pruebas que consideren necesarias para probar o desmentir el hecho, según intereses de las partes, en las que se incluyen peritajes legales. Un aspecto importante a recordar es que la carga de la prueba corresponde al demandado. Por tratarse de un juicio práctico, que requieren conocimientos especiales, el juez se asesorará con un perito o peritos que para el efecto debe nombrar, y que emitirán su dictamen con inspección o estudio particular que hicieren, por sí solos o acompañados del juez. Dicho dictamen se dará dentro del término que el juez señale.
7. Concluido el término de prueba, se abrirá un termino para que el actor y demandado presenten los alegatos, que son una especie de resumen de las

diligencias realizadas en el juicio, en el cual las partes aportan al juez su interpretación de cada pieza procesal para incidir en su resolución final

8. Posteriormente, el juez dictará sentencia, dentro de cinco días.
9. De la Sentencia del Juez, las partes que se consideren inconformes con la misma, podrán apelar ante la Corte Nacional de Justicia, quien fallará en merito de los autos del proceso

f) Aspectos adicionales al juicio por daño ambiental.

1. 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.
2. 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.
3. Los incidentes que se presenten en juicio, no paralizarán el proceso y se resolverán en Sentencia.

3. La Acción Penal

Conforme se estableció en el capítulo referente al Código Penal, en el año 2000 se produjo una reforma al Código, en el cual se estableció un capítulo adicional, que hace referencia a los delitos en contra del ambiente. Todo delito lleva consigo la obligación de ser sancionada por una autoridad, en este caso las reglas de procedimiento para establecer la sanción a los responsables de los delitos en contra del ambiente, se haya establecidas en el Código de Procedimiento Penal. El mismo que establece la competencias, etapas procesales, en general las normas del debido proceso. En el presente caso analizaremos el trámite y los requisitos que deben tomarse en consideración para ejercer las acciones por el cometimiento de delitos en contra del ambiente.

A pesar de ser una materia que requiere del conocimiento técnico y especializado, actualmente no existen fiscalías especializadas en delitos ambientales, apenas se han hecho pequeños esfuerzos creando de algunos departamentos ambientales, que están centralizados en las grandes ciudades, lo cual no abastece para aquellas provincias en donde por las circunstancias de extracción de recursos no renovables, forestales o de vida silvestre, es común que se presentes delitos a los cuales no se les da un tratamiento especializado, y se corre el riesgo de no poder sustentarlos en la etapa de juzgamiento.

a) Inicio de la Acción Penal.

La acción Penal puede iniciarse, por las siguientes causas:

1. Por denuncia presentada por el perjudicado, o por cualquier persona, tratándose de acción pública como es el caso de los delitos ambientales, y,
2. Por iniciativa del Fiscal, que haya conocido del cometimiento de un delito en contra del ambiente.

En la presentación de la denuncia hay que tomar en consideración lo siguiente:

- a. Los delitos ambientales son de acción pública, por lo tanto cualquier persona natural o jurídica, grupo de personas, o comunidades pueden presentar una denuncia
- b. La denuncia debe presentarse ante el Fiscal competente. Es Fiscal competente cuando se ha cometido la infracción en la sección territorial en la que ese fiscal ejerce sus funciones, es decir el del lugar donde sucedió el hecho delictivo. Sin embargo deben tomarse en cuenta la siguiente consideración: «Cuando el lugar en que se cometió la infracción fuere desconocido, será competente el (fiscal) juez o tribunal en cuyo territorio hubiese sido aprehendido el infractor, a menos que hubiera prevenido el juez de la residencia del imputado. Si posteriormente se descubriere el lugar del delito, todo lo actuado será remitido al juez o tribunal de este último lugar para que prosiga el enjuiciamiento, sin anular lo actuado».
- c. Se Puede denunciar tanto a las personas naturales o jurídicas, a las particulares como a las instituciones del estado o a las que actúen por delegación del Estado.
- d. No se admitirá denuncia de descendientes contra ascendientes o viceversa, ni de un cónyuge contra el otro, ni de hermano contra hermano.

b) Requisitos de debe contener una denuncia

De conformidad con el Art. 50 del Código de Procedimiento Penal, la denuncia debe contener lo siguiente:

- a. Los nombres y apellidos, la dirección del denunciante y la relación clara y precisa de la infracción, con expresión de lugar y tiempo en que fue cometida.
- b. Los nombres y apellidos de los autores, cómplices, y encubridores, si se los conoce, o su designación; así como los de las personas que presenciaron la infracción, o que pudieran tener conocimiento de ella;
- c. Los nombres y apellidos de las víctimas y la determinación de los daños causados; y, (en este caso la víctima puede ser un espacio determinado de la naturaleza como un bosque, un río, animales, etc.)

- d. Todas las demás indicaciones y circunstancias que puedan conducir a la comprobación de la existencia de la infracción y a la identificación de los culpables.
- e. El Juramento expreso de que el denunciante no se encuentra inmerso en la prohibición del Art. 45 del código Penal, esto es que su denuncia no es en contra de sus familiares, dentro de los respectivos grados de afinidad y consanguinidad.
- f. El casillero judicial, electrónico, o lugar en donde se deberá enviar las notificaciones
- g. La firma del denunciante y de ser el caso, la de su abogado patrocinador

La falta de cualquiera de estos datos no significará que el Fiscal rechace la iniciación de proceso.

Un aspecto importante a señalar es que para la presentación de la denuncia no se requiere de la firma de un abogado, incluso la denuncia puede ser verbal, estando la fiscalía en la obligación de reducirla a escrito, para dejar constancia de ella.

El Fiscal que conoce la denuncia deberá excusarse de realizar la investigación o puede ser recusado por el denunciante, si se encuentra inmerso en lo siguiente:

- a) *Cuando el sospechoso, el imputado, el acusado, el agraviado, el denunciante, el acusador, o el abogado defensor de cualquiera de ellos sea su cónyuge o conviviente, o tenga con él parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;*
- b) *Cuando hubiere sido abogado de alguna de las partes;*
- c) *Cuando tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el juez o con los miembros del tribunal; y,*
- d) *Cuando esté ligado con cualquiera de las personas mencionadas en el literal a) de este artículo, por intereses económicos o de negocios de cualquier índole⁹⁷.*

⁹⁷ Art. 67 del Código de Procedimiento Penal reformado

c) Trámite de la Acción Penal

Presentada la denuncia, el Fiscal asignado, exigirá al denunciante que la reconozca sin juramento, advirtiéndole sobre las responsabilidades penales y civiles originadas en la presentación de denuncias temerarias o maliciosas. La declaración juramentada y el reconocimiento serán asentados en acta suscrita por el Fiscal y el denunciante. Si este último no supiere o no pudiere firmar, estampará su huella digital y firmará por el un testigo⁹⁸.

La Indagación Previa

Si el Fiscal considera que los hechos que se denuncian deben ser previamente investigados, conforme lo establece el Art. 215 del Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) dará inicio a la Indagación previa, en la cual con la colaboración de la policía judicial que actuará bajo su dirección, investigará los hechos denunciados. En esta etapa el Fiscal realiza las siguientes diligencias:

1. Declaración de los presuntos responsables
2. Declaración del o los denunciantes y los testigos que hubieren
3. Reconocimiento del lugar de los hechos, en presencia de peritos acreditados y de la Policía Judicial
4. Recopilación de información que sobre el delito ambiental tengan las instituciones del Estado encargadas del control ambiental (ministerio de minas y petróleos, Ministerio de Ambiente, Contraloría General del Estado, Gobiernos Provinciales y Municipales, etc.)
5. Disponer que la Policía Judicial recoja, custodie y preserve los objetos, documentos e instrumentos que puedan servir para asegurar las pruebas del delito y la identidad de sus autores; y cuide que tales señales no se alteren, borren u oculten. De ser posible y necesario, realizará u ordenará que se realice el levantamiento de un croquis del lugar donde se cometió el delito y que se obtengan fotografías, grabaciones u otras pericias criminalísticas

⁹⁸ Art. 46 y 47 del Código de Procedimiento Penal reformado

6. Las demás diligencias que considere pertinente

Si durante la indagación previa tuvieran que adoptarse medidas para las cuales se requiera de autorización judicial, el Fiscal deberá previamente obtenerla⁹⁹.

En los casos de delitos ambientales, la indagación previa no podrá prolongarse por más de un año, por ser delitos sancionados con pena de prisión, salvo que por dicho siniestro se ocasione la muerte de una persona, en cuyo caso se podrá prolongar la Indagación Previa hasta por dos años. Estos plazos se contarán desde la fecha en la cual el Fiscal tuvo conocimiento del hecho.

Sin embargo, si llegaren a poder del Fiscal elementos que le permitan imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, iniciará la instrucción aunque el plazo hubiere fenecido, siempre que la acción penal no hubiere prescrito según las reglas generales¹⁰⁰.

La información que se maneje en esta etapa será reservada, salvo el derecho del denunciante y acusado de tener acceso a ella.

En caso de delitos flagrantes no será necesario el inicio de la Indagación Previa, por lo que el Fiscal deberá proceder inmediatamente a iniciar la Instrucción Fiscal.

La Instrucción Fiscal

El Fiscal resolverá el inicio de la instrucción en cuanto considere que existen fundamentos suficientes para imputar a una persona participación en un hecho delictivo o por tratarse de un delito flagrante.

La instrucción Fiscal debe realizarse dentro de las 24 horas de haberse culminado el plazo para la Indagación Previa o de haberse detenido a la persona en delito flagrante.

La Etapa de la Instrucción Fiscal concluirá dentro del plazo máximo de 90 días, improrrogables, a partir de la fecha de notificación al imputado o, de ser el caso, al defensor público o al defensor de oficio designado por el Juez.

⁹⁹ Art. 215 Inc. Segundo del Código de Procedimiento Penal reformado

¹⁰⁰ Art. 214 Inc. Cuarto del Código de Procedimiento Penal reformado

Si el Fiscal no declara concluida la instrucción una vez vencido el plazo señalado, el Juez deberá declararla concluida. No tendrá valor alguno las diligencias practicadas después del plazo.¹⁰¹

Concluido el plazo establecido para la Instrucción Fiscal, el Fiscal solicitará al Juez de Garantías que interviene en el proceso, que convoque a una audiencia a fin de que el Fiscal pueda sustentar los fundamentos del Dictamen.

Cuando el Fiscal estime que los resultados de la investigación proporcionan datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permita presumir que el imputado es autor o partícipe de la infracción, deberá realizar un Dictamen Acusatorio. Caso contrario se abstendrá de acusar.

El dictamen acusatorio contendrá:

1. La determinación de la infracción acusada, con todas sus circunstancias;
2. El nombre y los apellidos del imputado;
3. Los elementos en los que funda la acusación al imputado. Si fueren varios los imputados, la fundamentación deberá referirse, individualmente, a cada uno de ellos; y,
4. La disposición legal que sanciona el acto por el que acusa.

La Etapa Intermedia

Esta Etapa tiene como finalidad conocer sobre los vicios formales del proceso, resolver las cuestiones sobre prejudicialidad, procedibilidad, competencia, etc. sobre las pruebas que serán presentadas en juicio.

Una vez que el Juez escucha las alegaciones de las partes, deberá decidir si llama a juicio al acusado o dicta el sobreseimiento.

Si decir llamar a juicio al acusado, deberá remitir el proceso a uno de los Tribunales Penales para que procedan al juzgamiento.

¹⁰¹ Art. 223 Código de Procedimiento Penal reformado

Si encuentra que las pruebas presentadas en la Audiencia no constituyen merito para juicio, el Juez deberá dictar Auto de sobreseimiento, el mismo que puede ser: Provisional del imputado y del proceso; Definitivo del imputado y Provisional del proceso; o, definitivo del proceso y del imputado.

Si es sobreseimiento definitivo, el presunto responsable, se liberará de toda responsabilidad penal, por el delito que fue denunciado pero no probado. En el caso de los sobreseimiento provisionales, la ley establece 3 años para que en ese tiempo, de existir nuevos elementos que responsabilicen al sobreseído, se vuelva a reabrir la causa.

Etapas de Juicio

Esta etapa tiene tres propósitos:

- i) la prueba de la existencia del delito;
- ii) la prueba de la culpabilidad del infractor; y,
- iii) la imposición de la pena correspondiente.

Es la Etapa en donde se juzga la conducta de los acusados, en esta etapa el Tribunal Penal, debe escuchar a cada una de las partes, absolver cada una de las pruebas solicitadas y practicar diligencias que las partes soliciten para demostrar la culpabilidad o inocencia del acusado y establecer responsabilidades por el delito cometido

Es la Etapa en donde los abogados, peritos, testigos, acusadores, acusados, deberán declarar y alegar ante los Jueces del tribunal, todas las pruebas, informes, testimonios, etc, que posean para demostrar la acusación o la defensa del acusado.

El tribunal, una vez practicada todas las pruebas en la Audiencia, deberá dictar una Sentencia, la misma que deberá contener

- a) La mención del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta; el nombre y, apellido del acusado y los demás datos que sirvan para identificarlo;
- b) La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado que el tribunal estime probados;

- c) La decisión de los jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho; la parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas; la condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción; y, la firma de los jueces.

Si el Tribunal encuentra que el acusado es responsable del delito ambiental, deberá imponerle alguna de las penas que señala el capítulo X-A, del Código Penal, desde el artículo 437A al 437K, dependiendo el nivel de infracción y los agravantes o atenuantes que se presenten. Además de la sanción penal, el Tribunal debe condenar al responsable al pago de los daños y perjuicios ocasionados, en donde se debe tomar en cuenta a todos los afectados, no sólo a quienes se presenten como acusadores particulares o denunciante.

4. Las Acciones administrativas

1. El Reclamo administrativo ante la Subsecretaría de Protección Ambiental Hidrocarburífera del Ministerio del Ambiente

De conformidad con el Decreto Ejecutivo 1630, el presidente de la República transfiere al Ministerio del Ambiente, todas las competencias, atribuciones, funciones y delegaciones que en materia ambiental ejercían la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Minas y Petróleos, la Dirección Nacional de Protección Ambiental Minera DINAPAM y la Dirección Nacional de Protección Ambiental Hidrocarburífera, DINAPAH.

Esta decisión cumple con las expectativas de generar procesos de control independiente a las actividades del ministerio de Minas y Petróleos. En este sentido el espíritu del Decreto 1630 es establecer al Ministerio del Ambiente, la competencia para ejercer de forma eficaz y eficiente el control de las actividades hidrocarburíferas, de tal forma que asuma el rol de autoridad ambiental nacional, rectora de la gestión ambiental del Ecuador; e integrar sectorial, administrativa y territorialmente la gestión ambiental nacional y local;

El Decreto 1630, reforma las disposiciones de los artículos 3, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 27, 30, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 79, 80, 81, 82, 84, 87, 89, 90 y 91 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador, en donde se asignan competencias ambientales al Ministerio de Minas y Petróleos, la Subsecretaría de Protección Ambiental y a la Dirección Nacional de Protección Ambiental Hidrocarburífera, de esta forma dichas competencias serán asumidas por el Ministerio del Ambiente. De esta reforma se desprende que las competencias para sancionar a las empresas por el incumplimiento a la Ley de Hidrocarburos y el Reglamento Ambiental, sigue estando a cargo de la Dirección Nacional de Hidrocarburos.

Por lo tanto, La Dirección Nacional de Protección Ambiental Hidrocarburífera, DINAPAH, del Ministerio del Ambiente, es el organismo técnico-administrativo responsable de hacer cumplir el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador.

El Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas, establece los mecanismos efectivos para proceder a sancionar a quienes incumplan las normas ambientales.

Las infracciones a la Ley de Hidrocarburos o a los Reglamentos en que incurran en materia socio-ambiental, durante las actividades hidrocarburíferas los sujetos de control, que el Subsecretario de Protección Ambiental Hidrocarburífera someta a conocimiento y resolución del Director Nacional de Hidrocarburos, serán sancionadas por éste de conformidad con el artículo 77 de la Ley de Hidrocarburos, según la gravedad de la falta, además de la indemnización por los perjuicios o la reparación de los daños producidos.

Las subcontratistas, además de las sanciones a que hubiere lugar en aplicación del Reglamento 1215, podrán ser eliminadas del registro de calificación de empresas para provisión de obras y servicios.

Para que el Director Nacional de Hidrocarburos proceda a la aplicación de sanciones requerirá únicamente que el Subsecretario de Protección Ambiental Hidrocarburífera remita la correspondiente disposición escrita, junto con una copia del expediente en que se fundamenta. El Director Nacional de Hidrocarburos deberá dictar la sanción en el término de sesenta días de recibida dicha documentación, mediante procedimiento de requerimiento previo.

Respecto a las sanciones impuestas por el Director Nacional de Hidrocarburos, de acuerdo a las reformas que establece el Decreto 1630 se podrá apelar ante el Ministro del Ambiente.

Se concede acción popular para denunciar ante la Subsecretaría de Protección Ambiental Hidrocarburífera todo hecho que contravenga el presente Reglamento. Es decir que cualquier persona puede presentar la respectiva denuncia.

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

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

a) ¿Qué requisitos necesita una denuncia administrativa?

- Dirigirse al titular de la Subsecretaría de Protección Hidrocarburífera
- Los nombres completos y demás generales de ley
- Relato del hecho que se denuncia, con especificación del lugar exacto donde ocurrió el daño ambiental o contaminación, determinando la fecha en que ocurrió, el nombre de la empresa contaminadora, los trabajos que se hayan realizado.
- La petición de que se realice una inspección y se adopten las medidas necesarias urgentes de control y sanción
- El domicilio o número de teléfono, para las notificaciones o en donde puedan ubicar al afectado para cuando realicen la inspección del lugar del daño.

De considerar la Subsecretaría de Protección Ambiental la denuncia infundada ésta resolverá ordenar su archivo. En caso contrario, se procederá a disponer que la Dirección Nacional de Hidrocarburos, aplique la sanción correspondiente.

Este trámite administrativo es bastante engorroso, debido a que existen algunas limitaciones respecto a su eficacia. El primero de ellos se refiere a la desconfianza que genera la relación de los funcionarios de la DINAPAH y Subsecretaría de Protección Ambiental Hidrocarburífera con las empresas petroleras. La segunda limitación, es el insuficiente personal que tiene el Ministerio de Ambiente para atender las demandas de los afectados, de modo que se corre el riesgo de que la inspección de los daños ambientales se las realice de forma extemporánea, cuando ya no hay evidencias de la misma.

b. ¿Qué se obtiene mediante esta Acción?

No obstante estas limitaciones, esta acción permite que la autoridad de control ambiental hidrocarburífera realice el control pertinente y pueda imponer sanciones que van desde multa, hasta la destitución del funcionario responsable.

La Subsecretaría de Protección Ambiental Hidrocarburífera podrá suspender la respectiva actividad temporalmente hasta que se repare la falta u omisión.

2. Las Acciones Contenciosas Administrativas

En caso de que los funcionarios públicos incumplan por acción u omisión, con las disposiciones legales relativas a temas ambientales, cualquier persona natural o jurídica, puede pedir al superior jerárquico la aplicación de sanciones administrativas, sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que haya lugar.

La Acción administrativa, se puede ejercer mediante las siguientes acciones: reclamos administrativos o acciones judiciales contenciosas administrativas.

El Estatuto del régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y la Ley de Modernización del Estado, establecen de forma detallada el procedimiento y el contenido que deben observar los funcionarios en las distintas fases de la administración pública, las mismas que se refieren a solicitudes, actos administrativos, actos normativos, procedimientos, etc. Todo funcionario debe observar que el Acto administrativo que el realice debe observar en su contenido y aplicación el respeto a las normas constitucionales y legales que se establecen para el Acto materia de análisis.

a) ¿Cuándo se puede presentar una Acción Contenciosa Administrativa?

Las acciones contenciosas administrativas proceden contra los actos administrativos resueltos por los funcionarios de las Instituciones del estado que se consideran ilegales o cuando se ha agotado el trámite de reclamo administrativo previsto en el estatuto de régimen jurídico administrativo de la Función Ejecutiva. Existen un sinnúmero de causas mediante las cuales se puede interponer acciones contenciosas administrativas, para efectos de la defensa de los derechos ambientales, estas acciones pueden referirse a las siguientes:

- Cuando el superior jerárquico, no imponga las sanciones o resuelva la petición respecto del funcionario que no dio respuestas a una terminada solicitud dentro del término que establece la Ley, por ejemplo cuando se solicita reiteradamente información sobre estudios de impacto ambiental que no son proporcionada.
- Cuando el superior jerárquico haya fallado en contra de un reclamo administrativo que por inobservancia a la Ley se haya presentado por aprobación indebida de contratos, aprobación ilegal de licencias ambientales, de estatutos, de reglamentos, etc. sea violando el procedimiento o los requisitos sin los cuales no podría ser posible su aprobación.
- Cuando se haya negado la sanción a un funcionario denunciado por tener un comportamiento visiblemente negligente.
- Cuando haya operado el silencio administrativo
- Por cualesquiera resolución que se haya adoptado dentro de un trámite de jurisdicción administrativa

b) ¿Dónde se presenta una acción contenciosa administrativa?

Agotado o no el trámite administrativo se puede acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la jurisdicción en donde se expidió el Acto, para proseguir el trámite previsto.

c) ¿Qué se logra con la Acción Contenciosa administrativa?

Existen diversas acciones que se podrían obtener mediante esta acción, por ejemplo: una reforma al acto impugnado, una sanción al funcionario responsable, la reforma del acto ilegítimamente expedido, la imposición de multas, la anulación y/o suspensión de los actos administrativos (suspensión de la licencia ambiental, nulidad del estudio de impacto ambiental, etc.).

En el caso de la acción contenciosa por silencio administrativo se logra la ejecución del Acto de parte de la autoridad que lo provocó.

d) Las acciones contenciosa administrativa por silencio administrativo

La de Modernización del Estado establece en el Art. 28 que: *«Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.*

Como podemos notar, el derecho de petición es un derecho constitucional que está garantizado por la Ley, en la cual se establecen las consecuencias jurídicas que ocasiona la falta de respuesta en el término señalado por la Ley. El efecto positivo al reclamante del Silencio Administrativo, es que el reclamo o petición se resuelve a favor del reclamante¹⁰².

Esta disposición es importante debido a que muchas peticiones que realizan las comunidades afectadas por daño ambiental, no son atendidas en el tiempo que la Ley señala, generando una especie de incertidumbre sobre sus derechos, debido a que en la mayoría de casos, la información que los afectados solicitan son los estudios de impacto ambiental, los planes de remediación, los informes de inspección, etc., que son documentos necesarios para informarse sobre el estado de las actividades y por las cuales las personas pueden ejercer otros derechos como la indemnización por daños o la reparación integral de la naturaleza.

Una vez que se ha concretado el silencio administrativo, debe solicitarse a la autoridad administrativa que emita una certificación, que indique el vencimiento del término. De no otorgarse esta certificación, se puede requerir la entrega o exhibición de esta

¹⁰² Ver EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2716. (Quito, 10 de Diciembre de 1997). Ver SILENCIO ADMINISTRATIVO, Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. Nro. 12. Pág. 3226. (Quito, 10 de junio de 1998).

certificación a través de un Juez de lo Civil. Una vez entregada o en rebeldía del funcionario público, las personas deberán acudir ante un Tribunal de lo Contencioso Administrativo de su jurisdicción, para que este Tribunal ordene la ejecución de lo solicitado por los peticionarios. Por lo tanto, es una acción que de ser utilizada con responsabilidad e eficiencia, se puede convertir en una buena forma de obtener respuestas positivas de aquellas peticiones insatisfechas.

*Sobre el silencio administrativo, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto en resoluciones de triple reiteración y que actualmente constituyen precedente jurisprudencial obligatorio, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de Casación, la interpretación que obligatoriamente debe darse del régimen aplicable. Entre otras:*¹⁰³

- (1) 480-2007, de 30 de noviembre de 2007, juicio 121-2006 propuesto por Cooperativa Abacá-Ecuador c. Dirección Nacional de Cooperativas;
- (2) 31-2007, de 31 de enero de 2007, juicio 158-2004 propuesto por Brito Albuja c. Estado Ecuatoriano (Ministerio de Defensa);
- (3) 01-2007, de 12 de enero de 2007, juicio 145-2004 propuesto por Chávez Ponce c. Municipalidad de Santa Ana;
- (4) 027-07, de 29 de enero de 2007, juicio 246-2004, propuesto por Barrionuevo c. Petroproducción;

Dicho régimen dispone:

- (1) **Efectos principales del silencio administrativo positivo en el Ecuador:** *De conformidad con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, el efecto principal del silencio administrativo consiste en dar origen a un acto administrativo presunto y autónomo, con el que se atiende positivamente lo solicitado por el administrado. El acto administrativo presunto derivado de la omisión de la Administración Pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto administrativo (expreso), salvo que se trate de un acto administrativo irregular.*

¹⁰³ Tomado del resumen del caso presentado por las comunidades de Chone 1, Chone 2, río cano, pioneros del oriente, trece de marzo, nueva juventud y pacaya cu, pertenecientes a la parroquia de pacaya cu del área libertador asentada en la provincia de Sucumbios de la región amazónica del ecuador, en contra de Petroecuador y Petroproducción, CARDINAL, abogados y Consultores.

- (2) **Requisitos materiales del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo:** *El acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo debe ser un acto administrativo regular y para que sea irregular, el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto o evidente, pues, no es admisible que se exija a los Tribunales Distritales que sustituyan en el ejercicio de sus competencias a la Administración o remedien su torpeza. Por eso corresponde a los Tribunales Distritales verificar la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico (no las razones fácticas, que debieron ser revisadas en sede administrativa) que consten en la petición del administrado.*
- (3) **Requisitos formales para la procedencia de la ejecución de un acto administrativo presunto regular:** *Quien quiere conseguir, a través de la intervención de los Tribunales Distritales, una actuación material de la Administración fundada en los hechos, derechos o prestaciones declarados, reconocidos o admitidos, según sea el caso, en un acto administrativo presunto, requiere el certificado otorgado por la autoridad omisa acerca de la fecha de vencimiento del término, o la justificación de habérselo requerido a la autoridad omisa en sede administrativa y, en defecto, judicialmente.*
- (4) **Competencia de los Tribunales Distritales:** *En lo que respecta a la competencia de los Tribunales Distritales en razón de la materia, los procesos de ejecución, esto es, los dirigidos para conseguir la realización material de los actos administrativos presuntos regulares se ubican en el conjunto de los actos producidos por entidades públicas previstos en la norma. En lo que respecta al sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, las acciones de ejecución de actos administrativos presuntos se deben dirigir contra una institución pública de aquéllas previstas en el artículo 118 de la Constitución Política.*
- (5) **Trámite y caducidad del derecho a demandar:** *En lo que respecta al trámite, el artículo 38 de la Ley de Modernización señala que es el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Aún cuando se trate de una acción de ejecución, el trámite es el mismo aplicable a los recursos subjetivo y objetivo, previstos en la referida Ley. Respecto de la caducidad, la fecha de inicio para el cómputo de los términos para determinarla, en los casos en que el administrado busca ejecutar el acto administrativo presunto es, por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría producido el acto administrativo presunto, siendo los términos para que opere la caducidad, actualmente vigentes, de cinco años para el caso de controversias relacionadas con actos administrativos presuntos y hechos administrativos.*

5. La Queja Defensorial

Esta acción, que se presenta ante la Defensoría del Pueblo, se convierte en otro mecanismo a utilizar para denunciar los daños ambientales. La Defensoría del Pueblo es una garantía institucional, cuyas acciones van dirigidas a la prevención, protección y defensa de los derechos humanos de todos los habitantes del país, fundamentadas por normas éticas que deben regir las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos.

Se perfila como el órgano estatal especializado y autónomo en materia de derechos humanos, que facilita el acceso ciudadano a la administración estatal para proteger sus derechos si estos se encuentran lesionados, promoviendo espacios de mediación o conciliación que resuelvan el conflicto o actuando a través de procedimientos no jurisdiccionales de protección. Le corresponde además, una activa labor de evaluación y promoción de políticas públicas desde la perspectiva del respeto a los derechos humanos¹⁰⁴.

A nivel nacional, existen Comisionados de la Defensoría del Pueblo en cada una de las Provincias, los cuales asumen las competencias de vigilancia y control del cumplimiento de los derechos humanos.

5.1. ¿Qué funciones tiene la Defensoría del Pueblo?

De acuerdo al Artículo 215 de la Constitución, «*La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes*»:

1. El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.

¹⁰⁴ Inredh, Garantías Constitucionales, Manual Técnico, segunda edición, 2006 pag. 193

2. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.
3. Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.
4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas.

Por su parte, el Artículo 8 de la Ley Orgánica de la Defensoría del pueblo, establece otras funciones complementarias. Las más relevantes son:

- Defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales, individuales o colectivos, contemplados en la Constitución, leyes, convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador.
- Promover, capacitar, difundir y asesorar sobre derechos humanos, ambientales y de patrimonio cultural, a las personas que lo requieran
- Hacer públicas sus recomendaciones y orientar a los ciudadanos sobre sus derechos.
- Pronunciarse públicamente sobre casos cuyos criterios sean doctrina para la defensa de los derechos humanos.
- Emitir censura pública en contra de los responsables materiales o intelectuales de actos o comportamientos contrarios a los derechos humanos.
- Investigar en forma gratuita, inmediata y oportuna a las autoridades o personas que se encuentren denunciadas por los particulares como violadores de derechos humanos.
- Dar informes favorables sobre la procedencia de demandas de inconstitucionalidad.
- Intervenir como parte en los asuntos de medio ambiente y del patrocinio cultura en representación del interés colectivo y difuso

5.2. ¿Quiénes pueden presentar una queja a la Defensoría del Pueblo?

Cualquier persona, en forma individual o colectiva, sin discriminación de ningún tipo, puede acudir a la Defensoría del Pueblo con una queja, si considera que un organismo público o persona que presta servicios públicos o actúa por delegación, ha vulnerado sus derechos fundamentales o afectado sus intereses legítimos. Debemos entender que al referirse a cualquier persona, estas pueden ser naturales o jurídicas, comunidades o colectividades.

5.3. ¿Cómo debe presentarse una queja?

Al respecto, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, dispone:

1. Las quejas pueden ser presentadas de forma verbal o por escrito
2. Cuando la queja sea presentada por escrito, deberá contener:
 - i) Identificación del peticionario;
 - ii) Narración de los hechos;
 - iii) Firma o huella digital;
 - iv) Cédula de ciudadanía o pasaporte, de no poseer este documento, un testigo deberá declarar que conoce al denunciante; y,
 - v) La dirección domiciliaria en donde se notificará al quejoso y al demandado.

5.4. ¿Cuál es el trámite de una queja en la Defensoría del Pueblo?

Recibida la Queja se procederá a su trámite o rechazo, en el caso de este último deberá hacerse por escrito, en el cual se expondrán los motivos y razones de esta decisión, pudiéndose informar al interesado sobre las acciones o recursos que puede ejercer para hacer valer sus derechos. El rechazo de una queja, se da generalmente cuando se presentan quejas anónimas, es decir sin firma de responsabilidad, las que revelan mala fe, las que carecen de pretensión o fundamentos, y las que irroguen perjuicios a terceros.

En las Quejas sobre violaciones a derechos ambientales o humanos, el Defensor del Pueblo, o sus Comisionados, deben promover sin demora, los recursos y acciones que impidan las situaciones de daños y peligros graves, sin que las autoridades competentes requeridas puedan negarse a su conocimiento resolución. En la práctica Defensorial, se disponen las inspecciones a los lugares en donde se denuncia se ha producido el daño ambiental, lo que sirve para generarse una idea mas determinante sobre la afectación, inclusive, se han realizado visitas in situ para los mismos fines.

A pesar de que las resoluciones de la Defensoría del pueblo, no tienen el carácter de vinculantes y exigibles judicialmente, es importante que las personas afectadas en sus derechos puedan acudir a este Órgano Administrativo, debido a que por su carácter de observador del cumplimiento de los derechos Constitucionales, la Defensoría se puede convertir en un gran aliado, en vista de que puede emitir resoluciones de cumplimiento obligatorio en contra del contaminador o violador del derecho, lo que puede generar un respaldo de otros sectores de la sociedad.

6. Acciones preparatorias

La Inspección Judicial

Las Inspecciones judiciales son mecanismos útiles para la defensa de los derechos ambientales, las mismas que tiene como objetivo registrar de forma documentada y técnica, el estado actual de un determinado daño ambiental. Este mecanismo puede ser utilizado en aquellos lugares en donde no es muy común la presencia de las autoridades de control y vigilancia ambiental¹⁰⁵, de modo que con la pericia del juez y del perito que se asigne para dicha diligencia, podrá resguardarse las evidencias que demuestren la magnitud del daño. Sirve también como medida preparatoria para evitar un daño mayor, debido a que el juez que realiza la diligencia está en la obligación de disponer medidas obligatoria que impidan un mayor perjuicio, sobre todo tratándose de contaminación de las aguas de los ríos. Además, el acta que se realice de esta diligencia, sirve como antecedente para iniciar un eventual proceso de Acción de protección o una demanda por daños y perjuicios.

La Inspección judicial es el examen o reconocimiento que el juez hace de la cosa litigiosa o controvertida, para juzgar de su estado y circunstancia¹⁰⁶.

a) ¿Quiénes pueden presentar una solicitud de Inspección Judicial?

Cualquier persona, natural o jurídica, grupo o colectivo de afectados puede presentar.

b) ¿Qué debe contener una solicitud de Inspección Judicial?

- a) La designación del Juez ante quien se propone
- b) Los nombres completos y demás datos generales del solicitante

¹⁰⁵ En las comunidades indígenas de Orellana es muy común que los derrames de petróleo sean objeto de inspección de parte del Ministerio de Minas y petróleos, muchos meses después de producido el hecho, de tal forma que en la inspección no se logra dimensionar el daño causado

¹⁰⁶ Art. 242 del Código de Procedimiento Civil

- c) Un relato corto de los hechos y de las razones por las cuales se solicita la inspección
- d) La petición concreta que se realice la Inspección
- e) El requerimiento de que el Juez nombre un perito para dicha diligencia
- f) La designación del trámite especial que debe darse al proceso
- g) El casillero judicial o lugar donde debe notificarse al solicitante
- h) La firma del solicitante y el abogado patrocinador

c) Trámite de la Inspección Judicial

El código de Procedimiento Civil desde el Art. 243 al Art. 249, señala el trámite que debe observarse en una inspección judicial, este trámite es el siguiente:

- a) El Juez calificará la petición y de estar completa, Ordenada la inspección, señalando, en la misma providencia, la fecha y hora de la diligencia, y designará perito tan sólo si lo considerare conveniente.
- b) En el día y hora señalados concurrirá el juez al lugar de la inspección; oír la exposición verbal de los interesados, y reconocerá con el perito o peritos la cosa que deba examinarse. Inmediatamente extenderá acta en que se exprese el lugar, día y hora de la diligencia; las personas que concurrieron a ella; las observaciones y alegatos de las partes, y la descripción de lo que hubiese examinado el juez. Los concurrentes deberán firmar el acta; y si las partes no quisieren o no pudieren hacerlo, se expresará esta circunstancia.
- c) El juez, en el acto de la diligencia, podrá ordenar que se levanten planos, y se hagan reproducciones, experimentos, grabaciones mecánicas, copias fotográficas, cinematográficas o de cualquier otra índole, si dispone de medios para ello. Durante la diligencia podrá también ordenar la reconstrucción de hechos para verificar el modo como se realizaron, examinar a las personas prácticas que conozcan el lugar o la cosa y

tomar cualquier otra medida que considere útil para el esclarecimiento de la verdad.

- d) Al acta se agregará el informe del perito o peritos y los mapas o planos que hubieren levantado; y lo uno y lo otro se pondrán en conocimiento de las partes.
- e) Si de la inspección resultare que las aguas del río, la obra nueva o cualquier otra causa puede producir o produce daños inevitables a la heredad o cosa de alguno, el juez, a continuación del acta y mediante auto, dará las órdenes necesarias para impedir el daño.
- f) La inspección hace prueba en los asuntos que versan sobre localidades, linderos, curso de aguas y otros casos análogos, que demandan examen ocular o conocimientos especiales.
- g) Puede el juez no apreciar el dictamen del perito o peritos, contrario a lo que él mismo percibió por sus sentidos en el reconocimiento, y ordenar que se practique nueva inspección con otro u otros peritos.

6.1. La Inspección ambiental de los Gobiernos Municipales y los Gobiernos Provinciales

La Constitución establece como competencias exclusivas de los gobiernos municipales, «Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley»¹⁰⁷. De conformidad con el Art. 12 Num. 4 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, los Municipios tienen como finalidades: «Promover el desarrollo económico, social, medio ambiental y cultural dentro de su jurisdicción».

Estas competencias son las que les otorgan a los Municipios la posibilidad de desarrollar políticas de gestión ambiental. Algunos Municipios, cuenta para el efecto, con un Departamento de Ambiente, el cual se hace responsable de reglamentar el uso de suelo, las cuencas de aguas, las playas, etc. Al mismo tiempo desarrollan una

¹⁰⁷ Art. 264 Num. 4 de la Constitución del Ecuador 2008

serie de acciones con el fin de prevenir los daños ambientales como consecuencia del manejo irracional de los desechos sólidos o descargas de agua.

Internamente los Municipios diseñan ordenanzas Municipales, que les otorga competencia legal para el desarrollo de estas actividades de vigilancia. Si bien es cierto que las actividades hidrocarburíferas son controladas por instituciones específicas como la Subsecretaría de Protección Ambiental, los Municipios deben por su cuenta desarrollar acciones de gestión y vigilancia de estas actividades que afectan la salud y bienestar de la población local.

En este ámbito, los Municipios realizan inspecciones ambientales en los lugares donde se denuncia o presume que existe la presencia de descargas líquidas o sólidas que violan las normas ambientales de calidad. Para el efecto, mediante un cronograma, establecen la inspección pericial, la misma que se lleva a cabo con o sin la presencia de los interesados en el daño ambiental. Esta inspección se realiza con la intervención de técnicos ambientales (ingenieros ambientales, por lo general), laboratoristas y abogados conocedores del tema ambiental, pertenecientes al Municipio. Una vez realizada la inspección, el departamento de control ambiental realiza un Acta en la que consta el detalle del lugar inspeccionado, las coordenadas del lugar, los elementos que se encontraron, los testimonios que se recogieron, etc. Posteriormente, el Departamento de ambiente debe examinar mediante pruebas de laboratorio, si las muestras que se tomaron de las descargas líquidas o sólidas, sobrepasan los límites permisibles establecido en los reglamentos o leyes pertinentes. De haber una sobrecarga de contaminantes, el departamento puede iniciar acciones internas de sanción o iniciar las acciones públicas de reparación del daño ambiental como acciones de protección, denuncias penales, demandas administrativas ante los órganos de control específicos, etc.

Esta Inspección municipal, puede solicitarla cualquier persona, de forma escrita u oral, sin necesidad de pagar una tasa municipal o de contar con el patrocinio de un abogado.

La inspección ambiental municipal se puede convertir en un aliado para los perjudicados, en virtud de que si se cuenta con un departamento municipal equipado, los perjudicados no tendrían la necesidad de contratar peritos o laboratorios para demostrar la magnitud de una determinada contaminación.

De conformidad con el Art. 263 Num. 4 de la Constitución, corresponde a los gobiernos Provinciales La gestión ambiental provincial. Bajo este concepto, los

gobiernos provinciales, vienen desarrollando, al igual que los gobiernos municipales, actividades de gestión ambiental en su respectiva Jurisdicción. Generalmente esta gestión se realiza de forma coordinada con los gobiernos locales, Juntas parroquiales, Comités barriales, Juntas de agua, etc, a través de la aplicación de ordenanzas provinciales.

Una de estas actividades que desarrollan los Gobiernos Provinciales, son las inspecciones ambientales a los sitios en donde se presume hay descargas de aguas o desechos sólidos que contravienen las normas ambiental de emisión e inmisión.

El procedimiento para el desarrollo de estas inspecciones, no difiere mayormente de las que desarrollan los Gobiernos Municipales.

BIBLIOGRAFÍA

Textos:

NARVÁEZ QUIÑÓNEZ, Iván: "Derecho Ambiental y Sociología Ambiental", Editora Jurídica Cevallos. Primera edición, Quito-Ecuador, 2004

PETROECUADOR: "Hitos de la Industria Petrolera", Edición Petroecuador. Segunda edición, Quito-Ecuador, 2005

HIDALGO, R. CRESPO. R & CALVACHI: "Manual de Capacitación en Derecho Ambiental y código de procedimiento penal para fiscales del Ministerio Público" Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental CEDA, editorial Fraga C.Ltda. Quito-Ecuador, 2004

ANA BARREIRO, PAULA OCAMPO, EUGENIA RECIO: "Medio Ambiente y Derecho Internacional, una Guía Práctica", 2007

PATRICIO CRESPO COELLO: "Decisiones Ambientales y Liberalismo", Ediciones Abya-Yala, primera edición, Quito-Ecuador, 2008

BRA;ES, Raúl "Manual de Derecho Ambiental Mejicano". Fundación Mejicana para la Educación Ambiental. Fondo de Cultura Económica, México 1994.

Informe GEOECUADOR 2008, capítulo 7, políticas ambientales disponible en: www.flacsoandes.org/biblio/catalog/resget.php?resid=16382

INREDH: "Garantías Constitucionales, Manual Técnico", Ediciones INREDH, segunda edición, Quito-Ecuador, 2006

RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA: "Constitución del 2008 en el Contexto andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado", Ministerio de Justicia del Ecuador, primera edición, Quito-Ecuador, 2008

RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA; "Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva", Ministerio de Justicia del Ecuador, primera edición, Quito-Ecuador, 2008

RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA: "Los Derechos Sociales, del Acceso a la Información a la justiciabilidad", Centro de Derechos Humanos Facultad de Jurisprudencia", Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Primera edición, Quito-Ecuador, 2007

OYARTE MARTINES, Rafael, "La Acción de Amparo Constitucional, Fondo Editorial Fundación Andrade y Asociados, Quito-Ecuador 2005

MELO, Mario, De la Consulta Previa Informada al Consentimiento Previo Informado: un camino que urge recorrer. El caso ecuatoriano, Quito, Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), 2004.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo, La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, disponible en: <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=I1----&x=20156105>, último acceso: 02 de Mayo de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 Serie C No. 172.

Políticas y Estrategias Ambientales, Plan Ambiental Ecuatoriano PAE., C.A.A.M., Febrero de 1996

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, UNDP "Proyecto Conservación y Manejo Sostenible del Patrimonio Natural y Cultural de la Reserva de Biósfera Yasuni". Consultoría para el estudio de los aspectos jurídico constitucionales de la propuesta ITT. Informe Final. Mario Melo, Consultor Principal. Isabela Figueroa, Consultora Adjunta Norman Wray, Consultor Adjunto. Marzo, 2009

GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Diccionario Jurídico elemental, Argentina, edición 1998

Legislación Nacional:

Constitución de la República del Ecuador 2008

Constitución Política del Ecuador 1998

Código Penal Ecuatoriano

Código de Procedimiento Penal

Código Civil Ecuatoriano

Código de Procedimiento Civil

Ley de Hidrocarburos

Ley de Gestión Ambiental

Ley forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre

Ley Orgánica de TRansparencia y Acceso a la Información Pública

Ley del Régimen del sector eléctrico

Ley de Prevención y Control de la Contaminación

Ley de Modernización

Ley Orgánica de Régimen Municipal

Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva

Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional para el Período de Transición 2008

Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas 1215

Decreto Ejecutivo 1040 sobre participación ciudadana

Decreto Ejecutivo 1630 que transfiere las competencias del Ministerio de Minas y Petróleos al Ministerio del Ambiente, 2009

Legislación Internacional:

Convenio sobre Diversidad Biológica

Convenio sobre comercio y tráfico ilegal de fauna y flora en peligro de extinción
CITES

Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,
1989

Estrategia Mundial para la Conservación. Preparada en 1980 por la Unión Mundial de la Naturaleza (UICN) con la asistencia de World Wildlife Fund y el PNUMA. Carta de la Naturaleza. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982.

La Agenda 21, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo CNUMAD, celebrada en Río en junio de 1992

PROTOCOLO DE MONTREAL, sobre sustancias que agotan la capa de Ozono
Aprobado en el año de 1987

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992

Declaración de Naciones Unidas Sobre Pueblos Indígenas y Tribales

Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano, 1972

ANEXOS

ANEXO 1:

Otras leyes y reglamentos útiles para la protección del ambiente en las operaciones hidrocarburíferas.

- 1.1. Ley de Aguas
- 1.2. Código de la Salud
- 1.3. Ley Especial de Petroecuador y sus Filiales
- 1.4. Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales
- 1.5. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales
- 1.6. Ley de Desarrollo Agrario y Colonización
- 1.7. Reglamento que establece las Normas Generales de Emisión para Fuentes Fijas de Combustión y los Métodos Generales de Medición. Registro Oficial No. 303, de 1993 (Acuerdo No. 883).
- 1.8. Reglamento que establece las Normas de Calidad del Aire y sus Métodos de Medición. Registro Oficial No. 726 del 15 de Junio de 1991
- 1.9. Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, en lo relativo al Recurso Agua. Registro Oficial No. 204 del 5 de Junio de 1989
- 1.10. Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental en lo referente al Recurso Suelo. Registro Oficial No. 989 del 30 de Julio de 1992.
- 1.11. Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental originada por la Emisión de Ruidos. Registro Oficial No. 560 del 12 de Noviembre de 1990

- 1.12. Reglamento a la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre.
- 1.13. Declaración Parque Cuyabeno Zona de Conservación Especial. Registro Oficial No. 121, (Decreto Ejecutivo No. 551).
- 1.14. Declaración Zona de Conservación Especial de los Grupos Huaorani. Registro Oficial No. 121, (Decreto Ejecutivo No. 552)
- 1.15 Decreto Ejecutivo 552 que «declara zona intangible de conservación vedada o perpetuidad a todo tipo de actividad extractiva». R.O. 121 de 02 de febrero de 1999.

ANEXO 2:

Resoluciones ambientales



27 NOV. 2008

16445

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



CASILLA CONSTITUCIONAL N°111

A LOS SEÑORES: Daniel Toribio Valladolid y Luis Cléver Pineda Nole

Se les hace saber lo siguiente:

TERCERA SALA

Quito, DM.- 26 de noviembre de 2008

Juez ponente: Señor Doctor Hernando Morales Vinueza

RESOLUCION No. 0816-2008-RA

En el caso signado con el No. **0816-2008-RA**

ANTECEDENTES:

Daniel Toribio Valladolid y Luis Cléver Pineda Nole, por los derechos que representan en sus calidades de Presidente de la Asociación de Campesinos 29 de Abril y Presidente de la Junta de Agua Potable del Sector de Dureno, respectivamente, comparecen ante el Juez de lo Civil de Sucumbíos y deducen acción de amparo constitucional en contra del Vicepresidente Ejecutivo de Petroproducción, filial de PETROECUADOR, y solicitan que se suspenda los trabajos de la construcción de las dos plataformas y la inmediata reubicación de los pozos PARAHUACO 10 y 11, la suspensión inmediata de los trabajos que se están llevando en el área afectada y que se garantice el retiro de todas las partículas de Hidrocarburos del suelo y la capa vegetal, ya que se presume este acto de negligencia vulnera de manera directa derechos subjetivos preceptuados en la Carta Magna de 1998, poniendo en inminente peligro el bienestar de quienes habitan en este sector de la Amazonia Ecuatoriana.

Los accionantes en lo principal manifiestan que son una comunidad conformada por unas 45 familias que desde hace mas de veinte años han venido sufriendo contaminación por derrames de crudo y por roturas de las tuberías obsoletas.

En los primeros días del mes de febrero, la empresa estatal Petroproducción ha realizado varios trabajos abriendo trochas de acceso y construcción de plataformas para la exploración y posterior explotación de dos pozos petroleros que son el Parahuaco (10) y once (11) en su comunidad, estando estas muy cerca del estero que a su vez alimenta al sistema de captación de agua potable.

En diciembre del 2004, el Departamento de Medio ambiente del Municipio del Cantón Lago Agrio ha realizado una inspección a su Parroquia, en la cual se han tomado muestras de agua de seis esteros en cuyo informe de 10 de febrero del 2005 se indica

Caso No. 0816-2008-RA

Tel.: (593-2) 2563-117 / 2563-144
E-MAIL: INFO@CC.GOV.EC
QUITO - ECUADOR

constatado la contaminación con hidrocarburos, y que es precisamente en ese sector que la empresa estatal Petroproducción, pretende perforar los pozos Parahuaco 10 y 11.

Manifiestan que, de continuarse con la pretendida perforación de pozos Parahuaco 10 y 11, existe la inminente violación o amenaza a los derechos contemplados en los artículos 23, numerales 6, 7 y 20; 42, 47, 48, 86, 88 y 91 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

El 02 de junio de 2008 se lleva a cabo la Audiencia Pública, a la cual comparecen los Accionantes con sus Abogados defensores, sin que comparezca la parte Accionada y por otra el Dr. Guillermo Ortiz, ofreciendo poder o ratificación del señor Procurador del Estado, presentando sus alegatos verbalmente. Los accionantes, por intermedio de sus abogados defensores afirman y ratifican los fundamentos de su demanda. El defensor de la Procuraduría General del Estado expone que la acción está propuesta a nombre de una comunidad, mas no existen las firmas ni el consentimiento de dicha comunidad a quien los accionantes dicen representar, y que el Compareciente Daniel Toribio Valladolid actúa a nombre de la Asociación de Campesinos 29 de Abril, más no aparece justificación de dicha representación; además, que las copias simples que acompañan no hacen fe en juicio, por lo que las impugna de acuerdo al numeral 4 del artículo 198 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte manifiesta que si bien es cierto que el artículo 95 y 46 de la Constitución Política del Estado y la Ley de Control Constitucional, respectivamente, establecen con claridad los requisitos para que sea procedente la acción de amparo esto es que sea un hecho o acto administrativo de autoridad, ilegítimo que cause daño grave e inminente e irreparable y que en este caso no se encuentran justificados los mencionados requisitos, tanto que no se han construido los pozos a los que se hace referencia. Por lo que pide que se rechace la acción imponiendo a los accionantes las sanciones establecidas en la Ley de Control Constitucional.

El 4 de junio del 2008, el Juez Primero de lo Civil de Sucumbíos, con asiento en Sucumbíos, resuelve inadmitir la acción de amparo constitucional propuesta por Daniel Toribio Valladolid y Luis Cléver Pineda Nole, quienes apelan de la resolución.

Con estos antecedentes, para resolver, la Sala realiza las siguientes

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición publicado con la Constitución de la República del Ecuador, en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 y la Resolución publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008.

SEGUNDA.- La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



TERCERA.- La acción de amparo prevista en el Art. 95 de la Constitución de 1998 procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

CUARTA.- Aspecto previo a dilucidar en la presente acción es el relativo a la legitimación activa, cuestionada por el Procurador General del Estado y considerada por el Juez de instancia para inadmitir el amparo solicitado. Al respecto, del análisis del proceso la Sala establece que los demandantes Daniel Valladolid y Luis Pineda Nole, comparecen en calidad de Presidente de la Asociación de Campesinos 29 de Abril y de la Junta de Agua Potable del sector.

Consta de proceso copia del acta N° 61 de la sesión de la Asociación de Participación Social de Campesinos 29 de Abril, en la que se designó la Directiva de la organización el día 22 de junio de 2007, la misma que se encuentra presidida por el señor Daniel Valladolid. Consta en el expediente, además, copia del acta N° 9 de una reunión de 28 personas en el Recinto Sol Naciente, sin que se especifique a qué organización pertenecen, no obstante, se consigna en el acta la denominada “legalización” de una directiva, presidida por Luis Pineda.

Es necesario puntualizar que el artículo 95 de la Constitución Política de 1998 faculta para interponer la acción de amparo a cualquier persona por su propios derechos o como representante legitimado de una colectividad. En este sentido, pueden deducir la acción tanto las personas físicas como las jurídicas, por intermedio de sus representantes legales, así como aquellos colectivos de personas que mantienen una comunidad de intereses, no solo entendidos como aquellos que son beneficiarios de derechos colectivos, previstos en la Carta Fundamental, es decir, las comunidades y pueblos indígenas y afroecuatorianos. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la causa N° 0325-2003-RA, estableció que “(...) hay que precisar que como colectividad se entiende a un grupo humano reunido o convocado para un mismo fin, que no ha obtenido personería jurídica. Entonces el titular de estos derechos colectivos es el grupo y todos los individuos por ser miembros de ese grupo, como podría ser el caso de los jubilados, la comunidad Shuar, la comunidad afro-ecuatoriana, un grupo de inmigrantes de la sierra, etc., y que para efectos de su comparecencia, que no puede ser general, deben elegir a alguien para que represente sus voluntades o personalidad; es decir, designan al “representante legitimado de una colectividad” que puede ser una directiva o una o más personas singularizadas, las que van a actuar a nombre de esa colectividad o de un interés comunitario en particular (...)”

Cabe añadir que el artículo 48 de la Ley de Control Constitucional faculta a cualquier persona para proponer una acción de amparo constitucional cuando se trate de la protección del medio ambiente, en razón de la incidencia que su afectación tiene en las personas y colectividades.

La Sala encuentra que aún si los actores no se encontraren legitimados para intervenir a nombre de una colectividad, podrían hacerlo como personas naturales, pues el fundamento de su demanda es la afectación al medio ambiente; no obstante se aclara que el señor Daniel Toribio Valladolid justifica ser el Presidente de la Asociación 29 de Abril, cuya designación se efectuó el día 22 de junio de 2007 y el señor Luis Pineda justifica haber sido designado Presidente del Recinto Sol Naciente (en un acta cuya falta de formalismos debe ser comprendida por la Sala dada la procedencia de los integrantes de la colectividad, Junta de Agua Potable, que evidencia un total desconocimiento de procedimientos parlamentarios e incluso de reglas ortográficas, situación que no debe impedir a esta Magistratura conocer la causa)

QUINTA.- Denuncian los accionantes que las actividades de exploración petrolera que realiza la empresa Petrocomercial, concretamente la perforación de dos pozos (N° 10 y 11) en el campo Parahuaco, en su comunidad, por encontrarse cerca del estero que alimenta el sistema de captación de agua potable en el que los moradores se abastecen para satisfacción de sus necesidades básicas, afecta al medio ambiente, específicamente, con la contaminación de las referidas aguas, pues la plataforma de los pozos está ubicada a 80 metros de la fuente de captación de agua. Comunican que la instalación del sistema de agua potable para servicio de la parroquia en que habitan se realizó en el único estero que se encontraba libre de contaminación, según el análisis realizado a las muestras de agua tomadas en 6 esteros por el Departamento de Medio Ambiente del Municipio de cantón Lago Agrio, cuyo informe data de 10 de febrero de 2005.

Consta del expediente copia del oficio N° 08- Dpto AA.PP. y Alcant. Nueva Loja de 14 de abril de 2008, enviado por el Director del Departamento de Agua Potable y Alcantarillado de la Municipalidad de Lago Agrio, al señor Daniel Valladolid, Presidente del Recinto Sol Naciente, en el que le remite el informe N° 076 que contiene el señalamiento que “la perforación del pozo petrolero ubicado a 80 metros del vertiente de agua que sirve de abastecimiento para la Comunidad, afectará la captación lateral que tiene el citado proyecto” y advierte que en tanto la fuente de captación de agua por haber sido la única que no evidenciaba contaminación, al ser contaminada, dejaría sin posibilidad de contar con agua potable a la comunidad. En efecto, el informe referido precisa los riesgos de la contaminación de la fuente de la que se trata el agua para el consumo de los moradores del sector y de los recintos que se encuentran aguas abajo con motivo de las obras de la ejecución del pozo petrolero aproximadamente a 80 metros del sector Sol Naciente. .

En el proceso se encuentra documentación que dice relación a la preocupación de los moradores del sector Sol Naciente en torno a la contaminación por derrames petroleros



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



que afectan las aguas de esteros y pozos y ponen en riesgo la salud y vida de los habitantes, así como los requerimientos efectuados para remediar esta situación, los que no habrían sido atendidos, a tal punto que en comunicación de 28 de agosto de 2008, el señor Daniel Valladolid, Presidente de la Asociación 29 de Abril de 2008, dirigida al Ministro de Energía, al Presidente Ejecutivo de Petroecuador, al Vicepresidente de Petroproducción y otras autoridades han puesto en su conocimiento los antecedentes y la situación actual, adjuntando copias de análisis de aguas y suelos e informan la adopción de medidas de hecho como medio para que sus peticiones sean atendidas y los compromisos de remediación firmados se ejecuten

Existe en el proceso constancia fotográfica del Estado en que se encuentran las aguas cercanas a la perforación de los pozos en el sector Parahuacu, las que, evidentemente aparecen muy turbias. Constan además informes de los efectos de la actividad hidrocarburífera del campo Parahuaco en el ecosistema, la vida y la salud de los habitantes, elaborado por la fundación Acción Ecológica, juntamente con el Departamento de Higiene y Ambiente del Municipio de Lago Agrio, así como de la Oficina de Derechos Humanos de la Iglesia de San Miguel de Sucumbios.

SEXTA.- El Vicepresidente de Petroproducción, demandado en esta causa no compareció a la audiencia pública efectuada ante el Juez de instancia ni ha explicado posteriormente las circunstancias en que se desarrolla la perforación de los pozos 10 y 11 del sector Parahuaco, como tampoco ha desvirtuado las aseveraciones hechas por los accionantes en relación a la afectación de las aguas tratadas para uso y consumo de los habitantes del sector, ni los informes que al respecto constan del proceso.

SEPTIMA.- La Constitución Política garantiza a los habitantes de la República el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación (artículo 23. 6), garantiza además el derecho a una calidad de vida que asegure: salud, alimentación, nutrición, agua potable, saneamiento ambiental, entre otros servicios indispensables (artículo 23.20), derechos que guardan conexidad pues se orientan a establecer condiciones materiales de subsistencia de las personas que, partiendo de conservación de la naturaleza en estado de equilibrio, propicien el desarrollo de condiciones de vida y salud que aseguren la supervivencia de las personas (Constitución de 1998).

Sin lugar a dudas, uno de los elementos vitales de mayor importancia en la vida de los seres vivos, entre ellos, de los humanos, es el agua, utilizada para el consumo como líquido vital y fuente de vida y en el uso en distintas actividades desarrolladas por los hombres, como la agricultura, ganadería, acuicultura, higiene personal, aseo, medicina, etc. Es la importancia del agua para la vida de los seres vivos y los efectos del aumento de su necesidad por el desarrollo de la humanidad, que la Constitución orienta la protección de este recurso y lo garantiza como parte integrante del derecho a la salud y vida.

La Carta Fundamental dedica especial atención al derecho al medio ambiente, en el título de los derechos colectivos. En efecto, el artículo 56 protege el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice un desarrollo sustentable, velará porque este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza. Dentro de esta visión, la preservación del medio ambiente, la prevención de la contaminación ambiental, el manejo sustentable de los recursos naturales deben constituir garantía de que las actividades del desarrollo humano no afecten las condiciones de vida y salud de las personas, como puede ocurrir cuando las actividades del desarrollo de la sociedad son ubicadas junto a corrientes de agua, para utilizar dicho líquido, vertiendo los residuos del proceso industrial u otras actividades humanas, lo que ocasiona la contaminación de las fuentes de agua, tanto más perjudicial si de ellas deriva el tratamiento de agua para uso o consumo de pobladores de áreas cercanas.

OCTAVA.- La actividad extractiva, aún en la fase exploratoria, debe asegurar que no dañará el medio ambiente. El artículo 91 de la Carta Política de 1998 prevé la responsabilidad del Estado, sus delegatarios y concesionarios, por los daños ambientales causados y garantiza que “tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto y las consecuencias negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño” se trata de principio de precaución en materia ambiental.

En el caso de análisis, la perforación de pozos petroleros por parte de Petroproducción, se encuentra afectando el medio ambiente en el sector de sus actividades en tanto incide en la modificación de la calidad de agua de uso y consumo de los pobladores que habitan en las cercanías que, precisamente es tratada desde uno de los pozos aledaños a la torre de perforación, afectación que debió ser prevista por la mencionada empresa y evitada, hecho que no ha sucedido, no obstante que la Ley de creación de la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador PETROECUADOR y sus Filiales, en el artículo 2, reformado, prevé que el ejercicio de sus actividades *“PETROECUADOR y sus empresas filiales preservarán el equilibrio ecológico, para lo cual crearán una unidad específica, cuya labor fundamental consistirá en prevenir y controlar la contaminación ambiental, así como evitar que sus actividades afecten negativamente a la organización económica y social de las poblaciones asentadas en las zonas donde éstas sean realizadas.”* (resaltado no es del texto).

Corresponde a Petroproducción realizar la actividad hidrocarburífera de exploración y explotación en el marco de las disposiciones constitucionales y legales de protección al medio ambiente y garantía de la salud y vida de los habitantes, elementos de suma importancia que no pueden ser soslayados en el desarrollo de actividades económicas como la extractiva.

NOVENA.- La falta de comparecencia del demandado a la audiencia, en definitiva, la falta de explicación de los detalles de la actividad en la estación Parahuaco, así como las medidas adoptadas o a adoptar para remediar las consecuencias que la perforación de pozos petroleros produce en la vida y salud de las personas, impiden a esta



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Magistratura pronunciarse acerca de las medidas que deberán observarse para remediar tales afectaciones, no obstante, la situación planteada por los accionantes no puede permanecer pues se trata de riesgos en su salud y vida, al desenvolverse en un área que incide negativamente en la calidad del agua para uso y consumo.

Por las consideraciones que anteceden, la Sala, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE:

- 1.- Revocar la resolución emitida por el Juez de instancia; en consecuencia, conceder parcialmente el amparo solicitado;
- 2.- Disponer que Petroproducción adopte todas las medidas necesarias orientadas a remediar los efectos nocivos en la calidad de agua de uso y consumo de los habitantes del sector, así como los efectos de la presencia de partículas de hidrocarburos situados en el suelo y la capa vegetal.
- 3.- Para el desarrollo de las medidas adoptarse, Petroproducción comunicará a los habitantes del sector y coordinará las actividades correspondientes.
- 4.- Remitir el proceso al Juez de origen para el cumplimiento de los fines legales.- *ff)*
**Dres. Hernando Morales Vinuesa; Manuel Viteri Olvera; y ,
 Patricio Herrera Betancourt, Jueces Tercera Sala.- Sigue la
 certificación.-**

Lo que comunico, para los fines legales consiguientes.

/a.m.l.

Dr. Jaime Páez Elomorro
SECRETARIO TERCERA SALA



Castilla Const. N.º III
A: ANGEL GABRIEL NAJERA PILCO
Se le hace Conocer.



20 OCT 2007
 16 H 35

RESOLUCION No. 0535-2007-RA

Magistrada Ponente: Dra. Nina Pacari Vega

LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



En el caso signado con el No. 0535 -2007-RA

ANTECEDENTES:

Ángel Gabriel Nájera Pilco interpone acción de amparo constitucional contra el Presidente de PETROECUADOR y el Vicepresidente de PETROPRODUCCION, ante el Juez Tercero de lo Civil de Francisco de Orellana. En lo principal manifiesta que es habitante de la Parroquia Inés Arango, en la Comunidad San Francisco, en donde se dedica a labores agrícolas sembrando café, cacao, maíz, arroz, plátano, yuca, el mismo que sirve para su sustento familiar y para el pequeño comercio, sin embargo en los últimos años su actividad se ha visto gravemente afectada por la explotación petrolera, pues los daños ambientales es un tema de permanente preocupación. En el sitio donde habita y realiza sus actividades agrícolas y domésticas desde los años 70 hasta la presente fecha se vienen desarrollando actividades carburíferas primero a cargo de TEXACO y posteriormente PETROPRODUCCION, desde los primeros años de explotación petrolera ha sido víctima de constantes contaminaciones a los recursos naturales y muerte de sus animales debido a la contaminación del río Chiripuno, único afluente de agua en sus territorios. En el 2003 solicitó hagan la limpieza de un riachuelo del sector en el que se derramó petróleo, sin embargo nunca fue escuchada su petición. En marzo del 2005 sufrieron un derrame del pozo CONONACO el mismo que afectó gravemente zonas de producción agrícola y el río, en el año siguiente se produjo un nuevo derrame de considerable magnitud operado por la Compañía PETROPRODUCCION afectando gravemente el río Chiripuno y a trece fincas de los campesinos que se encuentran ubicados en las riberas del río, llegando hasta el territorio Huaorani, dentro del parque Yasuní, este derrame arrasó con todo y se encuentra muy afectado porque el agua se encuentra contaminada. Las sustancias tóxicas producida por los derrames de desechos petroleros tienen efectos sumamente nocivos sobre los seres humanos como cáncer y hasta la muerte. El 11 de abril del 2006 ingresó una denuncia a la Dirección Nacional de Protección

Caso No. 0535-2007-RA

Página 1 de 7

AV. 13 DE OCTUBRE N 15-114
 TEL: (05) 25246177 / 2563-144
 E-MAIL: INFO@TC.GOV.EC
 QUITO - ECUADOR

Ambiental por ser la Institución competente para conocer sobre estos hechos, en la cual hacía conocer las afectaciones ambientales que estaba siendo víctima, solicitando que Petroproducción cumpla con la remediación ambiental, con la dotación de agua potable para consumo humano, en respuesta a esta denuncia recibió una contestación por parte de la DINAPA totalmente contraria a sus pretensiones, en donde ésta dependencia manifestaba que no tenía competencia para solucionar su requerimiento de agua potable. El 30 de julio de 2005 y 2 de junio del 2006 se realizaron las inspecciones técnicas para verificar los daños ambientales por los derrames de los pozos CONONACO 08 y CONONACO 31, de cuyos análisis se desprende que existe contaminación pues los niveles de hidrocarburos presentes en el suelo y agua superan los límites permisibles. A pesar de haber transcurrido más de diez años de contaminación flagrante y seis meses desde que sucedió el último derrame, nada se ha hecho por remediar las zonas afectadas, lo que ha ocasionado que cada día se contaminen mucho más las fuentes de recursos hídricos que existen en la zona, pues el petróleo es arrastrado por las corrientes naturales de agua hacia abajo, poniendo en riesgo la vida de más familias. A pesar de existir sendos oficios de la DINAPA, requiriendo de Petroproducción el cumplimiento de la Remediación, así como la intervención del Ministerio del Ambiente, por lo que existe omisión por parte de los Funcionarios de Petroproducción y por ende del Estado, como consecuencia a la inobservancia de los requerimientos hechos por la DINAPA para remediar las zonas afectadas por los derrames de petróleo, por lo que solicita se remedie el área contaminada por el derrame del pozo CONONACO 8 y 31 por parte de la Empresa Estatal PETROPRODUCCION, en la zona de la comunidad San Francisco, parroquia Inés Arango del cantón Francisco de Orellana ya que este acto de negligencia vulnera de manera directa derechos subjetivos preceptuados en la Carta Magna, poniendo en inminente peligro el bienestar de los habitantes del sector. Se ha vulnerado acuerdos internacionales de protección del medio ambiente y derechos constitucionales a vivir en un medio ambiente sano, el derecho a la salud, el derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, sanamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios, derecho a una tutela efectiva, se está causando grave daño al medio ambiente y a los habitantes de la amazonía, por tanto solicita se ordene la inmediata remediación y se adopten las medidas necesarias para recuperar y descontaminar su predio y específicamente el estero sin nombre que cruza por su finca y se brinde la asistencia médica necesaria al compareciente al igual que a su familia, con la finalidad de reparar el daño causado por la contaminación a su salud, que ha devenido por el consumo de agua, respiración del aire y productos contaminados del lugar y poner en conocimiento de la Fiscalía los actos ilícitos ya indicados. En el día y hora señalados se lleva a cabo la audiencia pública a la que comparecen las partes y el Delegado del Procurador General del

Estado, el accionante se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho. La parte accionada comparece a través de su abogado ofreciendo poder o ratificación a nombre del Vicepresidente de PETROPRODUCCION en lo principal manifiesta que el accionante no ha probado sus afirmaciones, no hay constancia que ha existido un derrame de crudo que haya afectado la vertiente de agua, en realidad hubo un derrame el 8 de marzo del 2005 en el pozo Cononaco 31, el mismo que fue inmediatamente atendido por la cuadrilla de protección ambiental del campo Auca, es importante recordar que el señor Ángel Nájera Pilco fue quien en una actitud irresponsable y violando principios de ley ambiental organizó a los miembros de la comunidad Chiripuno para que obstaculicen las labores urgentes de remediación, con el único propósito de buscar una indemnización económica, sin importarle las consideraciones de aspecto social y ambiental que se produjo por el derrame. La empresa PETROPRODUCCION ha procedido a indemnizar a todos los afectados por los derrames producidos, esta Empresa no ha violado derechos humanos ni constitucionales como lo manifestó el accionante. El accionante ha reclamado un derecho que supuestamente tiene, pero no tiene ninguna propiedad en el lugar donde dice realizar sus actividades agrícolas y es su conviviente quien tiene las escrituras otorgadas por el IERAC y es a ella a quien la empresa con justo derecho ha procedido a pagarle una indemnización de 3.520 dólares, por afectación de especies vegetales forestales, existiendo controversia por esta situación. El accionante sobredimensiona los hechos, las principales autoridades del Gobierno Central y de Petroproducción acordaron un compromiso en que el Gobierno Nacional asignará 12 millones de dólares al Ministerio de Medio Ambiente para remediaciones ambientales. Por lo que solicita se rechace el amparo presentado por cuanto el accionante no ha justificado lo que afirma. El Juez Tercero de lo Civil de Orellana, resuelve denegar el recurso de amparo constitucional presentado. De esta resolución, interpone recurso de apelación el accionante, que se le concede. Con estos antecedentes, para resolver, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional hace las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver en este caso; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** La acción de amparo procede con el objeto de adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio

internacional vigente y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. También se podrá interponer contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

CUARTA.- La pretensión del accionante se orienta a que por medio de la acción de amparo se ordene la inmediata remediación del área contaminada por el derrame de los pozos CONONACO 8 y 31 por parte de la Empresa Estatal PETROPRODUCCION, y se adopten las medidas necesarias para recuperar y descontaminar la zona de la comunidad San Francisco, parroquia Inés Arango del cantón Francisco de Orellana, su predio y específicamente el estero sin nombre que cruza por su finca y se brinde la asistencia médica necesaria al compareciente al igual que a su familia, con la finalidad de reparar el daño causado por la contaminación a su salud, que ha devenido por el consumo de agua, respiración del aire y productos contaminados del lugar y poner en conocimiento de la Fiscalía los actos ilícitos ya indicados. **QUINTA.-** La Constitución Ecuatoriana señala que:

“Sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente”. Para el ejercicio de las acciones correspondientes en el campo ambiental se ha otorgado legitimación activa o aptitud para ser parte en un proceso concreto a los ciudadanos, grupos determinados y organizaciones; vale decir, están habilitados para presentar acciones, “sin necesidad de mostrar un interés personal y directo en el daño ambiental producido contra el ilícito contra el cual reclaman”. En el caso, los accionantes interponen esta acción para la protección de derechos relativos al medio ambiente. Por la naturaleza difusa de esta clase de derechos, el Art. 48 de la Ley del Control Constitucional dispone que podrá interponer la acción de amparo *“....cualquier persona, natural o jurídica, cuando se trate de la protección del medio ambiente”*, disposición que concuerda con la señalada, contenida en el inciso final del artículo 91 de la Constitución. Por lo anotado los accionantes se encuentran legitimados de conformidad con la Constitución y la ley. (El resaltado es de la Sala). Por tanto el fundamento de la negativa del Juez de Instancia de que el accionante no demostró en el proceso ser el dueño o esta en posesión de la finca contaminada por petróleo de la Estatal Petroproducción, carece de fundamento, pues este requisito no es indispensable para ser legitimado activo de una acción de amparo constitucional, ya que la preservación del medio ambiente es de interés público, conforme lo explicamos. **SEXTA.-** De conformidad con lo que establece el artículo 23 numeral 6 de la Constitución Política del Estado las personas tenemos *“el derecho constitucional de vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación....* Para la consecución del bien común el Estado tiene la obligación de coordinar las acciones de sus órganos entre sí y tiene las facultades de regulación, coordinación y tutela de estos derechos a través de las actividades de control. De igual forma debemos considerar que el artículo 86 de



Constitución, en su inicio primero, dispone: *"El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza"*. (El resaltado es de la Sala)

SEPTIMA.- El Derecho Ambiental es un subsistema normativo que regula o pone límites a las actividades humanas para proteger la naturaleza; una de las maneras de prevenir la producción del daño es mediante el conocimiento y valoración anticipada de los peligros y los riesgos, y este conocimiento y valoración se lleva a cabo mediante la evaluación adelantada de todo aquello que encierra peligros y si se ha causado daños, el remediarlos inmediatamente, pues la salud de quienes habitan en el sector se vería afectada, inclusive su vida. Del mismo modo, la materia ambiental es una rama del derecho en plena evolución que supera los esquemas del derecho ordinario, estableciendo nuevos esquemas de responsabilidad, en concreto, el Estado en materia ambiental está obligado a actuar de conformidad con el principio de precaución establecido en el segundo inciso del artículo 91 de la Constitución, el mismo que establece que el Estado tomará medidas preventivas en el caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño. Del mismo modo, la responsabilidad del Estado no se limita a los parámetros de la clásica responsabilidad civil subjetiva, siendo su responsabilidad objetiva, es más, la autoridad, en vista de los principios de precaución y prevención está obligada a demostrar la inexistencia del daño ambiental; esto es así en razón de que las comunidades afectadas no siempre tienen los medios técnicos y económicos para probar los daños causados al medio ambiente. En el caso que nos ocupa, de los documentos que obran del proceso y de la propia afirmación de los accionados existió derrame de crudo en más de una ocasión por lo que indemnizaron a los afectados, entre ellos consta quien dicen ser la conviviente del accionado. Es decir existe un reconocimiento expreso de que ha existido contaminación al medio ambiente, por parte de la Empresa demandada.

OCTAVA.- De autos constan denuncias por los mismos hechos, presentadas ante el Ministro de Energía y Minas, al Director Nacional de Protección Ambiental, ante Diputados de la Región Amazónica del Ecuador, hechos que demuestra una evidente preocupación del accionante, quien no ha tenido una actitud pasiva frente a lo que consideraba una amenaza para su salud y la de su familia así como para sus medios de producción y animales, en su calidad de Presidente de la Asociación de Campesinos Agricultores Shiripuno de la parroquia Inés Arango, comunidad San Francisco, provincia de Orellana, patrocinado por la Comisión de Derechos Humanos de Orellana han acudido a todas las instancias posibles. Se observa también que la Dirección Nacional de Protección Ambiental ha realizado las diligencias correspondientes a fin de verificar lo denunciado; de las inspecciones técnico ambientales en las áreas afectadas se observa que efectivamente se han

producido derrames de petróleo, y contaminación en el agua y suelo, por lo que solicitan al Vicepresidente de PETROPRODUCCION que observe lo señalado, le solicitan también que presente la información pertinente a fin de sustentar la ejecución de las labores de limpieza y remediación de las áreas afectadas por los derrames mencionados, sin embargo PETROPRODUCCION no ha dado cumplimiento con tal disposición. De autos consta copia del cheque por 3.520 dólares en razón de la indemnización de cultivos y otras afectaciones realizadas por PETROPRODUCCION en julio del año 2006. **NOVENA.-** La Sala observa el Informe Médico realizado al accionante y otras personas, en las conclusiones se manifiesta: *“Paciente con molestias dérmicas crónicas relacionadas con tareas de la agricultura, que podrían estar en relación con la presencia de contaminación en el sector...”*; *“Paciente varón, menor de edad, con cuadro de lesiones dérmicas, cefaleas, mareos y dolor abdominal, sin causa aparente manteniendo las características de aparecer y desaparecer por sí solos, llama la atención la presencia incremento en linfocitos y cambios en la coloración de hematies relacionados también con un proceso crónico generalizado”*; *“Paciente con molestias dérmicas crónicas relacionadas por tareas de la agricultura, que podrían estar en relación con presencia de contaminación del sector, en sus exámenes complementarios llama la atención la disminución discreta de leucocitos con incremento de linfocitos que podrían estar en relación con un proceso inflamatorio crónico”*, consta también el Informe Genético realizado por el Laboratorio de Genética Molecular y Citogenética Humana de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, según el señor Adolfo Maldonado Campos Médico de la Acción Ecológica manifiesta que *“es de gran preocupación que las personas a las que se les hizo los análisis de sangre, en busca de daño genético, hayan demostrado un daño medio a su alteración sanguínea, lo que significa que en ellos está aumentando el riesgo de padecer cáncer, malformaciones congénitas y enfermedades degenerativas.”* (El resaltado es de la Sala) **DECIMA.-** En el presente caso hay una evidente preocupación por parte del accionante por la contaminación del ambiente del lugar donde habita, contaminación que ha sido demostrada de diversas formas y hasta reconocida por la propia autoridad demandada, la indemnización económica que han recibido personas afectadas, por la contaminación del medio ambiente en nada soluciona realmente el problema que es la afectación de la salud de las personas y de vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la Constitución, sin discriminación alguna. Esos derechos y garantías, tanto los que constan en la Constitución como en instrumentos internacionales vigentes, deben ser directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad, según el claro mandato del artículo 18 de la Carta Política. Entre los derechos garantizados por la Carta Política en el artículo 23 de la Constitución, por



ser aplicables al caso constan: el derecho a la vida, la integridad personal, el derecho a vivir en un ambiente sano, a una calidad de vida que asegure la salud; a no dudarlos estos derechos tiene una profunda significación para garantizar el futuro de la especie humana. **DECIMA PRIMERA.-** Es fundamental para la procedencia del amparo la verificación de la ilegitimidad en la que haya incurrido la autoridad, en el presente caso la Institución demandada, PETROPRODUCCION ha incurrido en una omisión ilegítima por cuanto no ha adoptado las medidas necesarias para remediar el daño que causa su producción al medio ambiente y consecuentemente a la salud de los habitantes del sector. Corresponde a dicha Institución acatar las resoluciones adoptadas por el organismo competente, que es el Ministerio de Minas a través de la Dirección Nacional de Protección Ambiental, quien será el competente para hacer un seguimiento de la denuncia presentada y de la situación actual del lugar. Por encontrarse presentes los requisitos de procedibilidad del amparo, éste es procedente. Por todo lo expuesto y en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, esta Sala

RESUELVE:

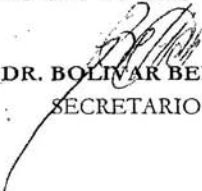
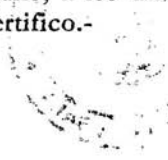
1.- Revocar la resolución adoptada por el juez de instancia, y, en consecuencia conceder el amparo solicitado; 2.- Oficiar con el contenido de esta resolución al Ministro de Minas y Petróleos; 3.- Devolver el expediente al juez de origen para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional; **NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE**

Dra. Nina Pacari Vega
**PRESIDENTA
SEGUNDA SALA**

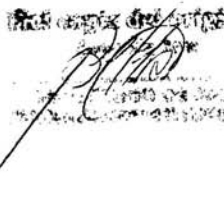
Dr. Roberto Bhrunis Lemarie
**VOCAL
SEGUNDA SALA**

Dr. Edgar Zárate Zárate
**VOCAL
SEGUNDA SALA**

RAZÓN.- Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por los señores Doctores *Nina Pacari Vega*, *Roberto Bhrunis Lemarie* y *Edgar Zárate Zárate*, Presidenta Magistrada y Vocales Magistrados de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional; respectivamente, en el Distrito Metropolitano de Quito, a los dieciséis días del mes de octubre del año dos mil ocho.- **Lo certifico.-**



DR. BOLÍVAR BELTRÁN GUTIÉRREZ
SECRETARIO SEGUNDA SALA





Casilla Const. No. 111
A: JUNGAL JOSE DANIEL Y OTRA
Se le hace Conocer:



02 OCT 2007
 10425

RESOLUCIÓN No. 1409-2007-RA

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Zárate Zárate

LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el No. 1409-2007-RA,

ANTECEDENTES:



José Daniel Jungal y Nancy Cárdenas, interponen acción de amparo constitucional ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, en contra del señor Lauren Combe, Gerente General de la Compañía Perenco Ecuador Limited; Ing. Manuel Muñoz Neira, Director de la Dirección Nacional de Protección Ambiental; y, Dr. José María Borja, Procurador General del Estado. En lo principal, los accionantes manifiestan que son propietarios de una finca de 43 hectáreas con 9650 m2, en la Comunidad Los Vencederos, Parroquia San Luis de Armenia, cantón y provincia de Orellana. Que, son campesinos dedicados a labores domésticas y agrícolas por las condiciones de la zona. Que, hace aproximadamente 15 años empezaron a desarrollarse en sus comunidades, varias actividades petroleras entre las que se encuentran los trabajos realizados por la Compañía Perenco, dentro del campo denominado Estación Payamino del Bloque 7. Que, en dicha estación están instalados los pozos 4, 8, 2, 18 y la plataforma por perforarse que se encuentra junto a la estación de bombeo Payamino, ubicados dentro de los predios de los accionantes. Que, la estación antes referida está llena de suelos contaminados con petróleo traído de otro lugar. Por la gran cantidad de suelos contaminados, semi tratados y la presencia de lluvias en el sitio, los bordes laterales han erosionado con dirección al río, formando un dique por la gran cantidad de tierra desmoronada, taponando parte del río Añango e incluso personal de la Compañía Perenco desvían con maquinaria el cauce normal del río. Que, este nuevo canal construido inicia en la finca del señor Milton Cambo y termina en la finca de los accionantes, creando un desequilibrio ecológico en la zona. Que, el río Añango está recibiendo las filtraciones de petróleo, productos químicos y los vertidos sin tratamiento de la plataforma No. 22, estación Payamino y los demás pozos petroleros ubicados en la zona, causando graves daños a las personas que habitan en el lugar. Que, otra de las afectaciones son las emisiones de gases tóxicos producidos por la estación Payamino, mismos que se esparcen por todo el aire emanando un hedor penetrante. Que, desde el pozo 2 de la mencionada estación realizaron una entrada para lo cual tumbaron bosque primario, dañando aproximadamente 150 metros de largo por 10 metros de ancho. Que, han sido víctimas de violación a su propiedad, lo que se corrobora con la resolución de 1 de octubre del 2005, suscrita por el señor Intendente General de Policía de Orellana, en la cual se condena al representante legal de la compañía Perenco al pago de una multa por haber ingresado a predios de propiedad privada sin la respectiva autorización. Que, el 25 de mayo del 2005 dieron

Caso No. 1409-2007-RA

Av. 12 de Octubre N16-114
 Telfs.: (593-2) 2563-177 / 2563-144
 E-MAIL: INFO@TC.GOV.EC
 QUITO - ECUADOR

a conocer éstos hechos a la Defensoría del Pueblo en la Provincia de Orellana, la misma que dando trámite a su queja convocó a una audiencia de mediación. Que, el 4 de octubre del 2005, la Defensoría del Pueblo resolvió acoger parcialmente la queja presentada por los accionantes y excitar al Apoderado General de Perenco para que disponga la limpieza y remediación inmediata de los daños ocasionados, tal como lo dispone el Art. 91 de la Constitución Política. Dicha disposición jamás se cumplió, y tampoco existió un seguimiento por parte de la Defensoría del Pueblo. Que, el 8 de junio del 2005 presentaron una denuncia a la Dirección Nacional de Protección Ambiental, en donde dispusieron realizar una inspección a las áreas afectadas, la misma que se llevó a cabo el 16 de junio del 2005. Producto de ésta inspección la DINAPA con fecha 23 de agosto del 2005, mediante oficio No. 893-DINAPA-CSA 510137, determina que la compañía Perenco cumpla algunas observaciones. Que, ninguna de las disposiciones de la DINAPA fueron cumplidas por la compañía Perenco por lo que ordenó una nueva inspección, la cual se efectuó el 22 de octubre del 2005. Que, el 2 de diciembre del 2005, la DINAPA mediante oficio No- 1338-DINAPA-CSA 515066, dispone que la Compañía Perenco de manera inmediata presente documentación de ciertos requerimientos relacionados con el cumplimiento de la legislación ambiental. Que, el 17 de marzo del 2006, nuevamente la DINAPA, mediante oficio No. 336-DINAPA-CSA 603609, solicita a la compañía Perenco cumplir con varios requerimientos. Que, los accionantes han requerido a la DINAPA, la documentación de las acciones de remediación que la compañía Perenco dice haber realizado, sin embargo la solicitud realizada no ha tenido respuesta hasta la presente fecha. Que, se han violado derechos establecidos en los Arts. 23 numerales 1, 2, 6, 20 y 23; 42, 49, 50, 86 y 91 de la Constitución Política del Estado; Art. 11 de Pacto de San Salvador; Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, Art. 21 de la Convención Americana. Que, con fundamento en lo dispuesto en e Art. 95 de la Constitución Política y Art. 46 de la Ley de Control Constitucional solicitan se ordene a la empresa Perenco la inmediata remediación de la zona afectada; se brinde la asistencia médica necesaria a los accionantes y sus familias por la contaminación causada a su salud; se ordene a la empresa que deje de arrojar aguas de formación y demás contaminantes químicos en las fuentes de agua de su predio; que se ordene a la empresa Perenco a cambiar la tecnología de sus plataformas para que disminuya la emisión de gases y el ruido; se ordene a la DINAPA que realice controles efectivos de las empresas concesionarias del Estado en materia petrolera; y, que se remedien los daños económicos que se les ha causado. En la contestación a la demanda comparece el señor Christophe Delepine, Apoderado General de Perenco Ecuador Limited y manifiesta que niega todas y cada una de las afirmaciones no probadas que realizan los accionantes en el presente caso. Que, su representada en el desarrollo de sus actividades ha observado de modo estricto todas las obligaciones y compromisos establecidos por el ordenamiento jurídico del país. Que, como toda actividad de riesgo, existen situaciones que ocurren por fuerza mayor o caso fortuito, frente a las cuales la empresa ha tomado todos los correctivos y medidas necesarias. Que, la presente acción no reúne los requisitos establecidos en el Art. 95 de la



Constitución Política del Estado y Art. 46 de la Ley de Control Constitucional. Que, los accionantes no han demostrado que Perenco sea delegataria o concesionaria del Estado Ecuatoriano. Que, Perenco no ha incurrido en ninguna omisión ilegítima, por el contrario ha cumplido todas las obligaciones previstas en las normas que son propias para el ejercicio de sus actividades. Que, la DINAPA mediante oficio SPA-DINAPA-CSA-0316130 de 4 de diciembre del 2003, aprueba la auditoria ambiental realizada en el Bloque 7. Que, Perenco ha cumplido con todas las obligaciones que tienen relación con la protección del medio ambiente. De igual manera, Perenco ha dado respuesta a las peticiones y requerimientos de los particulares y organismos de control en cuanto tiene que ver con el área materia de éste recurso. Que, no existe un daño grave e inminente como sostienen los accionantes. Que, no existe omisión de parte de Perenco que haya violado derecho constitucional alguno en contra de los accionantes. Que, si bien la acción de amparo constitucional no es residual, no es posible que a través de ésta acción se pretenda resarcir daños y perjuicios no provocados o el cambio de operaciones y actividades enmarcadas en la normativa de la materia. Comparece el representante de la Procuraduría General del Estado y manifiesta que en el presente caso no existen de manera unívoca y concomitante los elementos establecidos en la Constitución Política y la Ley de Control Constitucional. Que, no existe daño inminente que afecte o pueda afectar a los accionantes. Con lo expuesto, la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, con fecha 31 de agosto del 2007, resuelve aceptar el recurso de amparo constitucional propuesto por los recurrentes. Radicada la competencia en la Segunda Sala Constitucional por sorteo de rigor para resolver se realizan las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- Que, esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa de conformidad con lo dispuesto por los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución de la República, y los artículos 12 numeral 3 y 62 de la Ley de Control Constitucional. **SEGUNDA.-** Que, no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez. **TERCERA.-** Que, es pretensión de los accionantes, se ordene a la empresa Perenco la inmediata remediación de la zona afectada; se brinde la asistencia médica necesaria a los accionantes y sus familias por la contaminación causada a su salud; se ordene a la empresa que deje de arrojar aguas de formación y demás contaminantes químicos en las fuentes de agua de su predio; que se ordene a la empresa Perenco a cambiar la tecnología de sus plataformas para que disminuya la emisión de gases y el ruido; se ordene a la DINAPA que realice controles efectivos de las empresas concesionarias del Estado en materia petrolera; y, que se remedien los daños económicos que se les ha causado. **CUARTA.-** Que, la acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio

o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

QUINTA.- Que, un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto. **SEXTA.-** Que, consta de autos que la Dirección Nacional de Protección Ambiental, el 8 de Junio de 2005, recibió la denuncia de los accionantes, por lo cual la Delegación Regional de Protección Ambiental Amazónica realizó el 16 de Julio de 2005, la inspección técnico ambiental en áreas de la Asociación Vencedores, ubicada en la Parroquia San Luis de Armenia, cantón y provincia de Orellana, de cuyo informe se desprende el Oficio No. 839-DINAPA-CSA-0000510137 de 23 de agosto de 2005, disponiendo a PERENCO ECUADOR LIMITED el cumplimiento de ciertos requerimientos. Posteriormente, el 28 de septiembre de 2005, ingresó otra denuncia de los recurrentes, en tal virtud, de conformidad con el inciso segundo del Art. 91 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador, la Dirección Nacional de Protección Ambiental dispuso la realización de una inspección técnica ambiental, misma que tuvo lugar el 2 de Octubre de 2005. De dicha inspección se dio lugar al Oficio No. 1338- DINAPA-CSA-0515066 de 2 de diciembre de 2005, en el que dicho organismo remite varias observaciones de la inspección, solicitando de igual manera el Informe Socio-Ambiental correspondiente al proceso de indemnización/compensación social efectuado o que se efectuará, producto de la construcción de la Estación de Producción Payamino 22, construcción de la vía de acceso y plataforma adyacentes a la Plataforma Payamino 2 y se insiste en el cumplimiento del Oficio No. 839-DINAPA-CSA-0000510137 de 23 de agosto de 2005. A su vez, el 21 de diciembre de 2005, PERENCO ECUADOR LIMITED remite a dicha Dirección Nacional su Comunicación No. PER-1145-045, enviando las respuestas a las observaciones realizadas en el Oficio No. 1338-DINAPA-CSA-0515066 de 2 de Diciembre de 2005; luego de su análisis, dicha dependencia remite a PERENCO ECUADOR LIMITED el Oficio No. 336-DINAPA- CSA-0603609 de 17 de Marzo de 2006, en el que dispone en el término de 10 días el cumplimiento de ciertos requerimientos sin que estos hayan sido atendidos. Por esto, en el oficio No. 795-DINAPA-CSA No. 0607203, a fojas 57, en el párrafo cuarto, dice: *"Por otra parte, habiendo transcurrido 20 días luego del último término fijado, esta Dirección Nacional con Oficio No. Oficio No.515-DINAPA-CSA-0605592 de 25 de abril de 2006, conminó a PERENCO ECUADOR a cumplir inmediatamente con los requerimientos demandados en el Oficio No. 336-DINAPA-CSA-0603609 de 17 de Marzo de 2006; e indicó que conforme a lo previsto en el Art. 90 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las*

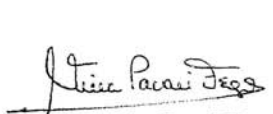


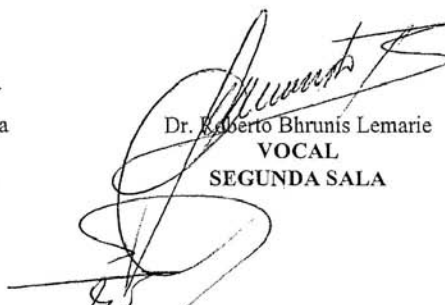
Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador-Decreto Ejecutivo 1215, la Subsecretaría de Protección Ambiental ha solicitado, a la Dirección de Hidrocarburos, inicie el trámite de sanción, prevista en el Art. 77 de la Ley de Hidrocarburos. Con Memorando No. 349-DINAPA-CSA de 25 de abril de 2006, la Subsecretaría de Protección Ambiental solicitó a la Dirección Nacional de Hidrocarburos, proceder con la respectiva sanción". (Lo subrayado es nuestro). En la especie, de lo acotado por la Sala, es evidente que la Dirección Nacional de Protección Ambiental, ha tomado muy en serio la denuncia presentada por los recurrentes y luego de haber realizado los estudios técnico ambientales, procedió a conminar a PERENCO ECUADOR a fin de que cumpla con los requerimientos establecidos en el oficio No. 336-DINAPA-CSA-0603609 de 17 de Marzo de 2006, lo cual, no consta del expediente que haya sido cumplido; por lo cual, es obligación de la Dirección Nacional de Hidrocarburos iniciar el proceso respectivo, siguiendo el debido proceso. SEPTIMA.- Que, el numeral 6 del Art. 23 de la Constitución Política establece que el Estado reconocerá y garantizará a las personas: "El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente". A su vez, el Art. 86 de la Carta Magna, dice: "El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza"; además, declara de interés público: a) La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país; y b) La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados. En el contexto internacional, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) no se refiere directamente a él, señala en su artículo 25 que toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, a ella y a su familia, la salud y el bienestar. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), por su parte, prevé como una condición básica para garantizar la efectividad del derecho al pleno disfrute de la salud física y mental, el que los Estados Parte adopten medidas para el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente. La Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972), integra como un derecho del hombre el pleno disfrute de condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar. En el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoce el derecho a un medio ambiente sano en los siguientes términos: "Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente". La Declaración de Lisboa (1988), emitida en el marco de la "Conferencia Internacional sobre garantías del Derecho Humano al Ambiente", exhortó al reconocimiento del

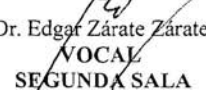
derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como también a que los Estados creen los mecanismos jurídicos necesarios para que cada individuo pueda ejercer su respectivo derecho a habitar en un ambiente digno y respetuoso de los grandes equilibrios ecológicos. Mediante la Resolución 45/94, del 14 de diciembre de 1990, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas se reiteró la idea de que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para garantizar su salud y su bienestar. En este mismo sentido, la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), señaló que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y que tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. Tomando en consideración todas estas normas internacionales, es imprescindible que esta Sala precautele los intereses de las personas afectadas y que aspiran a gozar de un derecho legítimo y reconocido a nivel mundial. **OCTAVA.-** Que, sin lugar a dudas, una de las medidas de mayor importancia con respecto a la protección al derecho del medio ambiente sano, es la formulación del principio de precaución, el cual ha sido reconocido en varios instrumentos internacionales, como lo es la declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, referida, que en su principio número 15, estipula: *“Con el fin de proteger el medio ambiente, los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución 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 ambiental”*. (Lo subrayado es nuestro). Este principio de precaución se encuentra estipulado en el Art. 91 de la Constitución, al decir que: *“El Estado, sus delegatarios y concesionarios, serán responsables por los daños ambientales, en los términos señalados en el Art. 20 de esta Constitución. Tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño”*. Por lo tanto, el argumento de PERENCO ECUADOR de que no existen pruebas sobre el daño ocasionado y que por ende no es responsable de los requerimientos formulados por las autoridades, es incompatible con los principios de la protección del derecho del medio ambiente, mucho mas, cuando en la especie existen una serie de informes que han sido examinados a minuciosidad y que detallan una falta de cumplimiento en sus obligaciones por parte de PERENCO ECUADOR. **NOVENA.-** Que, la acción de amparo prevista en el artículo 95 de la Constitución de la República se caracteriza por su naturaleza cautelar de los derechos constitucionales, de tal manera que únicamente suspende los efectos de un acto ilegítimo, o protege al gobernado de las consecuencias de una omisión, así mismo ilegítima, provenientes de autoridad pública, que por violar dichos derechos, causen un daño grave e inminente. También procede cuando viola derechos colectivos o difusos como el del medio ambiente, hecho que así ha ocurrido. Por las consideraciones que anteceden, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

**RESUELVE:**

1.- Confirmar la resolución adoptada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, Primera Sala; y, en consecuencia, conceder el amparo solicitado por los recurrentes, en el sentido de que se dispone a la Dirección Nacional de Hidrocarburos, inicie el respectivo proceso en contra de PERENCO ECUADOR, a fin de remediar la grave situación precisada por los recurrentes, observando el debido proceso determinado en el Art. 24 de la Constitución, contemplando los términos de la demanda; 2.- Devolver el expediente al Juez de origen para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional. **NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE.-**

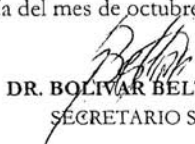

Dra. Nina Pacari Vega
**PRESIDENTA
SEGUNDA SALA**


Dr. Roberto Bhrunis Lemarie
**VOCAL
SEGUNDA SALA**

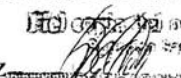

Dr. Edgar Zárate Zárate
**VOCAL
SEGUNDA SALA**

feb

R A Z Ó N.- Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por los señores Doctores *Nina Pacari Vega*, *Roberto Bhrunis Lemarie* y *Edgar Zárate Zárate*, Presidenta Magistrada y Vocales Magistrados de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional; respectivamente, en el Distrito Metropolitano de Quito, al primer día del mes de octubre del año dos mil ocho.- **Lo certifico.-**


DR. BOLIVAR BELTRÁN GUTIÉRREZ
SECRETARIO SEGUNDA SALA

Caso No. 1409-2007-RA


BOGOTÁ, 12 de octubre de 2008.
Teléfono: (593) 2 256 5114
Fax: (593) 2 256 5114
E-MAIL: INFO@TC.GOV.EC
QUITO - ECUADOR



Enginyeria
Sense Fronteres



Agència Catalana
de Cooperació
al Desenvolupament



Generalitat
de Catalunya



AJUNTAMENT DE
TARRAGONA

El presente manual fue realizado por INREDH, en el marco del proyecto "Fortalecimiento del Proceso de Gestión Pública Ambiental en la Provincia de Orellana (Ecuador)", coordinado por la Asociación Catalana de Ingenieria Sin Fronteras y gracias al Apoyo de la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo y el Ayuntamiento de Tarragona