

El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional

Luis Fernando Macías Gómez

I. Introducción

La consagración de una nueva gama de principios ambientales, así como de novedosas figuras jurídicas de carácter rigurosamente ambiental, dentro del texto constitucional ecuatoriano, ubica al Ecuador en la lista histórica de países pioneros en el ejercicio del constitucionalismo ambiental. Con especial énfasis, este país ha planteado la antes inédita problemática forjada entre los nuevos principios constitucionales ambientales y aquellos principios tradicionales del derecho constitucional; además de haber incorporado a la Carta Política, como sujeto de derecho en sí mismo, a la “Naturaleza”, así como los derechos que como sujeto, le son propios.

La creación de esta serie de instituciones jurídicas de protección a la naturaleza y al medio ambiente, su efectiva incorporación a la Constitución ecuatoriana y su sucesiva implementación y aplicación, son hoy objeto de análisis del presente escrito, especialmente su validez, su habilidad, su congruencia con el resto del articulado constitucional; todo ello, a la luz de la tradición jurídica ecuatoriana y en perspectiva comparatista y globalizada.

Lo anterior, por cuanto estas instituciones jurídicas, no pueden ser juzgadas a priori, ni calificadas de antemano como positivas o negativas, ni menos aún, toleradas o resistidas con ligereza, más, cuando todas ellas resultan ajenas a la tradición jurídica, no sólo de Ecuador sino del resto de países americanos; por el contrario, han de ser revisadas diligentemente, apelando al significado e importancia que tiene la Naturaleza dentro de la cultura e idiosincrasia ecuatoriana, a su relación con las comunidades ancestrales del País y en sintonía con el resto del articulado constitucional.

De la revisión y análisis pretendidos dentro del escrito, se trata luego de proyectar algunas proposiciones y planteamientos que contribuyan a la adecuada interpretación e implementación de estas nuevas instituciones jurídicas, que hoy fundan el constitucionalismo ambiental ecuatoriano, a partir de la armonización o contradicción de estas instituciones entre sí y entre éstas y las demás instituciones constitucionales tradicionales.

II. Consideraciones teóricas sobre el constitucionalismo ambiental.

La Constitución de Ecuador, aprobada mediante referéndum realizado el 28 de septiembre de 2008, es la culminación, en materia ambiental, de un proceso de constitucionalización del medio ambiente que se ha venido desarrollando en los países latinoamericanos. Esta Carta, junto con la de Venezuela y Bolivia, se aprueban en contextos socio-políticos y económicos con amplias similitudes y nuevos paradigmas de gobernar en el continente.

Además de los retos intelectuales concernientes a la teoría política que plantean estos nuevos paradigmas, es indudable que en materia jurídica ambiental, los retos son mayores e igualmente interesantes.

En relación con algunos temas ambientales, se resaltan tres que ameritan especial atención, bien por su carácter novedoso, bien por su incorporación en la Constitución de principios que, en otras latitudes, es materia legal.

Para analizar un tema de estas características, es necesario recurrir a explicaciones teóricas circunscritas en un marco puramente jurídico; la Constitución no es más que la organización del Estado y del poder, lo cual exige explicaciones desde esa óptica.

El objetivo último de toda constitución es lograr un mejor gobierno. Se entiende por tal, la acción de dirigir, conducir a los hombres, las cosas y las relaciones que surgen entre uno y otro, o entre sí, respectivamente. Dentro de estos elementos se encuentra lógicamente la naturaleza y el medio ambiente.¹

El arte de gobernar debe partir de una serie de conocimientos, de saberes que permitan prever posibles escenarios futuros con el fin de hacer posible una acción del Estado eficaz. En suma, el arte de gobernar se comprende como una «articulación de un proceso de decisión política, de las condiciones de su aplicación en términos de eficacia y legitimidad en situaciones políticas determinadas».²

La legitimidad debe buscarse entonces en las constituciones como la fuente de un poder legal y legítimo. Es decir, con origen en el pueblo, quien actúa como poder constituyente o a través de sus representantes. A partir de las constituciones se logra el consenso de la sociedad en torno de valores que adquieren fuerza jurídica vinculante cuando son consagrados en los textos de las cartas fundamentales. Es indudable, que la nueva Constitución del Ecuador es claro ejemplo de búsqueda de legitimidad mediante la participación del pueblo tanto en su elaboración como en su aprobación.

La inclusión de una serie de principios de los pueblos originarios y autóctonos, como integrantes de los nuevos valores del Estado, supone que la sociedad debe aceptarlos y reconocer su vinculación jurídica.

¹ Luis Fernando Macías Gómez, introducción al derecho ambiental, LEGIS, Bogotá, 1998. Esta parte teórica se basa sustancialmente en unos apartes de este texto, con algunas modificaciones por cuanto consideramos es un análisis válido para el presente documento y por ser del mismo autor no se colocan entre comillas las partes textuales tomadas.

² Christian LAZZERI y Dominique REYNIE. *Le pouvoir de la raison d'Etat*. PUF, París, 1992, pág. 9.

Ahora bien, el medio ambiente se convierte en un valor susceptible de constitucionalizarse en una *situación política* precisa. La Constitución es, después de que se establece el Estado de derecho, el único mecanismo viable para organizar el Estado de acuerdo con unos objetivos y valores precisos.

El medio ambiente, convertido en un paradigma de obligatoria inclusión en la acción de los Estados, debe introducirse en las constituciones, pero en Ecuador se habla además de otros aspectos más precisos como naturaleza y biodiversidad, entre otros. Aparece así convertido en un nuevo *derecho fundamental*, de obligatoria protección por parte del Estado y deber de los ciudadanos. Se requieren normas que desarrollen ese punto, por eso «puede afirmarse que el futuro de la materia [el medio ambiente] se orientará hacia la sistematización normativa interna e internacional del derecho ambiental, a la creación de los correspondientes órganos de tutela, y a la definición de los procedimientos que hagan posible y faciliten la exigibilidad del respeto a tales derechos».³

La constitucionalización del medio ambiente está íntimamente ligada a la creación de nuevos derechos colectivos y a su consagración como un nuevo derecho humano fundamental. Además, da lugar a que surja una nueva rama del derecho: el derecho ambiental, en la medida que aparece un nuevo interés jurídicamente tutelable.

En suma, el objetivo de incluir el medio ambiente en las constituciones, no es más que un intento por crear variables en torno a un nuevo arte de gobernar. «La existencia de una norma constitucional que garantice la protección del medio ambiente y la ecología concebida como deber del Estado y como derecho-deber de los ciudadanos, favorece la marcha de la legislación, puesto que a partir de ello el sistema en su conjunto encontrará el sostén en un nuevo régimen institucional propio».⁴ Son las constituciones contemporáneas, es decir, aquellas que han sido elaboradas a partir de la década de los años setenta, las que reconocen este nuevo valor como parte fundamental de la acción de los Estados y de los ciudadanos. Entre ellas, se encuentran las Constituciones de España de 1978; Portugal de 1976; Panamá de 1972; Cuba de 1976; Chile de 1980; Brasil de 1988, entre otras.

Coincide este auge con la crisis económica sufrida en ese período. El medio ambiente no está desligado de la economía, hace parte de un nuevo esquema de desarrollo. Por un lado, sirve de respuesta a una serie de demandas elevadas por la sociedad, y por otro, hace frente a una limitación de un desarrollo tecnológico incontrolable.

El desarrollo económico y tecnológico sin ningún tipo de control, pone en riesgo la existencia del hombre en la Tierra. Se hace necesario conciliar la tensión existente entre el desarrollo y el medio ambiente, de lo contrario se llegaría a la autodestrucción del modelo económico, causado por una sobreutilización y explotación de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

³ BRUNICELLI, Marco Tulio. «El derecho al ambiente sano como derecho humano fundamental». En: Revista fundación de derechos humanos, Venezuela, N° 8-9, octubre-marzo de 1995, pág. 4.

⁴ KORS, Jorge A. «Nuevas tecnologías y derecho ambiental». En: Revista del derecho industrial., Buenos Aires, N° 41, mayo-agosto de 1992, pág. 401.

Por lo anterior, la inclusión y reconocimientos de una serie de principios sobre el medio ambiente y la naturaleza consagrados en la nueva Constitución ecuatoriana, son también en el fondo, una forma de incorporar una relación consecuente entre el modelo de desarrollo incorporado y la adecuada utilización de los recursos naturales.

Ese momento crítico vivido en los años setenta, coincide igualmente con una agitación social en todas las sociedades y en todos los niveles. Las sociedades de consumo son puestas en duda, la concepción del hombre, como simple instrumento económico, es violentamente contestada. Se presenta una encrucijada: responder a las demandas sociales sin cambiar los modelos de desarrollo existentes. Se llega incluso a replantear las relaciones del hombre con la naturaleza.

Tal vez en esa misma situación se han expedido las últimas constituciones latinoamericanas, pues se han aprobado luego de profundos procesos de transformación social, económica y política.

El sistema político debía reformarse, los nexos de las relaciones sociales y de éstas con el Estado deben buscar nuevos vínculos. Esto se logra, entre otros puntos que sirven al mismo objetivo, incluyendo el medio ambiente como nuevo paradigma en esas relaciones.

A partir de ese momento, la protección del medio ambiente se convierte en una necesidad de profundización de la democracia. Se establecen obligaciones de protección al medio ambiente simultáneamente con principios que buscan cambiar el modelo de desarrollo. El mejoramiento de la calidad de vida está íntimamente ligado a la conservación de los recursos naturales y la protección ambiental.

Este problema desborda las fronteras nacionales y se convierte en materia internacional. Así, durante la Conferencia de Estocolmo en 1972 se consagra un nuevo paradigma: el medio ambiente, como derecho fundamental y condición de mejoramiento de vida, bajo un nuevo modelo de desarrollo, esto es, el desarrollo sostenible. Esta declaración en su primer principio sostiene:

El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que se le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.

Se observa que el medio ambiente se convierte en un nuevo derecho humano, al mismo tiempo que impone obligaciones para transformar los esquemas de desarrollo para hacerlo efectivo.

Se inicia una proliferación de acuerdos internacionales que buscan establecer obligaciones a los Estados para proteger el medio ambiente, o que lo tienen como objeto de las relaciones internacionales. El proceso de globalización e internacionalización de todas las relaciones posibles aceleran esta transformación. «La reconciliación entre medio ambiente y desarrollo se sella de manera espectacular a nivel in-

ternacional, revelando un cambio radical de las mentalidades». ⁵ El medio ambiente adquiere carta de ciudadanía internacional, antes de obtenerla nacionalmente.

Es claro, según lo anterior, que la internacionalización del tema y la necesidad de incluirlo dentro de las políticas públicas de los Estados impone la necesidad de introducirlo también en las constituciones de diferentes Estados. A partir de allí, una constitución que se precie de ser moderna y democrática, contemplará el ambiente como derecho fundamental y como orientador del proceso de desarrollo. El medio ambiente equivale en las constituciones modernas lo que en los orígenes del Estado de derecho eran las libertades individuales. Como diría CARL SCHMITT, es un ideal de constitución proteger el medio ambiente como obligación del Estado, y derecho-deber de los ciudadanos. Pero simultáneamente buscar los mecanismos de un desarrollo que mejoren las condiciones de vida sin destruir los recursos naturales y el medio ambiente. ⁶

La Constitución permite que las relaciones sociales se enmarquen dentro de un principio de armonía, no ausente de conflictos, para que las diferencias que surjan se resuelvan dentro de un marco normativo preestablecido. La constitucionalización del medio ambiente busca, además, que las relaciones sociales sean también armónicas con la naturaleza.

En conclusión, la constitucionalización del medio ambiente se convierte en una necesidad de legitimidad de los Estados y de los modelos políticos y económicos que se establecen. Empero, fue el derecho internacional quien primero se preocupó por esta problemática.

Al ser la Constitución la representación material de un pacto de convivencia ciudadana que orienta la acción del Estado, es allí donde se hace necesario cambiar las estructuras de las relaciones entre el Estado y la Sociedad. El medio ambiente se convierte en valor supremo para lograr ese nuevo pacto.

El constitucionalismo ambiental plantea una serie de problemáticas derivadas de la ruptura que se produce frente al constitucionalismo tradicional. En efecto, al incorporar el medio ambiente como objeto de protección, parejo a la protección y reconocimiento de ese otro nuevo paradigma constitucional como es el multiculturalismo y la existencia de diversas etnias, se generan en ocasiones contradicciones internas en la misma estructura constitucional. Al momento de proteger uno de esos nuevos paradigmas pueden surgir tensiones con aquellos principios constitucionales tradicionales.

Incluso estos nuevos paradigmas van más allá de lo que se conoce como neoconstitucionalismo. ⁷ Para dar alguna claridad sobre este concepto, conviene citar un texto, dentro de los muchos que existen, que permite entender mejor dicho término. Señala el profesor Miguel Carbonell lo siguiente:

⁵ Jacqueline MORAND-DEVILLER. *Le droit de l'environnement*, Colección ¿Que Sais-Je?, PUF, París, 1993, pág. 4

⁶ Al respecto puede verse: SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre)*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 62.

⁷ Miguel Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial TROTTA, Madrid, 2005.

“Conviene tener presente, con todo que cuando se habla de neconstitucionalismo, ya sea en singular o en plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, como ya se ha mencionado, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional. Por otra parte, también a una determinada teoría del derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastantes positivos o incluso elogiosos”⁸

En Latinoamérica, se podría redefinir tal concepto para señalar que el neoconstitucionalismo es el proceso mediante el cual se han incorporado en las constituciones reivindicaciones ancestrales de los pueblos originarios y se han creado nuevos derechos hasta ahora desconocidos en el constitucionalismo tradicional. Es una recomposición de fuerzas del pasado, antes antagónicas o enemigas, y que hoy recurren a los principios constitucionales para superar sus diferencias y fracturas.

Igualmente, es importante resaltar que todos los países latinoamericanos reconocen como valor democrático la existencia y defensa de un Estado Constitucional.

Tal vez hay una nueva concepción en torno al constitucionalismo, no solo como límite al poder sino como mecanismo de reconocimiento de nuevos valores y paradigmas.

Es incuestionable que nuestros países se enfrentan a múltiples problemas que deben ser resueltos a nivel constitucional para lograr una cierta estabilidad y capacidad de gobernar dentro de un marco de legitimidad aceptable. Esto exige respuesta a nuevos retos, siendo uno de ellos, la aproximación y concepción en torno a la naturaleza y al medio ambiente. De ahí, porque no es de extrañar que la nueva Constitución ecuatoriana reconozca la naturaleza como sujeto de derecho y además eleve a rango constitucional la responsabilidad objetiva y la imprescriptibilidad de las acciones para perseguir los daños ambientales.

III. La Naturaleza Sujeto de Derecho(s).

Establece el artículo 10° de la Constitución:

Art. 10°.-Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

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

Al analizar el texto, surgen algunos interrogantes sobre su alcance y características del inciso segundo. En principio, se puede pensar que se está consagrando a la “Naturaleza” como sujeto de derecho, lo cual tendría una revisión teórica y una jurídica; sin embargo, también podría interpretarse que en realidad se está reconociendo a la “Naturaleza” como una nueva entidad jurídica susceptible de protección constitucional.

⁸ Miguel Carbonell, Prologo: nuevos tiempos para el constitucionalismo, EN Miguel Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial TROTTA, Madrid, 2005, Pág. 9 - 10

La constitucionalización del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho, no solo genera un nuevo principio constitucional sino que contribuye a la construcción de un nuevo orden jurídico que debe desarrollar ese principio.

El desarrollo de lo establecido en el artículo décimo se encuentra en los artículos que a continuación se citan:

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

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

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

Art. 72.- *La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.*

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

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

6. Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible.

Art. 277.- *Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:*

1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.

Son los anteriores, los artículos esenciales que hacen referencia directa a los derechos de la naturaleza, a pesar que puedan existir otros tantos que, por vía de interpretación, puedan ser considerados como artículos en los que se reconocen también derechos de la naturaleza, pero esto será un tema que se tratará más adelante.

Esta incorporación podría corresponder a lo que algunos llaman “Neoconstitucionalismo Ideológico”, el cual “[...] tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista, ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal – que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX –, mientras que pone en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. [...]”

“El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales – podríamos en este sentido hablar de “neoconstitucionalización de los contrapoderes” -, pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución – podríamos en este sentido hablar de un “neoconstitucionalismo de las reglas”.”⁹

Ahora bien, si se reconoce la naturaleza como sujeto de derecho estaríamos ante una clara ruptura de los principios de la modernidad por cuanto ésta supone al hombre desprendido de ella, además que es el único ser con posibilidades de reconocerle derechos, y por tal motivo, ser sujeto de derechos humanos.

Los defensores de esta posición, consideran que el antropocentrismo derivado de la modernidad, es el causante de muchas de las catástrofes que han llevado al mundo a una situación ambiental como la actual. Para algunos, estos son los planteamientos de la ecología profunda o *deep ecology* que considera que la “[...] naturaleza es un modelo de interdependencia entre diversas formas de vida y no de dominación o superioridad [...]”

*“Se trata de una concepción esencialmente holista de la naturaleza, la cual es concebida como una amplia red de interdependencias donde el todo prima sobre las partes. [...] La consideración de la naturaleza como instancia normativa implica ipso facto la reintegración del hombre al seno de la naturaleza y la negación del antropocentrismo”.*¹⁰

A partir de allí, algunos consideran que la consagración de la naturaleza como sujeto de derecho, no es más que una negación de la humanidad del hombre y una negación de la modernidad.

Sin embargo, existen voces defensoras de tal posición, llegando incluso a señalar la necesidad de revisar el contrato social para hablar de un contrato natural suscrito entre la sociedad y la naturaleza por cuanto *“la tierra nos habla en términos de fuerza, de nexos y de interacciones, lo cual es suficiente para celebrar un contrato”.*¹¹

En una perspectiva diferente y dentro del contexto ecuatoriano, también se encuentran defensores de la consagración de la naturaleza como sujeto de derecho. Al respecto, vale la pena citar algunos de estos textos en los cuales, desde diversas visiones, se plantean los argumentos a favor de tal consagración. Por ejemplo, el profesor Mario Melo señala:

*“La naturaleza no es una simple cosa sujeta a propiedad. En (sic) un sujeto con existencia más real y concreta que las “personas jurídicas”, asociaciones de capitales con existencia ficticia a las que sí hemos reconocido derechos”.*¹²

Más adelante agrega el mismo autor:

⁹ Paolo Comanducci, formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico, EN Miguel Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial TROTTA, Madrid, 2005, Pág. 91 - 92

¹⁰ Dominique Bourg, *Droits de l'homme et écologie* EN Revista Esprit, Paris, 1992, pág. 86.

¹¹ Michel Serres, *le contrat naturel*, Editions Francois Bourin, París, 1990, pág. 69

¹² Mario Melo, los derechos de la naturaleza en la nueva constitución ecuatoriana, EN Alberto Acosta – Esperanza Martínez (compiladores), *derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, Ediciones Abya – Yala, Quito, 2009, pág. 53.

“El derecho ambiental debe empezar a proteger la integridad y continuidad de la naturaleza como un bien jurídico intrínsecamente válido, trascendente y diferenciable del interés de los humanos de vivir en un ambiente sano y aprovechar racionalmente los recursos naturales, aunque concurrente y concordante con él”.¹³

Es interesante esta cita por cuanto el inciso segundo del artículo décimo de la Constitución, puede tener otra interpretación diferente a estimar que se ha consagrado en forma absoluta el principio de la naturaleza como sujeto de derecho.

Pero si se observan otros textos contenidos en el libro citado, se puede observar que la defensa se sustenta sobre todo en consideraciones de los pueblos o comunidades ancestrales, para quienes la naturaleza si es un todo y es vista en forma holística en la cual se vive en una permanente interrelación con ella. Es decir, que en la cosmogonía y derecho propio, reconocido en el Artículo 171 de la Constitución, de dichas comunidades podría ser perfectamente aplicable el principio en forma absoluta y, por lo tanto, el Estado debe reconocerlo.

Empero, al aplicarse e interpretarse la Constitución en forma sistemática, se encontrarían otros principios de igual rango constitucional que pueden entrar en contradicción con tal principio.

En efecto, si la naturaleza es considerada un sujeto de derecho, no podría ser objeto de apropiación por cuanto no es una cosa sobre la cual recaiga algún tipo de propiedad. Además su aprovechamiento estaría restringido, con lo cual se entraría en contradicción con el principal objetivo y columna vertebral de la Constitución ecuatoriana, como es, el buen vivir, el cual además de ser un derecho es parte estructurante del modelo de desarrollo del Ecuador tendiente a garantizar las garantías y derechos ciudadanos, tal y como se podría desprender de lo establecido en los artículos 319, 340 y siguientes.

Estos artículos consagran la necesidad de aprovechar los recursos naturales, es decir la naturaleza, como se puede observar en el artículo 319, el cual señala:

Art. 319.-Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.

El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentaré la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.

¿Qué ocurrirá el día en que se haga necesario un aprovechamiento intensivo de la naturaleza que pueda llegar a causar una afectación pero para así poder alcanzar el buen vivir como objetivo nacional y estratégico del Ecuador?

Es claro que en los casos en que se presentan contradicciones al interior de la misma Constitución se hace necesario recurrir a interpretaciones que permitan superar la tensión entre dos derechos o principios consagrados en ella.

¹³ Ídem.

Para hablar de la naturaleza como sujeto de derecho no podría hacerse solamente desde la perspectiva de las comunidades ancestrales ni tampoco podría cuestionarse desde la visión occidental. Es claro, que el continente latinoamericano siempre se ha caracterizado por la coexistencia de la modernidad y la tradición, siendo una síntesis de dos formas de visiones y pensamiento. Por esa razón, consideramos, se debe siempre intentar conciliar esas dos formas de inteligibilidad del mundo.

En ese sentido, la interpretación que se plantea es que la nueva Constitución ecuatoriana no reconoce en forma absoluta la naturaleza como sujeto de derecho sino que la reconoce como una entidad jurídica susceptible de ser protegida mediante el reconocimiento de algunos derechos.

Una cosa es reconocer derechos a una persona o a un bien jurídicamente tutelado y otra establecer que hay un sujeto de derecho nuevo que, para el evento, sería la naturaleza. La misma Constitución nos permite plantear esta propuesta de interpretación. En efecto, establece el artículo 387, que corresponde al tema de ciencia y tecnología, lo siguiente

Art. 387.- Será responsabilidad del Estado:

4. Garantizar la libertad de creación e investigación en el marco del respeto a la ética, la naturaleza, el ambiente, y el rescate de los conocimientos ancestrales.

El artículo no hace más que señalar lo que en otros países se consagra igualmente en el sentido del respeto a la naturaleza en todo proceso investigativo.

A su vez el artículo 389, que hace parte del título sobre gestión del riesgo señala lo siguiente:

Art. 389.-El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad.

Es claro el artículo en distinguir las personas de la naturaleza, pues si se considerara la naturaleza como un sujeto de derecho debía haberse hecho referencia a todos los sujetos de derecho y no hacer tal división tan expresa y tajante.

En sentido similar, se puede consultar el texto del artículo 281 sobre soberanía alimentaria, en el que es más que evidente la necesidad de aprovechar la naturaleza para lograr dicha soberanía.

Lo anterior significaría que en realidad lo que hace la Constitución ecuatoriana, y es justamente su gran carácter de novedoso y revolucionario, es reconocer la naturaleza como una entidad jurídica que amerita protección y para ello es necesario reconocer algunos derechos, pero sin que esto la convierta en un sujeto de derecho. Interpretación ésta que en materia de comunidades ancestrales puede no ser de recibo por cuanto para ellos, sí es evidente que la naturaleza es otro ser viviente del cual hacen parte.

El papel del hombre y de la sociedad en un contexto de crisis ambiental y de nuevos paradigmas, además en un continente como el nuestro, no son ajenos a las grandes transformaciones que también sufre el derecho en el mundo entero y, para ello, se nos imponen retos en los cuales es necesario conciliar diversas visiones del mundo jurídico. Por esa razón, en la medida en que en los principios del derecho, tal y como los conocemos ahora, se plantearían múltiples problemas de aplicación del principio de consagrar la naturaleza como sujeto de derecho; se hace necesario arriesgarnos en intentar por la vía de la interpretación conciliar las dos posiciones que existen sobre el tema. Esto es, aprender a vivir en la síntesis entre la modernidad y la tradición.

No se debe olvidar que *“Somos entonces responsables de nuestras condiciones biosférica y biológicas de existencia [...] La tierra se ha convertido parcialmente en una gigantesca individualidad técnica. La biosfera tiende a desaparecer en beneficio de una antroposfera. Hemos destruido el equilibrio natural y estamos obligados a sustituirlo por un equilibrio tecnonatural”*.¹⁴

El derecho adquiere otra dinámica y a ella debemos hacer frente, pero para algunos, dentro de los principios de la modernidad jurídica, la cual debe tener la suficiente capacidad de adaptarse a otros mundos y modelos jurídicos. Solo en esa medida, se logrará no la protección de la naturaleza, la consecución del buen vivir y la estabilidad de los pueblos.

IV. La responsabilidad objetiva.

Otra novedad en la Constitución ecuatoriana es la incorporación a nivel constitucional de la responsabilidad objetiva, cuando es más una materia reservada a la ley y a la jurisprudencia. Sin embargo, el artículo 396 la consagra en forma expresa:

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.

En estricto rigor, este artículo no hace más que reconocer, pero a nivel constitucional, lo que en el régimen de responsabilidad ambiental se viene estableciendo en

¹⁴ Dominique Bourg, ob. Cit., pág. 93

otros países, como Colombia¹⁵, España, Alemania, entre otros, que es el de establecer un régimen de responsabilidad objetiva en materia de daños ambientales.

Todas las normas ambientales tienen un carácter preventivo, reparador de daños causados al medio ambiente y, por lo tanto, se sustentan en el carácter riesgoso que las actividades tienen para el medio ambiente y la naturaleza.

A su vez, el objetivo de la legislación ambiental es el de prevenir el daño ambiental, es decir, actuar a partir del riesgo de afectación al medio ambiente y a la naturaleza.

En materia ambiental, el concepto de responsabilidad es en ocasiones bastante laxo, sin embargo, sería aquella obligación de reparar el daño causado a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o aquel causado al patrimonio de un particular como consecuencia de un daño ambiental.

Esto nos ubica en el terreno del concepto tradicional de responsabilidad en el cual el elemento subjetivo es esencial, es decir, la culpa del presunto responsable del daño. Sin embargo, en materia ambiental, por la misma naturaleza precautoria y de control del riesgo, tal principio se rompe para dar paso a la llamada responsabilidad objetiva, donde se presume la culpa por el ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas.

La responsabilidad objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos, surgiría como consecuencia de la realización de actividades que implican un riesgo para el medio ambiente y los recursos naturales renovables. En este evento, son responsables civilmente, todas las personas que desarrollan actividades que impliquen riesgo, aunque hayan actuado con la mayor diligencia y cuidado posible, puesto que fueron ellas quienes crearon tal riesgo. Es preciso manifestar en este punto, que la responsabilidad civil objetiva implica la inversión de la carga de la prueba, recayendo tal obligación en quien asumió el riesgo de la actividad que pueda llegar a causar un daño, disminuyendo así la intensidad de la labor probatoria exigida al Estado ante tal circunstancia específica.

Este principio se adopta en diversas legislaciones como es el caso de la ley de responsabilidad medioambiental de España, Ley 26 de 2007, en cuyo preámbulo se lee lo siguiente:

“La responsabilidad medioambiental es, por último, una responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento”

En una misma línea de reflexión, se ubica la doctrina española la cual define la responsabilidad objetiva de la siguiente forma:

“En teoría, para poder decir que la responsabilidad civil por daños al medio ambiente tiene un carácter objetivo debe probarse que se refiere a los daños producidos por aquellas actividades que conllevan un riesgo o, más genéricamente, por aquellas actividades cuyas

¹⁵ El artículo 88 de la Constitución deja en manos del legislador la posibilidad de establecer la responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad civil. Actualmente se está a la espera de la expedición de una ley sobre régimen sancionatorio en materia ambiental que consagra en este derecho sancionador la responsabilidad objetiva.

características imponen que los daños por ellas producidos sean imputados sobre la base de una idea de justicia social.

Según CONDE PUMPIDO la responsabilidad civil extracontractual objetiva se apoya en cuatro reglas fundamentales:

- inversión de la carga de la prueba, que se traduce en un presunción de culpa del causante del daño;*
- la consideración de que la adopción de las medidas de precaución usuales o reglamentarias no es suficiente para exonerar de responsabilidad, pues la producción del daño revela que faltaba algo por prevenir;*
- apreciación de la prueba conforme al principio "pro perjudicado", es decir, en beneficio del más débil, que no debe confundirse con el de inversión de la carga de la prueba, ya que actúa en el ámbito de la causa;*
- elevación del nivel de diligencia exigible, que da lugar a la regla de agotamiento de la diligencia, que exige haber agotado las medidas de diligencia posibles y socialmente adecuadas".¹⁶*

Esta responsabilidad se caracteriza por partir de una nueva realidad tecnológica, científica y social, como es el surgimiento de actividades que ponen en riesgo la convivencia de la sociedad, y en el presente caso, el equilibrio ambiental y la protección de la naturaleza.

Se caracteriza entonces, por partir de la existencia de una actividad peligrosa, para lo cual nos permitimos citar una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que establece los criterios para definir las actividades peligrosas:

De un lado cabe observar que una actividad puede ser peligrosa cuando ella es multiplicadora de energía, cuando encierra una gran posibilidad de causar daño, dado los instrumentos empleados, y cuando sus efectos son inciertos; por otra parte, las actividades peligrosas pueden ejercerse mediante cosas o sin ella; y, finalmente, habrá cosas que son peligrosas en sí mismas, y otras cuya peligrosidad procede de su utilización (peligrosidad de la estructura y del comportamiento). (...)

a) Inercia de las cosas peligrosas en sí mismas. *De acuerdo con las características que pueden constituir peligrosidad, habrá cosas cuyo mayor riesgo se derive de la capacidad potencial de explotar o de transmitir grandes cantidades de energía; tal el ejemplo de un transformador, de un tanque de combustible o de un automóvil, cuyo motor puede eventualmente explotar (peligrosidad en la estructura) (...) Así las cosas, podemos decir que cuando los objetos por medio de los cuales se ejerce una actividad peligrosa en sí misma, no están en movimiento, persiste la posibilidad de la responsabilidad por actividades peligrosas, siempre y cuando la víctima demuestre que a pesar de ser ella misma quien ha realizado el contacto con la actividad peligrosa, el daño realmente se produjo por la peligrosidad que encierra en sí misma, la peligrosidad que estaba en receso aparente o real.*

¹⁶ Carlos de Miguel Perales, la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, CIVITAS, Madrid, 1997, pág. 203 y 204

b) Inercia de cosas no peligrosas en sí mismas. *Ahora, hay cosas que no son una actividad peligrosa en sí mismas; tal es el caso de una cama cuya consistencia no podría considerarse como peligrosa. Cuando éstas cosas no peligrosas en sí están inertes al momento de ocurrir el daño, nunca se podrá comprometer la responsabilidad por actividades peligrosas de quien tiene la guarda de ellas. Para poder comprometer la responsabilidad del guardián habrá que probar una licitud, es decir, que habrá que probar que hubo una culpa del guardián en la colocación de la cosa. (...) Un caso más común es el automóvil que se encuentra estacionado: si el conductor está violando una disposición de tránsito y se prueba que por su estacionamiento se produjo el daño, ese mal estacionamiento será la falta que comprometa la responsabilidad.*

El valor práctico de la figura de las actividades peligrosas radica en que el guardián se presume responsable, pese a que no hay imprudencia o negligencia probada de su parte. Pero si la responsabilidad, en el caso de las cosas inertes, se acepta sólo en caso de negligencia demostrada del guardián de la cosa, es porque ésta, cuando está inerte no compromete la responsabilidad por actividades peligrosas.

La peligrosidad de una actividad resulta de los efectos que ella desata. El responsable por el daño que se cause por realizar actividades peligrosas es el guardián de la actividad.

Las actividades peligrosas derivadas del uso de la máquina y de las fuerzas motrices presentan una nueva consecuencia pues sus elementos comportan no solamente una amenaza de llegar a lesionar a terceros, sino que de hecho, por la mera circunstancia de hacerse uso de ellos, producen daños de diversa índole, aparentemente inevitables, cuales son los ruidos ensordecedores, las contaminaciones letales, las trepidaciones o vibraciones capaces destruir instalaciones de diverso género, las corrosiones, el humo que afecta la salud humana y deteriora equipos y enseres, etc.

En vista de tales circunstancias, el derecho civil no puede mostrarse indiferente ante las consecuencias nocivas que dichas actividades tienen para los integrantes de la sociedad. Concluye la Corte, que aunque, si bien éste tipo de actividades se han convertido en indispensables para el país y para el desarrollo del conglomerado social no sería justo permitir que por tal justificación no existieran responsables por los daños que se ocasionasen a terceros.

Es decir, que la consagración de la responsabilidad objetiva es consecuente, no sólo con las corrientes jurídicas en materia de responsabilidad ambiental en el mundo, sino que es coherente con el resto del articulado de la carta.

En efecto, basta observar los artículos que hacen referencia al medio ambiente, a la naturaleza, la biodiversidad y recursos naturales para observar el énfasis protector en esas materias.

Además el artículo 389, mediante el cual se crea el sistema de gestión del riesgo es igualmente contundente en este tema. Dice el artículo:

Art. 389.-*El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condi-*

ciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad.

Es claro que un daño ambiental puede generar en cierta forma un desastre que afecta no sólo la naturaleza, sino igualmente diversos grupos sociales; aspecto sobre el cual sobran los ejemplos en los medios de comunicación cuando informan sobre diversos derrames de sustancias peligrosas en los mares.

Ahora bien, significa lo anterior que el artículo 396, al consagrar la responsabilidad objetiva no está sino partiendo de una presunción de culpa por el desarrollo de actividades peligrosas, lo cual se corrobora en el artículo 397 que trata del compromiso del Estado en caso de daño ambiental, cuando señala:

Art. 397.-*En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:*

- 1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. **La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.***
- 2. Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales.*
- 3. Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente.*
- 4. Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas. El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado.*
- 5. Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad.*

El numeral primero al establecer la inversión de la carga de la prueba en caso de daño ambiental, permite afirmar que la consagración de la responsabilidad objetiva parte de una presunción de culpa por actividad peligrosa, debiendo el supuesto responsable desvirtuar tal presunción.

Esto se logra cuando el imputado demuestre que el daño ambiental se produjo como consecuencias de la intervención de un tercero, por caso fortuito, por fuerza mayor o porque había un deber de soportar el daño. Este último sería el caso de un daño previsible que se causa en virtud de una actividad lícita y debidamente autorizada.

Por otra parte, para desprenderse de la presunción se debe probar la total diligencia y prudencia en el desarrollo de la actividad, además de ser lícita, esto es, encontrarse debidamente autorizada.

Si no se desvirtúa tal presunción de daño se configuraría una responsabilidad por daño ambiental, debiendo ser indemnizado o reparado el sujeto pasivo del daño, es decir una persona o el mismo medio ambiente y la naturaleza.

Pero el tema de la responsabilidad nos lleva necesariamente a revisar el tema del daño ambiental, que ha sido desarrollado por la doctrina principalmente española, para la que dicho daño se divide en puro y consecutivo.

El primero sería el que se produce directamente al medio ambiente, a la naturaleza o al recurso natural, sin referencia a ningún elemento patrimonial ni a ningún sujeto en particular. El daño consecutivo sería el producido al patrimonio de una persona como consecuencia de un daño ambiental.

Esto dos daños están consagrados en la Constitución en los artículos 71 y 72, en la medida en que establecen el derecho de la naturaleza a recuperar los ciclos vitales y sus funciones evolutivas, y por otra parte el derecho a ser restaurada, lo cual corresponde al daño ambiental puro que debe ser reparado. El daño ambiental consecutivo se encontraría consagrado en el mismo artículo 72 al señalar que el derecho de la naturaleza a la restauración es independiente de la obligación que tiene el Estado y las personas sean naturales, jurídicas o colectivas de ser indemnizados por los daños que se les produce como consecuencia de la afectación de los sistemas naturales.

Con todo, no debe confundirse el daño ambiental con el impacto ambiental pues a partir de allí, se pretende considerar como daño, todo aquello que supuestamente contribuye a problemas ambientales o impactos al ecosistema, pues de ser así estaríamos ante el daño ambiental puro¹⁷, lo cual nos llevaría al absurdo en el tema de la responsabilidad ya que siempre habría daño y, por lo tanto, responsabilidad. Por eso, el tema del daño debe ser visto en una perspectiva más profunda de la teoría del daño y que desborda el presente trabajo.

Daño, dentro de la tradición jurídica *“es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”*¹⁸. En relación con el daño ambiental consideran algunos que *“vendría a estar configurado a partir de una contaminación, la cual implica la incorporación a los cuerpos receptores de sustancias que van a alterar desfavorablemente las condiciones naturales de los mismos, de la que deriva*

¹⁷ Para un análisis profundamente jurídico sobre el tema véase HENAO Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado colombiano por daños al medio ambiente” En: Autores Varios, Responsabilidad por daños al medio ambiente, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 143.

¹⁸ Juan Carlos HENAO, El daño, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 84. En esta misma página el Dr. Henao señala otras definiciones de diversos especialistas y profesores de la materia.

*rán comúnmente otros tipos de daño, pero permanecerá un daño ambiental residual por deterioro o menoscabo del entorno no sólo natural sino social, referido a lesiones al bienestar público*¹⁹. En el mismo texto antes citado se señala que “*Daño ambiental es toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, como vecinos o colectividad, a que no se alteren de modo perjudicial sus condiciones naturales de vida*”²⁰

La responsabilidad objetiva supone la inversión de la carga de la prueba y la desaparición del elemento subjetivo de la responsabilidad para dar paso a una presunción de culpa por el desarrollo de actividades peligrosas que pueden generar daños al medio ambiente y a la naturaleza. Sin embargo, ello no supone la presunción del daño pues éste debe en todo caso, probarse. Lo importante, es la existencia del daño y el nexo de causalidad, debiendo el imputado desvirtuar tal nexo.

Una vez más la problemática ambiental plantea una serie de retos al jurista para poder ir desarrollando los principios de interpretación que enmarquen y estructuren los nuevos paradigmas jurídico ambientales.

V. Imprescriptibilidad de las acciones ambientales

En relación con la imprescriptibilidad de las acciones en materia ambiental consagradas en el artículo 397 consideramos se refieren es a las acciones sancionatorias y penales, más no a las acciones civiles o de tutela en materia ambiental.

Señala el último inciso del artículo lo siguiente:

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

Del texto antes transcrito se puede deducir que en ninguna parte hace mención al tema de reparación de daños, sino de persecución y sanción por daños ambientales. Es decir, haría referencia a las acciones sancionatorias y penales por daños al medio ambiente. No debe dejarse de lado que cada día, más legislaciones incorporan los delitos ambientales dentro de su legislación punitiva y se hacen más fuertes los regímenes de sanciones por estos temas.

De aceptarse esta hipótesis se estaría ante una situación similar a los casos de delitos de lesa humanidad que nunca prescriben, por su misma naturaleza e interés jurídico tutelado. En materia ambiental, se podría pensar que lo que se busca es que nadie pueda dejar pasar el tiempo para evitar el castigo y la sanción por los daños ocasionados.

Ahora bien, si lo que se pretende es considerar que las demás acciones de tutela caben dentro de este precepto constitucional, tampoco sería esto nada nuevo, pues en países como Colombia, las acciones populares²¹ establecidas para la protección

19 Isidoro GOLDENBERG – Néstor A CAFFERATA., daño ambiental. Problemática de su determinación casual, Buenos Aires: ABELEDO – PERROT, 2001., pág. 8

20 *Ibidem*

21 Estas acciones se encuentran consagradas en el artículo 88 de la Constitución y fueron desarrolladas por la ley 472 de 1998.

de derechos colectivos o las acciones de grupo para exigir la reparación de daños causados a un grupo de personas como consecuencia de un daño ambiental, no prescriben.

El numeral primero del artículo 397 de la Constitución ecuatoriana, se cree consagra ese tipo de acción derivada de un derecho difuso para proteger el medio ambiente. Así, cualquier ciudadano, sin demostrar interés, está legitimado para ejercer una acción de tutela del medio ambiente.

Esta imprescriptibilidad es consecuencia lógica del deseo y grado de importancia que adquiere la protección ambiental en estos tiempos y del mismo carácter difuso de los derechos de acción ambiental, así como del carácter colectivo del derecho protegido, en este caso, el medio ambiente y la naturaleza.

VI. Conclusión

La Constitución del Ecuador de 2008 es ciertamente una nueva carta política que incorpora una serie de figuras e instituciones jurídicas que seguramente darán mucho de que hablar tanto a nivel nacional como internacional.

El debate en torno a la naturaleza como sujeto de derecho y lo que ello implica, o bien los derechos de la naturaleza a su protección, son verdaderos retos para los juristas.

La figura de la responsabilidad objetiva, si bien no es novedosa, su consagración constitucional sí resulta interesante, al igual que la imprescriptibilidad de la acción sancionatoria o penal, o las acciones de tutela para la protección del medio ambiente y la naturaleza.

Estos retos, más allá de las consideraciones filosóficas, políticas o ideológicas, plantean una serie de retos a los juristas, pues de su desarrollo, implementación y cumplimiento se podrá medir su efectividad en relación con la protección al medio ambiente y a la naturaleza. Son auténticas rupturas epistemológicas a las cuales se enfrentarán los operadores jurídicos y los juristas. La tarea es inmensa.