



# **UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

*La Universidad Católica de Loja*

## **AREA SOCIOHUMANISTICA**

**TITULACIÓN DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**“La obra pública y la conservación ambiental”**

**TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA**

**AUTOR:** Díaz Tituaña, Jorge Rodrigo

**DIRECTOR:** Crespo Plaza, Ricardo José Dr.

**CENTRO UNIVERSITARIO IBARRA**

2014

## **APROBACION DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRIA**

Doctor

Luis Oswaldo Ordoñez Pineda

**COORDINADOR DE LA TITULACION MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado “La obra pública y la conservación ambiental” realizado por Díaz Tituaña Jorge Rodrigo, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, febrero de 2014

f.....

## DECLARACION DE AUTORÍA Y CESION DE DERECHOS

Yo, Díaz Tituaña Jorge Rodrigo, declaro ser autor del presente trabajo de fin de maestría: “La obra pública y la conservación ambiental”, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo el Dr. Ricardo José Crespo Plaza, director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f.....

Díaz Tituaña Jorge Rodrigo

Cédula 1001694569

## DEDICATORIA

Al final de una jornada y siendo una etapa concluida a través de trabajo, esfuerzo y dedicación, he llegado con satisfacción a la culminación de uno más de mis objetivos dentro de mi vida profesional, triunfos que con gran cariño y especial estima los dedico a mi querida madre, quien me brindó su apoyo incondicional en todo momento y me dio el ánimo que necesitaba para salir adelante en mi superación personal; a mi querida esposa, quien fue la piedra angular que me sirvió para edificar mis sueños, sin su confianza y su apoyo tanto moral como económico no podría haber llegado a ser un profesional; a mi hijo, signo de prolongación de vida, existencia y amor infinito y quien fue el que me inspiró a seguir buscando nuevos horizontes en mi vida.

Jorge Rodrigo Díaz Tituaña

## **AGRADECIMIENTO**

La educación es el motor del desarrollo, es el medio por el cual un país forma y prepara a sus hombres y mujeres para construir y consolidar un estado moderno, para defender la paz, para vivir la solidaridad social y para buscar la realización individual.

Hablar de la Universidad Técnica Particular de Loja, es hablar de tecnología de punta, es hablar de un centro de estudios superiores de avanzada y por sobre todo de la visión que tiene este centro de estudios, como el de ayudar a quienes por obvias razones no pueden asistir a una Universidad y estudiar en forma presencial, debido a problemas económicos y de trabajo.

La modalidad Abierta y a distancia de la Universidad Técnica Particular de Loja, considera al ser humano como persona capaz de su realización plena, pone esmerado empeño en el proceso de enseñanza aprendizaje, trata que ese proceso se enmarque en el respeto a la individualidad, a la libertad de la persona, y su capacidad de respuesta.

Es por ello que envío mi agradecimiento a Dios por haberme dado la fortaleza y sabiduría para el logro de mi objetivo. A la Universidad Técnica Particular de Loja por haberme dado la oportunidad de acceder a la educación. A mis profesores, quienes me brindaron sus conocimientos a través de la distancia e impulsaron a la culminación de mi carrera profesional. Especialmente agradezco al Dr. Ricardo Crespo, Director de la presente tesis, por su valiosa y digna dirección.

Jorge Rodrigo Díaz Tituaña

## INDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA .....	i
APROBACION DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRA .....	ii
DECLARACION DE AUTORIA Y CESION DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA .....	iv
AGRADECIMIENTO .....	v
INDICE DE CONTENIDOS .....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT .....	2
INTRODUCCION.....	3
<b>CAPÍTULO I “El derecho humano a vivir en un ambiente sano” .....</b>	<b>5</b>
1.1 Breve referencia histórica de los derechos humanos .....	6
1.2 Concepto de derechos humanos .....	6
1.3 ¿Qué se entiende por ambiente sano? .....	8
1.4 ¿Qué se entiende por daño ambiental? .....	14
1.5 Conexión del derecho a vivir en un ambiente sano con otros Derechos Humanos .....	15
<b>CAPITULO II “Normas Constitucionales y ambientales en que se sustenta el derecho humano a vivir en un ambiente sano” .....</b>	<b>17</b>
2.1 Normas de la Constitución del 2008 que se refieren al derecho humano a vivir en un ambiente sano.....	18
2.2 Las normas constitucionales de carácter ambiental en el Ecuador .....	21
2.3 Los delitos ambientales en el Ecuador .....	28
2.4 Acciones que confiere la Constitución y la ley en el caso que se viole el derecho humano a vivir en un ambiente sano .....	33
2.4.1 La legitimación activa en materia ambiental.....	33
2.4.2 Acción de protección de garantías constitucionales .....	38
2.4.3 Acción popular del Art. 41 de la Ley de Gestión Ambiental .....	40
2.4.4 Acciones que se confiere a la naturaleza como sujeto de derechos en relación con la protección ambiental. Legitimación de la acción .....	40

<b>CAPITULO III “Las obras públicas y sus efectos ambientales”</b> .....	42
3.1 Concepto de obra pública .....	43
3.2 Obra pública con efectos ambientales .....	43
3.3 La consulta previa frente a una obra pública con efectos ambientales.....	44
3.3.1 Constitución Política de 1998.....	44
3.3.2 Constitución de la República vigente .....	47
3.4 Omisión de la consulta previa .....	52
3.5 Consulta previa positiva .....	61
3.6 Consulta previa negativa.....	61
3.7 Efectos de la consulta previa negativa .....	62
3.8 La evaluación de impacto ambiental frente a una obra pública con efectos ambientales .....	62
3.9 Efectos de la evaluación de impacto ambiental negativa .....	64
3.10 Efectos de la evaluación de impacto ambiental positiva.....	64
3.11 Sistema Unico de Manejo Ambiental (SUMA) .....	65
 <b>CAPITULO IV “Marco Propositivo”</b> .....	 73
4.1 Propuesta de modificación Constitucional.....	74
 <b>CONCLUSIONES</b> .....	 77
 <b>RECOMENDACIONES</b> .....	 80
 <b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	 83

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación, busca ofrecer un instrumento que permita no sólo conocer las normas tanto constitucionales como legales referidas a la obra pública y a la conservación ambiental, sino también tener ilustrados los procedimientos a cumplir. Se hace también un análisis de la naturaleza o “Pachamama”, y los derechos que le reconoce la Constitución de la República

Es así que se muestra el marco dentro del cual se desarrolla la obra pública y la conservación ambiental, dando una visión general y brindando una visión jurídica para así poder determinar cuáles son las verdaderas dimensiones del marco de acción donde se desarrolla la obra pública y la conservación ambiental.

En términos generales la normativa jurídica, sea ésta constitucional, legal o administrativa, se considera como la más importante manifestación de las políticas públicas, en cuanto convierte la voluntad del Estado en justiciable, es decir exigible ante los Tribunales de justicia, que a la vez imponen medidas coercitivas sobre bienes y personas.

**PALABRAS CLAVES:** conservación ambiental, ambiente sano, desarrollo sustentable, buen vivir, naturaleza.

## ABSTRACT

This research work aims to provide a tool to not only know both constitutional and legal rules concerning public works and environmental conservation , but also have illustrated procedures to comply. An analysis of the nature or " Pachamama " is also made , and rights under the Constitution of the Republic

Thus, the framework within which the public work and environmental conservation developed shown , giving an overview and providing a legal approach in order to determine what the true dimensions of the framework where the public work develops and environmental conservation.

In general, the legal rules , whether constitutional , legal or administrative , is considered the most important manifestation of public policy , as becomes the will of the state in justiciable , ie enforceable before the courts of justice, which in turn impose coercive measures on goods and people.

**KEYWORDS** : environmental conservation , healthy environment , sustainable development, good living, nature.

## INTRODUCCIÓN

Dentro de los Derechos de Libertad que consagra nuestra Constitución está el “derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”, lo que concuerda plenamente con los deberes primordiales del Estado, establecido en los numerales 5 y 7 del Art. 3 ibídem, que se refieren al desarrollo sustentable y la protección del patrimonio natural del país.

Además nuestra Constitución ha sido pionera en señalar que la naturaleza es sujeto de derechos, como se dispone en el Art. 10, que expresa: “las personas, comunidades, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”.

En esta línea la Constitución contempla que es deber primordial del Estado proteger el medio ambiente y declara de interés público su preservación, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país; la prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados el manejo sustentable de los recursos naturales; el establecimiento de un sistema nacional de áreas protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos.

En concordancia el precepto anterior, el Capítulo 7 de la Constitución de la República, a partir del artículo 71, desarrolla el concepto de la naturaleza como sujeto de derechos en el siguiente sentido:

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”.

Como sujeto de derechos, la naturaleza o pachamama, debe ser defendida adecuadamente, razón por la cual el literal g) del Art. 8 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, publicada en el Registro Oficial N°7 de 20 de febrero de 1997, establece que dentro de los deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo está: “Intervenir como parte en asuntos relacionados a la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural resguardando el interés de la colectividad”.

Respecto de las obras públicas con relevancia ambiental, la obra pública se define, según el jurista argentino Dr. Roberto Dromi, como: “una obra artificial, pues es producto del trabajo humano, es decir, que no es resultado de la naturaleza (...) en síntesis, la obra pública es un resultado querido por la Administración, en persecución de un fin de utilidad general”. (DROMI, 1996, pág. 386)

Antes de ejecutarse una obra pública que implique riesgo ambiental, se aplica el régimen legal para toda obra pública o privada de conformidad con el artículo 20 de la Ley de Gestión Ambiental que dispone: “Para el inicio de toda actividad que suponga riesgo ambiental se deberá contar con la licencia respectiva, otorgada por el Ministerio del ramo”. El licenciamiento ambiental a cargo de las autoridades de control ambiental se enmarca dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que concluye con un estudio de impacto ambiental y un plan de manejo, la licencia ambiental, es la autorización administrativa que autoriza la procedencia de la obra una vez cumplido dicho procedimiento.

Además debe realizarse una consulta previa a la comunidad, lo que expresamente se establece en el inciso 1° del Art. 398 de la Constitución de la República, cuando dispone que: “toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se le 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”. Actualmente, en virtud del inciso final de este artículo, en el caso que hubiese oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la instancia administrativa superior puede resolver “de acuerdo con la ley”.

**CAPÍTULO I**  
**EL DERECHO HUMANO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO**

## 1.1. Breve referencia histórica de los derechos humanos

El historiador brasileño Fábio Konder Comparato, haciendo un análisis histórico de la evolución de los derechos humanos, señala que: “fue en el período axial que los grandes principios, los enunciados y las directrices fundamentales de la vida, hasta hoy día considerados en vigor, fueron establecidos especialmente entre los años 600 y 480 antes de Cristo, donde coexistieron sin comunicarse entre sí, algunos de los mayores filósofos de todos los tiempos (entre ellos Buda, en la India, Confucio en China; Pitágoras en Grecia y el profeta Isaías en Israel) y a partir de ahí, el curso de la historia paso a constituir la propagación de las ideas y principios establecidos en ese período”. (KONDER 2013, pág. 8)

En la secuencia de la historia, el mismo autor, en la citada obra, señala que: “podemos destacar el cristianismo, que en mucho contribuyó para el establecimiento de la igualdad entre los hombres. El cristianismo sin dudas en el plano divino pregonaba la igualdad de todos los seres humanos, considerándolos hijos de Dios, a pesar de que, en la práctica, se admitían desigualdades en contradicción con el mensaje evangélico admitiendo la legitimidad de la esclavitud, la inferioridad y la inferioridad de la mujer en relación al hombre)”. (KONDER 2013, págs. 17 y 18)

Los Diez Mandamientos del Antiguo Testamento, constituyen un importantísimo antecedente en la historia de los derechos humanos, ya que mediante el establecimiento de prohibiciones, se estaban reconociendo valores fundamentales de los seres humanos, vía de ejemplo, como el derecho a la vida, al prescribir el "no matar". Es así que el Cristianismo, dio origen a una nueva etapa en el desarrollo histórico de los derechos humanos, al proclamar la igualdad entre los seres humanos y al rechazar la violencia. Todo ello contribuyó a la aceptación de principios, especialmente entre los pueblos oprimidos y los esclavos. (<http://www.monografias.com/trabajos38/derechos-fundamentales/derechos-fundamentales2.shtml>)

En Inglaterra en 1215, mediante la Carta Magna, también conocida como “Carta Magna de las Libertades” con la cual el poder del monarca es limitado por un senado, la cual, conjuntamente el Bill of Rights (Carta de Derechos) de 1689, constituyen los antecedentes, de las declaraciones modernas de derechos.

Las ideas de Charles Montesquieu (1689 - 1755) y Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) en Francia, son fundamentales. Montesquieu criticó severamente los abusos del Estado. Al

estudiar las instituciones y costumbres francesas de la época, dio formas precisas a la vigente aún teoría del gobierno democrático parlamentario con la separación de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, como mecanismo de control recíproco entre los mismos, acabando teóricamente con la concentración del poder en una misma persona y los consecuentes abusos y atropellos que históricamente había producido el irrestricto poder del monarca en contra de los seres humanos.

([http://cnnbportal.com/REPRTAJESFOTOS/DERECHOSHUMANOS\\_ESP.htm](http://cnnbportal.com/REPRTAJESFOTOS/DERECHOSHUMANOS_ESP.htm))

Thomas Jefferson en 1776 en la Declaración de Independencia de Estados Unidos de América, proclama: "Sostenemos como verdaderas evidencias que todos los hombres nacen iguales, que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se encuentra el derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad...", claramente vemos que se consagra algunos derechos individuales.

Pero el desarrollo conceptual de los derechos humanos individuales alcanza su mayor desarrollo en la ideología liberal de la Revolución Francesa en 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, con los principios "libertad, igualdad y fraternidad".

Años más tarde, empieza una nueva lucha la de los movimientos obreros, los mismos que emprenden la defensa de los derechos humanos desde una visión colectiva, de manera más amplia, es el momento en el que los trabajadores exigen sus reivindicaciones como ocurre con las revoluciones mexicana y rusa.

Otro acontecimiento importante en la historia de los derechos humanos, lo configura la segunda guerra mundial, pues sus secuelas contribuyeron a que la comunidad internacional dictara la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Todos estos acontecimientos, dieron sus aportes para la consagración de los derechos humanos tanto en las constituciones internas de las diferentes naciones, como, en los instrumentos internacionales.

## **1.2. Concepto de derechos humanos**

El penalista argentino Dr. Rogelio Moreno Rodríguez en su obra titulada "Diccionario de Ciencias Penales", define a los derechos humanos como:

“Aquellos derechos referidos a la libertad, la justicia y la paz en el mundo, que tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Las garantías nacionales incorporadas en las constituciones y leyes de cada país están suplementadas por la protección concedida mediante la actuación de las organizaciones internacionales. El respeto a los derechos humanos es esencial para la convivencia social, y se comprueba si están garantizados por un Estado democrático cuando todos los administrados pueden obtener una efectiva e inmediata protección. Están establecidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos”. (MORENO, 2001, pág. 171)

Conforme lo expuesto por el jurista argentino los derechos humanos han sido incorporados como derechos constitucionales en las cartas fundamentales de los diversos países, destacando dentro de ellos el derecho a vivir en un ambiente sano, consagrado en el numeral 27 del art. 66 de la Constitución de la República, destacándose, igualmente que es deber primordial del Estado “proteger el patrimonio natural del país”, según dispone el numeral 7 del Art. 3 ibídem.

Los derechos humanos son el fruto y el resultado de la lucha del hombre por su emancipación y el mejoramiento de sus condiciones de vida. Más que de la naturaleza, son producto de la cultura: cambian, se transforman, se amplían. Los derechos de la mujer y los del niño son exponentes de cómo la misma con ciencia humana madura y se vuelve, cada día, más exigente, en el ámbito de los derechos humanos.

Los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a individuos y grupos contra acciones que interfieran en sus libertades fundamentales y en la dignidad humana. Los derechos humanos se caracterizan fundamentalmente porque: están avalados por normas internacionales; gozan de protección jurídica; se centran en la dignidad del ser humano; son de obligado cumplimiento para los Estados y los agentes estatales; no pueden ignorarse ni abolirse; son interdependientes y están relacionados entre sí, y son universales. ([http://www.who.int/topics/human\\_rights/es/](http://www.who.int/topics/human_rights/es/))

### **1.3. ¿Qué se entiende por ambiente sano?**

Antes de definir al “ambiente sano” necesario es definir al “medio ambiente”, término que suscitó cierta polémica en el sentido que se señalaba que los términos “medio” y “ambiente”

son sinónimos y que la acepción incurre en un pleonismo, pero ya es mundialmente aceptado.

En el glosario de definiciones de la Ley Gestión Ambiental ecuatoriana, se define al “Medio Ambiente” como:

“El Sistema global constituido por elementos naturales y artificiales, físicos, químicos o biológicos, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la naturaleza o la acción humana, que rige la existencia y desarrollo de la vida en sus diversas manifestaciones”.

Y la Constitución de la República en el numeral 27 del art. 66 establece “el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”.

El jurista brasileño Dr. Paulo Affonso Leme Machado, en su obra “Derecho Ambiental Brasileño”, invocando la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente del Brasil define al medio ambiente como:

“El conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permiten, protegen y rigen la vida en todas sus formas”. (LEME, 1982, pág. 4)

Por medio ambiente se entiende todo lo que afecta a un ser vivo. Condiciona especialmente las circunstancias de vida de las personas o de la sociedad en su vida. Comprende el conjunto de valores naturales, sociales y culturales existentes en un lugar y en un momento determinados, que influyen en la vida del ser humano y en las generaciones venideras. Es decir, no se trata sólo del espacio en el que se desarrolla la vida, sino que también comprende seres vivos, objetos, agua, suelo, aire y las relaciones entre ellos, así como elementos tan intangibles como la cultura.

Por lo tanto un medio ambiente sano sería, aquel en el que no exista alteraciones provocadas por diferentes factores como la contaminación con desechos tóxicos o químicos, la degradación de los suelos, tala de árboles, crecimiento acelerado de población, u otros elementos que afecten la armonía de este sistema; con lo que se concluye que un ambiente sano también es salud.

La real preocupación de la protección del ambiente o del “derecho a un ambiente sano” se manifestó en forma más evidente en la Conferencia de Estocolmo, de 1972, conocida como “La conferencia sobre el medio humano” en la cual existió conciencia unánime en que la degradación ambiental ponía en peligro la vida en nuestro planeta, pudiendo apreciarse que gran parte de las Constituciones de los diversos países, a partir de la mencionada conferencia comenzaron a incluir dentro de los derechos fundamentales de la persona humana al derecho a vivir en un ambiente sano. Esta declaración de Estocolmo, llevó varios países a la constitucionalización del derecho a vivir en un ambiente sano o libre de contaminación, acogiendo el principio de vivir en un ambiente sano.

En la conferencia de Río de Janeiro de 1992, se reafirmó lo tratado en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, y tratando de basarse en ella, se proclamó algunos principios, para procurar alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial.

Es así que en Río se reconoce que los seres humanos tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza; que la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada; de igual forma se compromete a los Estados que deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra; se reconoce el derecho de participación que tienen todos los ciudadanos y las poblaciones indígenas y sus comunidades interesadas sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.

En materia legal se define que los Estados deberán proporcionar acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes, y promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente, se dispone también que los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución, con el fin de proteger el medio ambiente.

Algo muy importante es la decisión de que se incluya una evaluación del impacto ambiental, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente.

En la conferencia de Johannesburgo del 2002, una de las resoluciones fue el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, pero realmente no fue tan productiva como se esperaba, todo quedó en un compendio de buenas

intenciones y pocos compromisos que recuerda la Declaración de Río, faltaron los pactos específicos, los calendarios y las metas concretas que los organizadores de la cumbre hubieran querido cristalizar, porque hubo escasos compromisos concretos de los países ricos para reducir la pobreza, y mejorar acceso al agua y la energía de los pobres.

Otra resolución fue la Declaración Política, en la cual se reconoce los problemas que se deben resolver, como ejemplo que el medio ambiente mundial sigue deteriorándose. Continúa la pérdida de biodiversidad; siguen agotándose las poblaciones de peces; la desertificación avanza cobrándose cada vez más tierras fértiles; ya se hacen evidentes los efectos adversos del cambio del clima; los desastres naturales son más frecuentes y más devastadores y los países en desarrollo se han vuelto más vulnerables, en tanto que la contaminación del aire, el agua y los mares sigue privando a millones de seres humanos de una vida digna

En esta misma Declaración Política como compromiso con el desarrollo sostenible, centra la atención en la universalidad de la dignidad humana y se comprometen mediante asociaciones de colaboración, a aumentar rápidamente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua potable, el saneamiento, una vivienda adecuada, la energía, la atención de la salud, la seguridad alimentaria y la protección de la biodiversidad.

La conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro en el año 2012, se centró en dos temas: a) la economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, y b) el marco institucional para el desarrollo sostenible.

Los dirigentes mundiales, junto con miles de participantes del sector privado, las ONG y otros grupos, se reunieron para descifrar la manera de poder reducir la pobreza, avanzar hacia la equidad social y asegurar la protección ambiental en un planeta cada vez más poblado.

Hubo una gran diferencia con lo que se consiguió en la Cumbre de 1992, en la misma ciudad, porque en esta salieron acuerdos y tratados vinculantes, que marcaron gran parte de las políticas públicas durante las décadas siguientes.

El documento final de la conferencia se lo denominó “El futuro que queremos”, en el cual consta la renovación del compromiso político, en el que se reconoce que las personas constituyen el centro del desarrollo sostenible y a este respecto, se harán los esfuerzos necesarios por lograr un mundo que sea justo, equitativo e inclusivo, y se comprometen a trabajar de para promover el crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo social y la protección del medio ambiente.

También reafirmaron todos los principios de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. Se reitera el compromiso, expresado en el Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo del 2002.

Se reconoció que en los 20 años transcurridos desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, los avances han sido desiguales.

Dejaron constancia del compromiso de fortalecer la función del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) como principal autoridad ambiental mundial que establece las actividades mundiales en pro del medio ambiente, promueve la aplicación coherente de los aspectos ambientales del desarrollo sostenible en el sistema de las Naciones Unidas y actúa como defensor autorizado del medio ambiente a nivel mundial.

Reconocen también la necesidad de apoyar las actividades de turismo sostenible y la creación de capacidad conexas que permitan crear conciencia ambiental, conservar y proteger el medio ambiente, respetar la fauna y la flora silvestres, la diversidad biológica, los ecosistemas y la diversidad cultural y aumentar el bienestar y mejorar los medios de vida de las comunidades locales apoyando a las economías locales y el medio humano y natural en su conjunto

Según expresan los juristas argentinos Dres. Marcelo Alberto López Alfonsín y Carlos Eduardo Tambussi en su obra "El medio ambiente como derecho humano":

"En el derecho constitucional actual, prácticamente ningún instrumento moderno ignora este derecho y estos principios. La cuestión, además, ha ganado en cierta medida a la "opinión pública," merced -lamentablemente- a grandes desastres ecológicos, a la formación y prédica de Organizaciones No Gubernamentales ecologistas de alcances nacionales e internacionales, y a la acción de algunos gobiernos. El derecho a un medio ambiente sano es, sin duda, un derecho humano fundamental, y presupuesto del disfrute y ejercicio de los demás derechos, por la íntima vinculación del ambiente con el nivel de vida en general. La Declaración de Estocolmo de 1972 (Conferencia de Naciones Unidas sobre ambiente humano) señalaba que el hombre tiene «el derecho fundamental a la libertad y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Asimismo, tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras» (concepción derecho-deber)". (GORDILLO, LOPEZ, & TAMBUSI, 2005, pág. XIII - 2)

Estos autores señalan, que, históricamente, la Constitución de la actualmente escindida Checoslovaquia, es la más antigua referencia constitucional ambiental, que se remonta a 1960. En la órbita jurídica ambiental, se enumeran como pioneras la Constitución de Suiza (1971), la de Grecia (1975) y la de Portugal (1976). La Constitución española de 1978 consagra el derecho al medio ambiente, insistiendo en el “medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona” (Art. 45).

La fórmula portuguesa ha resultado bastante exitosa, puesto que la frase de esa Constitución sobre el “derecho a un ambiente de vida sano y ecológicamente equilibrado”, se repite con mayores o menores variantes en otras constituciones más modernas, como se pasa a señalar:

- La Constitución argentina de 1994, en su Art. 41 establece el “derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano”
- El Art. 225 de la Constitución Federal de Brasil dispone que: “Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida, imponiéndose al poder público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones.
- La Constitución chilena de 1980, en su Art. 19 N° 8, establece: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.
- La Constitución colombiana de 1991, en su Art, 79, estableció el “derecho a gozar de un ambiente sano”.
- La Constitución peruana de 1993, en sus Arts. 2 y 22 consagra el derecho a "un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida"

Debe destacarse que el texto del Art. 19 N° 8 Constitución Política de Chile de 1980, ya reproducido anteriormente, se insertó exacto en la Constitución Política del Ecuador

codificada de 1993 en el Art. 19 N° 2 y que estableció el “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley establecerá restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para la protección del medio ambiente”.

Asimismo, fuera del artículo de la constitución chilena, se estableció La Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, cuyo texto fue prácticamente copiado tal cual de la legislación mexicana con mínimas adaptaciones.

Se ha debatido acerca del concepto “ambiente sano” atendido que resulta imposible para el Estado procurar la existencia de un ambiente incontaminado, puro, limpio; lo que se asegura es el derecho a un medio en que se esté produciendo un proceso de limpieza y purificación del ambiente donde viven las personas, no existe en la civilización un ambiente libre de contaminación, por lo que la garantía constitucional ha de entenderse en el sentido ya expresado.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conocida como “Protocolo de San Salvador” (1988), consagró, en su Art. 11, que garantiza el Derecho a un Medio Ambiente Sano, disponiendo que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. (N° 1) y que los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. (N° 2) otorgando facultades a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la exigibilidad de los mismos.

#### **1.4. ¿Qué se entiende por daño ambiental?**

Las contrataciones de obras públicas realizadas por el Estado, por sí, sus delegatarias o concesionarias y por los particulares, requiere de una evaluación de impacto ambiental, así como la consulta a la ciudadanía que vive en el sector que eventualmente puede verse afectado por el proyecto, pero el daño ambiental debe tenerse presente que no sólo se produce por actividades ilícitas, sino que también lícitas.

El Dr. Paulo Bessa Antunes al definir el daño ambiental, expresa:

“que el daño es el perjuicio (una alteración negativa de la situación jurídica, material o moral) causado a alguien por un tercero que se ve obligado al resarcimiento. La

doctrina civilista tiene entendido que sólo es resarcible el daño que tenga los requisitos de certeza, actualidad y subsistencia”. (DE BESSA ANTUNES, 2000, pág. 156)

Los principales tipos de daños ambientales emanados de obras públicas se causan a los recursos hídricos, el suelo, el sub suelo, la atmósfera, la biodiversidad y la salud pública, pero pueden atentar contra la salud y contra el ambiente en sí.

Concordando con lo anterior, el jurista español Dr. Carlos de Miguel Perales, al referirse a los daños ambientales, expresa:

“En primer término, corresponde distinguir los daños provocados al medio ambiente en sí mismo de aquellos que afectan la salud o los bienes de las personas que son causa del menoscabo de un patrimonio concreto. Los primeros, [...] se hallan sometidos a las normas y principios del derecho constitucional (en sus elementos básicos) y del derecho administrativo, mediante la regulación que establecen las leyes y reglamentos dictados en ejercicio del poder de policía o potestad legislativa ambiental, mientras que los segundos se encuentran sustancialmente regidos por el derecho civil sin perjuicio de las regulaciones penales o de derecho público”. (DE MIGUEL, 1994, págs. 87 y 88)

### **1.5. Conexión del derecho a vivir en un ambiente sano con otros derechos humanos**

Consecuente con lo anterior el Art. 66 N° 27 de la Constitución de la República consagra expresamente como garantía constitucional reconocida por el Estado “el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”.

Esta disposición constitucional garantiza el derecho a vivir en un ambiente sano, pero alcanza, además a importantes conceptos ecológicos, de preservación de la naturaleza, pero tiene relación íntima con el derecho de inviolabilidad de la vida consagrado en el numeral 1° del Art. 66 de la Constitución de la República; y al derecho a una vida digna que consta en el numeral 2° del Art. 66 ibídem.

Violada la garantía constitucional de vivir en un ambiente sano, pueden derivar consecuencias que atenten necesariamente a otros derechos como lo son los referidos a la persona en sí.

Dentro de estos derechos destaca el derecho a la inviolabilidad de la vida, ya que según expresa el jurista chileno Dr. Jorge Bermúdez Soto, en su artículo “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, cuando expresa:

“El derecho a la vida es presupuesto para la vigencia de los demás derechos fundamentales de la persona. Aunque sea evidente decirlo, debemos partir de la base de que sin existencia humana es lógicamente impensable que puedan concurrir otros derechos subjetivos. El derecho a la vida es uno de aquellos derechos esenciales que emanan de la persona humana y que limitan el ejercicio de la soberanía y a cuyo respeto y promoción están obligados los órganos del Estado [...] El derecho a la vida es la base de todo el edificio jurídico, ya que en él se asienta la subjetividad jurídica de la persona. Sobre el soporte de este derecho se van articulando los demás derechos [...] Cuando el constituyente dice derecho a “vivir”, se está refiriendo a la vida o humanidad en movimiento, a que tenga esa existencia con unas determinadas condiciones o substancias que le confieren una cualidad. Por ello podrá ser una vida digna, libre, saludable, en un medio ambiente incontaminado, etc”. (BERMUDEZ, 2000, págs. 12 y 13)

La relación entre la salud y el ambiente ha llevado a la Organización Mundial de la Salud a conceptualizarla como aquella que abarca aspectos de salud y enfermedades humanas determinados por factores ambientales. También se refiere a la teoría y la práctica de la evaluación y del control de los factores ambientales que pueden afectar la salud.

Si el ambiente no es sano, el derecho a la vida se verá severamente afectado y podrá en riesgo la vida humana y la salud, siendo valioso lo que expresa la jurista brasileña, Dra. Francini Imene Dias Ibrahim, en su artículo “La relación existente entre el medio ambiente y los derechos humanos necesario con prohibición de retroceso”, cuando expresa:

“Que el goce de los derechos humanos reconocidos internacionalmente depende umbilicalmente del ambiente, relacionándose con el derecho a la vida y a la salud [...] El ser humano no puede sobrevivir más que cuatro minutos sin respirar, más de una semana sin beber agua y más de un mes sin alimentarse; siendo la tierra el único lugar conocido del universo en que el ser humano puede respirar, tomar agua y alimentarse”. (DIAS, 2012, pág. 7549)

**CAPÍTULO II**  
**NORMAS CONSTITUCIONALES Y AMBIENTALES EN QUE SE SUSTENTA EL**  
**DERECHO HUMANO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO**

## **2.1. Normas de la Constitución del 2008 que se refieren al derecho humano a vivir en un ambiente sano.**

El numeral 27 del Art. 66 de la Constitución de la República establece el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza.

Además de la disposición transcrita, el Art. 14 ibídem, que forma parte del capítulo denominado del “Buen Vivir”, establece en el inciso primero “el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*”

El citado precepto constitucional, en su inciso segundo eleva el ambiente a la calidad de bien jurídico protegido al ambiente cuando declara de interés público “la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integración del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados”.

Pero la Constitución de la República en su Art. 10 declara a la naturaleza como sujeto de derechos, lo que significó una gran innovación mundial, ya que por primera vez un texto constitucional asume una posición egocéntrica que se complementa con el Art. 71 ibídem cuando declara:

**Art. 71 [Derecho de la naturaleza].-** 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”.

El jurista brasileño Dr. Thiago Felipe Avanci, en su artículo “El sujeto de derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado”, pone en evidencia las contradicciones de nuestro constitucionalista cuando expresa, respecto de los Arts. 71 y 74 de la Constitución de la República:

“Se observa una notoria atribución de derechos a la Pacha Mama (la naturaleza), algo inusitado ya que es contrario a lo que fue sustentado hasta ahora. No tengo noticia de otra Constitución o ley que haya tomado semejante actitud en elevar a la naturaleza al estatus de sujeto de derecho. A primera vista, parece una justificación al positivismo biocéntrico. Con todo me parece que la elevación de sujeto de derecho a la Pacha Mama es un simple formalismo, ya que el Art. 74 de la misma Constitución afirma que: «Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado». De un lado, se afirma que la naturaleza tiene derechos y de otro, se dice que las personas pueden usufructuar del ambiente y de las riquezas naturales en búsqueda de una calidad de vida. Hay un claro conflicto entre los derechos de los seres humanos y el derecho de la Pacha Mama de que se respete su existencia, mantención y regeneración de sus ciclos vitales. En consecuencia, siendo la Constitución ecuatoriana reciente (2008), queda esperar cómo se aplicará frente ante este aparente conflicto de normas constitucionales”. (AVANCI, 2009, pág. 59)

La Constitución de la República del Ecuador adelantándose a las demás de latinoamérica, en su Capítulo Séptimo estableció la existencia de “Los derechos de la naturaleza”, otorgado a la naturaleza o Pachamama la calidad de sujeto de derechos y, a la vez, alejarse de la visión antropocéntrica en el trato al ambiente.

En este sentido la ecóloga brasileña Dra. Claudia Gouveia, citando al ecólogo Dr. Mario Melo, de la Fundación Pachamama, en su artículo “La positivación de los Derechos de la naturaleza en la Constitución ecuatoriana y su compatibilidad con las propuestas del movimiento de ecología profunda” sistematiza alguno de los derechos que se le atribuyó a la naturaleza, destacando que dentro de ellos están:

“a) El derecho a que se respete integralmente su existencia, mantención y regeneración de los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; b) El derecho a la restauración; c) El derecho a que el Estado incentive a las personas

naturales y jurídicas a proteger a la naturaleza y a los elementos que integran el ecosistema; d) El derecho a que el Estado disponga medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias nocivas de impactos ambientales graves o permanentes; e) El derecho a que el Estado restrinja las actividades que puedan engendrar la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas y la alteración permanente de los ciclos naturales”. (GOUVEIA 2013, págs. 103 y 104)

Concuerda con lo anterior lo expuesto por Alberto Acosta, presidente de la Asamblea Constituyente del Ecuador que dio nacimiento a la actual Constitución de la República, quien fue uno de los principales partidarios de los derechos de la naturaleza, cuando expuso:

“En los Derechos de la Naturaleza el centro está puesto en la Naturaleza, que incluye por cierto al ser humano. La Naturaleza vale por sí misma, independientemente de la utilidad o de los usos que le dé el ser humano. Esto es lo que representa una visión biocéntrica. Estos derechos no defienden una Naturaleza intocada, que nos lleve, por ejemplo a dejar de tener cultivos, pesca o ganadería. Estos derechos defienden el mantenimiento de los sistemas de vida, los conjuntos de vida. Su atención se fija en los ecosistemas, en las colectividades, no en los individuos. Se puede comer carne, pescado y granos, por ejemplo, mientras e asegure que quedan ecosistemas funcionando con sus especies nativas”. (ACOSTA y MARTÍNEZ 2011, págs. 353 y 354)

En consecuencia, a una Constitución tremendamente biocéntrica, se le quiso dar un tinte ecocéntrico sin conseguirlo, ya que si bien el numeral 6 del Art. 83 de dicho cuerpo normativo establece que son deberes y responsabilidades de los ciudadanos “respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible”.

Si se toma en consideración la ineficacia de las normas ambientales nacionales y el grave estado de depredación de los recursos, incluso por el Estado cuyo deber primordial es preservar la naturaleza, pero que, por sí y por sus delegatarios y concesionarios explota o permite la explotación de los recursos naturales, sin que se tome en cuenta la opinión de la comunidad, como se demostrará en esta investigación, ya que de oponerse la comunidad a una obra o explotación de recursos el Estado siempre impone su criterio por sobre los intereses ciudadanos.

En consecuencia, si se aprecia la ausencia de un defensor del ambiente, el hecho de otorgar la calidad de sujeto de derechos a la Pacha mama o naturaleza, no ha generado un respeto a nuestro entorno, bastando un simple revisión de los libros de ingresos de las Fiscalías y los Juzgados de Garantías Penales para concluir que para una adecuada defensa del “sujeto de derechos naturaleza” se requiere de fiscalías ambientales.

Si se hace un paralelo entre las normas constitucionales ambientales y su cumplimiento, cuando es evidente que el Ecuador es el país con más biodiversidad del planeta y, al mismo tiempo el que con mayor velocidad disminuye su patrimonio forestal, contamina irreversiblemente la Amazonía con la explotación petrolera, realiza prospecciones mineras sin tomar en consideración la opinión de las personas que se verán afectadas, no disminuye con medidas drásticas la contaminación del aire de las principales ciudades, no contempla depuradores de aguas servidas que se vierten a nuestros ríos, lagos y el océano, obviamente que puede afirmarse que las normas ambientales tienen un carácter retórico y de escaso cumplimiento.

## **2.2. Las normas Constitucionales de carácter ambiental en el Ecuador**

La primera disposición ambiental de la Constitución de la República se contempla en los numerales 1, 5 y 7 del Art. 3 de dicho cuerpo constitucional, disposición que se refiere a los deberes primordiales del Estado, dentro de los cuales destaca:

- a) 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. (Art. 3 N°1)

Al hablarse del efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, se comprende el derecho a vivir en un ambiente sano, consagrado en varias disposiciones de la Constitución, ya que éste es considerado un derecho constitucional, por nuestra Carta Fundamental, y, al mismo tiempo, un derecho humano de conformidad a la serie de instrumentos internacionales que se refieren a este derecho.

- b) 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. (Art. 3 N°5)

El término “desarrollo sustentable” es netamente ecológico, ya que ése significa, de manera general, que es utilizar y explotar los recursos naturales racionalmente a fin de no comprometer el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado de las generaciones futuras, razón por la cual este numeral, expresamente tiene relación con el medio ambiente o Pachamama.

- c) Proteger el patrimonio natural y cultural del país (Art. 3°N°7).- Por patrimonio natural se entiende al medio ambiente propiamente tal o a la Pachamama, el cual es definido, en el glosario de la Ley de Gestión Ambiental como: “El Sistema global constituido por elementos naturales y artificiales, físicos, químicos o biológicos, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la naturaleza o la acción humana, que rige la existencia y desarrollo de la vida en sus diversas manifestaciones”.

Posteriormente, el Art. 12 de la Constitución de la República se refiere a uno de los principales elementos del medio ambiente, como lo es el agua, estableciendo el derecho humano a este recurso señalando que es fundamental e irrenunciable, otorgándole las características de patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, al punto que un ser humano, no sobrevive tres días sin agua, básicamente porque nuestra constitución física es en su gran mayoría formada por agua. El total de agua corporal varía de acuerdo con la edad, el sexo, la masa muscular y el porcentaje de tejido adiposo. Nuestros órganos y tejidos están formados por agua. El cerebro, por ejemplo, está constituido por un 85% de agua. Los pulmones están constituidos por un 80% de agua, los riñones por un 80%, la sangre un 79% y el corazón un 77%.

El derecho a vivir en un ambiente sano se contempla en los Arts. 14 y 66 N° 27 de la Constitución, el derecho a vivir en un ambiente sano pertenece a la tercera generación de los derechos humanos, ya que según la jurista brasileña Dra. Ana Muñiz Álvarez, en su obra

“Elementos para la discusión sobre la pertinencia de la creación de una Corte Internacional para el medio ambiente: de la responsabilidad internacional del Estado en la solución pacífica de las controversias en materia ambiental”, al referirse a los derechos de tercera generación, expresa:

“Los derechos de tercera generación emergieron a partir de las reflexiones referentes al desarrollo, a la paz, a la comunicación, al medio ambiente y al patrimonio común de la humanidad y fueron cristalizados en el fin del siglo XX. Al contrario de los derechos de las generaciones anteriores, no buscan proteger los intereses de un individuo, sino que de todas las personas, entendiéndose que son derechos “difusos”, de fraternidad y solidaridad y se orientan por los principios de indivisibilidad, interdependencia y solidaridad. Lejos de proteger solamente los intereses de un individuo, tiene por destinatario el propio género humano. (MUÑIZ 2012, pág. 21)

El Art. 14, además 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.

Respecto del interés público ambiental, el jurista venezolano Dr. Enrique Meier, en su obra “El Derecho Ambiental y el Nuevo Milenio”, señala que:

“El interés público, es un interés público o compartido por una colectividad indeterminada de personas, no se le puede identificar como el interés del Estado o interés estatal, como tampoco de la Administración Pública. Y si bien es a ésta a la que, en principio, le compete tutelar y desarrollar ese interés, la titularidad del mismo no es de la organización administrativa, menos de sus órganos y funcionarios, sino de los individuos y la sociedad en general como destinatarios de la gestión administrativa [...] es a la Administración Pública Ambiental a la que compete, en principio, la gestión de los bienes ambientales, porque a partir de la Constitución [...] esa gestión debe regirse conforme al principio rector de la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil”. (MEIER 2003, pág. 18)

En consecuencia, es 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. Conforme lo anteriormente expuesto, el Poder Público es simplemente el administrador de los *res communis ómnium*, debiendo, mediante el ejercicio de su poder respetar las reglas concernientes del Derecho Administrativo y Derecho Ambiental.

Igualmente el inciso 2° del Art. 15 constitucional, prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional.

En la tipificación de los delitos ambientales se establece como ilícito al delito de peligro, que es la simple tenencia de estos productos, así como el uso de los mismos, los cuales pueden causar graves daños no solo al ambiente, sino a la salud y la vida de los seres humanos, y, consecuentemente, a todo un ecosistema.

Dentro de los derechos de libertad, conjuntamente con el derecho a vivir en un ambiente sano, el numeral 2 del Art. 66 de la Constitución de la República establece el derecho a una vida digna, que, entre otros, asegure la salud y el saneamiento ambiental, siendo tanta la importancia del medio ambiente o Pachamama, que se otorga a esta la calidad de sujeto de derechos, sin embargo, no existe en nuestro país, como ocurre en otros países, fiscales ambientales, atendido que los particulares no denuncian con la frecuencia esperada los atentados contra el medio ambiente, según dispone del Art. 71 de la Constitución de la República.

El Art. 72 de la Constitución de la República sigue el principio internacional “del que contamina paga”, estableciendo el derecho a restauración por parte del Estado y particulares que causen daños al patrimonio ambiental, estableciéndose en el Art. 73 *ibídem* las medidas de precaución y restricción, por parte del Estado, a fin de evitar las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la

alteración permanente de los ciclos naturales, agregando la prohibición de introducir organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Respecto del tema materia de esta investigación, el Art. 74 de la Constitución de la República establece el derecho de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades para beneficiarse del ambiente y las riquezas naturales que les permitan el buen vivir, contemplándose el derecho a consulta de las personas y grupos señalados para que se pronuncien respecto de los proyectos que puedan causar impacto ambiental en los territorios, especialmente, ancestrales. Desgraciadamente, de conformidad al Art. 398 de la Constitución de la República el pronunciamiento negativo de la comunidad no impedirá que el proyecto se lleve a efecto, lo que convierte en ineficaz la participación ciudadana en asuntos de interés público ambiental, según se establece en los incisos 2° y 3° del Art. 398 que disponen:

“El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.”

“Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley”

Los incisos referidos, a mi entender, desechan la opinión de la comunidad y sus derechos constitucionales y humanos que el Estado tiene el deber primordial de proteger, ya que no se avizora cómo el Estado protege el patrimonio ambiental de acuerdo al numeral 7 del Art. 3 de la carta fundamental, si se imponen criterios administrativos para explotar los recursos naturales en áreas mundialmente protegidas, aludiendo a “tecnologías ambientalmente limpias”.

Basta apreciar cómo la explotación petrolera en la Amazonía ha devastado grandes sectores, afectando la vida y salud de las personas y especies, sin embargo, a fin de justificar la decisión que pasa por sobre la opinión mayoritaria de los habitantes, se imponen decisiones administrativas, que bajo el supuesto de “tecnologías ambientalmente limpias” intentan desconocer los nefastos efectos de la explotación petrolera en la Amazonía, según expresa el dirigente Wilson Guaranda Mendoza, en su artículo titulado “Los impactos de la explotación petrolera en relación al derecho humano al agua”, cuando expresa:

“Los efectos locales sobre la población de las actividades petroleras durante los últimos treinta años son desastrosos. La explotación petrolera en el norte de la Amazonía ecuatoriana es responsable de la deforestación de 2 millones de hectáreas. Más de 650.000 barriles de crudo han sido derramados en bosques, ríos y esteros. Sustancias tóxicas, producto de la explotación petrolera, como los metales pesados provenientes de las aguas de formación, han contaminado las fuentes de agua de la región. Varias etnias indígenas, como los Cofanes, Sionas y Secoyas, han sido afectadas hasta convertirse en minorías en peligro de desaparición [...]El 82.4% de la población se ha enfermado en alguna ocasión por la contaminación: el 96% de los enfermos reportan problemas de la piel, 75% problemas respiratorios, 64% problemas digestivos, 42% problemas en los ojos. Los problemas en la salud se deben al deterioro general del ambiente. El 75% de la población estudiada usa el agua contaminada. Un agua fétida, salada, de color y/o con petróleo en superficie. Esta agua contaminada se bebe, se usa para cocinar y bañarse, no por el desconocimiento de peligros, sino porque la población ha quedado sin ninguna otra opción para el consumo. De igual manera el aire está contaminado por la presencia de mecheros que arden durante las 24 horas. Estos gases producen enfermedades y alteran la calidad de vida de la población. La principal causa de muerte es el cáncer en un 32% del total de muertes, 3 veces más que la media nacional de muertes por cáncer (12%) de Ecuador y 4 a 5 veces superior a Orellana (7.9%) y Sucumbíos (5.6%). La tasa de mortalidad por cáncer de la población estudiada asciende a 13.6/10.000 habitantes, el doble que en la sierra, el triple que en la costa y 6 veces superior al de las provincias amazónicas”. (GUARANDA 2011, págs. 1 a 5)

El Art. 395 de la Constitución de la República establece una serie de principios ambientales, que de acuerdo a lo señalado anteriormente, tienen un carácter más teórico que práctico, según se pasa a señalar:

Principio 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.

La explotación petrolera de la Amazonía obedece a una política extractiva que ha causado graves daños a las personas y el ambiente, no respetándose la diversidad cultural, la conservación de la biodiversidad, añadiéndose un daño que no asegura la regeneración natural de los ecosistemas, ni tampoco satisfará las necesidades de las generaciones presentes y futuras,

Principio 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.

El primero en incumplir las políticas ambientales atendido el carácter altamente contaminante de las actividades petroleras y mineras, conforme lo expuesto es el Estado y sus concesionarias o delegatarias en la explotación de los recursos naturales.

Principio 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.

La participación activa de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales, no es tal, ya que si se oponen a un proyecto que les afecta, la autoridad administrativa, igualmente, procederá a ejecutar el proyecto y a la explotación de los recursos, conforme se dispone en el Art. 398 de la Constitución de la República.

Principio N° 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.

Remitiéndome, respetuosamente, a los comentarios efectuados a estos principios, el Estado privilegia sus propios intereses por sobre el principio pro homine y el principio pro natura.

El Art. 407 de la Constitución de la República prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal.

Sin embargo en el inciso 2° de dicha disposición se privilegia los intereses del Estado por sobre los de la comunidad, cuando se establece 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 previa”.

Los Arts. 408 a 412 de la Constitución, establecen que pertenece al Estado los recursos naturales no renovables y los productos del subsuelo como minerales e hidrocarburos, señalándose que estos recursos solo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución, reiterando, respetuosamente mis comentarios a estos principios.

De acuerdo al elevado índice de contaminación ambiental de los suelos fértiles, de los recursos hídricos, queda en evidencia el incumplimiento de las normas constitucionales que se refieren a ellos, poniendo como ejemplo que los ríos, lagos y el océano son los lugares donde se vierten las aguas servidas emanadas de millones de habitantes, sin perjuicio de la contaminación minera y petrolera.

### **2.3. Los delitos ambientales en el Ecuador**

En nuestro Código Penal en el Capítulo XA "De los delitos contra el medio ambiente", existen disposiciones que tipifican una gran cantidad de delitos ambientales, los mismos que constan desde el Art.437-A al 437-K

En primer lugar, el Art. 437.A (437.1) del Código Penal, establece un delito “de peligro”, cuando dispone:

**Art. 437 A.- "[Caso de desechos tóxicos peligrosos, sustancias radiactivas u otras similares]** Quien, fuera de los casos permitidos por la ley, produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga posesión, o use desechos tóxicos peligrosos, sustancias radiactivas u otros similares que por sus características constituyan peligro para la salud humana y contaminen el medio ambiente, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años.

Igual pena se aplicará a quien produzca, tenga en posesión, comercialice, introduzca armas químicas o biológicas".

Respecto de este delito, basta la simple tenencia para que se produzca, ya que se trata de productos cuya tenencia, depósito, comercialización o uso, pone en peligro la salud humana, sin que sea necesario que se produzca un daño.

Según expresa el penalista chileno Dr. Waldo del Villar Brito: "En el grupo de los delitos denominados de peligro tan sólo se requiere que el bien jurídico protegido por la ley penal haya sido objeto del riesgo que se quiso evitar" (DEL VILLAR, 1983, pág. 83)

En lo que dice relación con los delitos contemplados en los artículos 437 B a 437 K se trata de delitos de daño o de lesión, porque en ellos va involucrado, según el señalado jurista, "el perjuicio o menoscabo que el legislador quiso evitar". (DEL VILLAR, 1983, pág. 83).

**Art. 437 B : "[Residuos de cualquier naturaleza].-** El que infringiere 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 delito es un delito de daño porque cuando se vierten residuos, por encima de los límites fijados por la ley y se causan daños o alteraciones a los diversos bienes jurídicos protegidos a los que se refiere la disposición se produce la lesión que transforma al delito en un ilícito de lesiones.

Además en este delito se da la figura de la ley penal en blanco, que en términos generales es aquella en que su supuesto de hecho o al menos parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido de otra norma extrapenal a la que se remite, lo que se contiene en la expresión "por encima de los límites fijados de conformidad con la ley"

El delito de lesión descrito en el Art. 437- B tiene su agravante en los Arts. 437 - C y 437 - D. que establecen expresamente:

**Art. 437 C : "[Casos calificados].-** La pena será 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 sus bienes;
- b) El perjuicio o alteración ocasionados tengan el carácter de irreversible;
- c) El acto sea parte de actividades desarrolladas clandestinamente por su autor, o,
- d) Los actos contaminantes afecten gravemente recursos necesarios para la actividad económica.

**Art. 437 D :** "[Caso de producir lesiones o muerte a alguna persona]. 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 que a consecuencia de la actividad contaminante se produzcan lesiones, impondrá las penas previstas en los artículos 463 a 467 del Código Penal".

Existe también delito de daño y resultado, atendido el bien jurídico protegido que trataremos in extenso en los siguientes tipos penales.

Los Arts. 437 F y G son delitos en los cuales se sanciona la caza, captura, recolección, extracción o comercialización de flora o fauna protegida y a la extracción de flora o fauna acuáticas protegidas o utilización de procedimientos de pesca o caza prohibidos, cuando disponen:

**Art. 437 F :** "[Caza, captura, recolección, extracción o comercialización de flora o fauna protegida].- El que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice, especies de flora o fauna que estén legalmente protegidas, contraviniendo las disposiciones legales sobre la materia, será reprimido con prisión de uno a tres años.

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

El hecho se cometa en período de producción de semilla o de reproducción o crecimiento de las especies;

El hecho se cometa contra especies en peligro de extinción, o El hecho se cometa mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas"

El mencionado artículo 437 – F se refiere a varias acciones como “cazar”, “capturar”, y “comercializar”, (ya que “extraer y recolectar” son relativas a la flora), pero para complementar la norma penal, es necesario que el Estado confeccione y mantenga un inventario de especies de flora y fauna silvestre y fiscalice las normas que imponen restricciones a su corta, captura, caza, comercio y transporte, con el objeto de adoptar las acciones y medidas tendientes a conservar la diversidad biológica y preservar dichas especies.

**Art. 437 G :** "[Extracción de flora o fauna acuáticas protegidas o utilización de procedimientos de pesca o caza prohibidos].- El que extraiga especies de flora o fauna acuática, protegidas, en épocas, cantidades o zonas vedadas, o utilice procedimientos de pesca o caza prohibidos, será reprimido con prisión de uno a tres años".

El artículo 437 – G se refiere a varias acciones como “cazar”, y “pescar”, razón por la cual, es necesario igual que lo que se expresó respecto del artículo anterior, que el Estado confeccione y mantenga un inventario de especies de flora o fauna acuáticas protegidas, con el objeto de adoptar las acciones y medidas tendientes a conservar la diversidad biológica y preservar dichas especies.

El Código Penal, igualmente, sanciona la destrucción, quema, daño o tala de bosques u otras formaciones protegidas en el Art 437 – H, que dispone:

**Art. 437 H :** "[Destrucción, quema, daño o tala de bosques u otras formaciones protegidas].- El que destruya, quemare, 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 delito más grave.

La prisión será de dos a 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 a un centro poblado o sistema de irrigación".

Cuando se hizo referencia a la naturaleza como sujeto de derechos por parte del Dr. Thiago Felipe Avanci, queda en evidencia que la tendencia “egocéntrica” de nuestra Constitución es

meramente retórica, bastando un simple ejemplo de la depredación forestal para que quede en evidencia que el Estado nada hace por proteger el patrimonio forestal del Ecuador.

De acuerdo a informe periodístico de la Agencia EFE contenido en el Diario Ambiental La Vanguardia.com de fecha 01/10/2011:

“Ecuador registra una de las tasas más altas de deforestación de Lati-noamérica, con una pérdida anual de entre unas 60.000 a 200.000 hectáreas de bosques nativos, fruto de la tala ilegal, la expansión de cultivos y la presión de empresas petroleras y mineras, señalan los expertos. El país andino cuenta con unos 9,6 millones de hectáreas de bosques primarios, según el Gobierno, y es uno de los países de la región con más variedad de árboles, debido a la amplia diferencia climática de su territorio. Los ecosistemas van desde el páramo andino al húmedo tropical de la Amazonía, donde se encuentra el parque Yasuní, considerada por científicos como la zona más biodiversa del mundo. No se sabe a ciencia cierta a qué ritmo se pierde esa riqueza”. (AGENCIA EFE, 2011)

Según el artículo de prensa anualmente en el Ecuador se pierden de 60.000 a 200.000 hectáreas de bosques nativos fruto de la tala ilegal, la expansión de cultivos y la presión de empresas petroleras y mineras. Destaca en la referida noticia el Parque Yasuní, al que se lo califica por los científicos como “la zona más biodiversa del mundo”, la cual debido a decisiones gubernamentales en las que no se ha consultado a la comunidad, va a ser destruida por la futura explotación petrolera.

Los Arts. 437–E y 437–I del Código Penal se refieren a los ilícitos ambientales que pueden cometer los particulares como los servidores públicos, como se pasa a señalar:

**Art. 437 E.- (Sanción a funcionario o empleado público).-** 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".

**Art. 437 I.- (437.9): "[Destino ilegal de tierras protegidas].-** 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 apli-

cables, 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".

Por lo general, al producirse el delito ambiental, es trascendente el papel que tienen los servidores públicos, puesto que ha sido el Estado, en el caso de los desastres petroleros, el responsable por la muerte y devastación, por ejemplo, en la Amazonía. Por otra parte, al existir concesiones otorgadas en pésimas condiciones tanto económicas como ambientales, los funcionarios y autoridades que deciden su otorgamiento, no están sujetos a reglas estrictas que establezcan su responsabilidad.

El Código Penal contempla en los Arts. 437-E y 437-J algunos delitos en los cuales se establece la responsabilidad penal – ambiental funcionaria, sin embargo, no existe una legislación adecuada, como ocurre en el derecho comparado, especialmente España, donde se responsabiliza no solo al funcionario administrativo, sino que, también a la autoridad que tomó la decisión, por ejemplo, de otorgar una concesión o de permitir la tala de un bosque nativo etc.

**Art. 437 J [Sanción a funcionario o empleado público que autorice o permita el destino indebido de tierras reservadas].-** Se aplicará la misma pena prevista en el artículo anterior, si el hecho no constituye 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 a un uso distinto del que legalmente les corresponde; así como al funcionario o empleado cuyo informe haya conducido al mismo resultado".

## **2.4. Acciones que confiere la Constitución y la ley en el caso que se viole derecho humano a vivir en un ambiente sano.**

### **2.4.1. La legitimación activa en materia ambiental**

La legitimación activa en materia ambiental presenta variados obstáculos, pudiendo un afectado reclamar un interés directo, pero ¿qué sucede con los intereses difusos? o ¿quién representa a la naturaleza o Pachamama como sujeto de derechos.

El jurista español Dr. Joaquín Silguero Estagnan, en su obra “La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos”, expresa que la legitimación activa es aquella: “cuya virtud le confiere la posibilidad de ejercitar eficazmente su poder de acción, en base a la relación existente entre el sujeto y los derechos e intereses legítimos cuya tutela jurisdiccional pretende”. (SILGUERO, 1995, pág. 25.)

En el caso de la naturaleza o Pachamama como sujeto de derechos, no existe en nuestro ordenamiento jurídico nacional un ombudman del ambiente como ocurre en gran parte de los países latinoamericanos, como ocurre con los fiscales ambientales de varios países latinoamericanos como Perú, Chile, Honduras, Costa Rica, etc.

El jurista chileno Dr. Humberto Nogueira Alcalá, al referirse a la legitimación activa en la Revista de la Fiscalía Ambiental de Chile, expresa:

“La titularidad del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado tiene un carácter erga omnes, lo que posibilita el uso del recurso de protección como una especie de acción popular o pública, en la medida que el derecho a la protección del medio ambiente es un derecho cuya degradación *afecta a toda la comunidad*, ya que sus efectos impactan el medio en el cual todos vivimos. Los titulares del derecho, vale decir, todas las personas, pueden legítimamente accionar, cuando por un acto u omisión ilegal o arbitrario no sólo se contamina afectando la calidad de vida, sino también cuando no se preserva la naturaleza o no se conserva el patrimonio ambiental, indistintamente de la cercanía o lejanía geográfica de quienes impugnen la acción u omisión antijurídica respectiva. La titularidad del medio ambiente pertenece a todos quienes integran la sociedad, constituye un bien público no susceptible de apropiación exclusiva de nadie, por lo cual los tribunales deben actuar en esta materia como en el ámbito de los demás derechos fundamentales, con el principio in dubio pro ambiente y en materia de legitimación activa en materia de recurso de protección con el principio in dubio pro accione”. (NOGUEIRA H. , 2009, pág. 2)

Pese a las afirmaciones del jurista invocado, no existe una titularidad amplia a todos quienes intentan accionar por los intereses difusos, razón por la cual en ciertos países, como se expresó existen los ombudman del ambiente.

Dentro de los ombudman ambientales destaca la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial (PAOT) para el distrito federal mexicano, la cual fue creada por la Ley Ambiental del Distrito Federal de 21/12/1999, según expresa al respecto el jurista

chileno Dr. Diego Lillo Goffreri, en su “Análisis del proyecto de reforma constitucional que crea el defensor del ciudadano y propuestas alternativas para Chile” cuando expresa:

“La ley ambiental impulsa la generación de una autoridad ambiental y urbana con atribuciones para intervenir en forma oportuna y adecuada en la solución de los problemas ambientales, armonizando el avance normativo con el fortalecimiento institucional. La PAOT tiene entre sus facultades, según lo establecido en el artículo 5 de su Ley Orgánica, denunciar ante las autoridades competentes, cuando conozca de actos, hechos u omisiones que constituyan violaciones o incumplimiento a la legislación administrativa y penal, en materia ambiental y del ordenamiento territorial, Conocer e investigar sobre actos; hechos u omisiones que constituyan violaciones a la legislación en materia ambiental y del ordenamiento territorial; Emitir recomendaciones ante las dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal, municipal y del Distrito Federal, con el propósito de promover el cumplimiento de la legislación ambiental y de ordenamiento territorial; Formular y validar dictámenes técnicos y periciales respecto de daños y, en su caso de la reparación de los mismos, perjuicios ocasionados por violaciones o incumplimiento a las disposiciones jurídicas en materia ambiental y de ordenamiento territorial; etc. todo esto con carácter de funciones exclusivas, lo que provee a la procuraduría de una gran eficacia. A su vez, esta institución cumple el rol de aunar funciones en materia ambiental que con anterioridad a su creación estaban repartidas en otros órganos de la administración (Secretaría del Medio Ambiente y Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda) por ser atribuciones esencialmente conexas entre sí”. (LILLO, 2010, pág, 11)

Siguiendo a Gozaini la legitimación se refiere a la relación que existe entre quien pide y acerca de lo que pide, es decir, al nexo que vincula a la persona con el derecho. A su vez, este derecho debe ser propio (no impersonal), quien lo esgrima ha de tener una afectación directa e inmediata.

Gozáini, Osvaldo A., “Legitimación procesal del defensor del pueblo (Ombudsman),” *LL*, 1994- E, 1378.

El Art. 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina que las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta Ley, podrán ser ejercidas:

- a) *Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado.*

**El jurista chileno Dr. Andrés Bordalí Salamanca, en su artículo “Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno”, citando al jurista español Dr. Joaquín Silguero, señala que:**

“Un concepto amplio de legitimación es el que da, en España, Silguero, cuando la define como «el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace en favor de un sujeto, en cuya virtud le confiere la posibilidad de ejercitar eficazmente su poder de acción, en base a la relación existente entre el sujeto y los derechos e intereses legítimos cuya tutela jurisdiccional pretende». Como señala este mismo autor, la legitimación existiría con independencia de la titularidad de los derechos e intereses legítimos, si bien, como ocurre muchísimas veces, es precisamente en la titularidad en la que el ordenamiento jurídico se basa para reconocer a un sujeto determinado la legitimación”. (BORDALÍ, 1998, pág. 47)

Este concepto de legitimación activa es diverso al criterio constitucional que señala el inciso cuarto del Art. 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ya que relaciona la titularidad de los derechos e intereses legítimos con la acción, cuando expresa que: “se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce”.

En consecuencia, no puede cualquier persona interponer esta acción, como ocurre en el derecho comparado, según dispone el Autoacordado de la Corte Suprema de Chile sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, que en su Art. 2° establece: “El recurso se interpondrá por el afectado o por cualquier otra persona en su nombre, capaz de comparecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple o aún por telégrafo o telex”. (BORDALÍ, 1998, pág. 47)

El recurso de protección de Chile, como se puede apreciar se puede interponer no solo por el afectado, sino por cualquier persona capaz de comparecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, teniendo la particularidad que este recurso, puede interponerse por escrito en papel simple y aun telegráficamente o por telex (fax). Destaca que el recurso de protección se interpone ante la Corte de Apelaciones (Corte Provincial) no existiendo, como en nuestro ordenamiento jurídico, los trámites de sorteo y de calificación de la demanda, tomándose de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho, previo examen brevísimo de su admisibilidad.

Respecto de la acción penal pública por alguno de los delitos ambientales que se contemplan en el Código Penal y a que se hizo anteriormente referencia, los directa o indirectamente afectados deben recurrir a la respectiva Fiscalía para que ejerza la acción pública pertinente.

*b) Por el Defensor del Pueblo*

Según el Art. 215 de la Constitución de la República.- 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.
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.

De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Defensoría del Pueblo, respecto de la titularidad de los derechos e intereses legítimos de la acción, debe garantizar el acceso a la justicia de personas que por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos, pero, además, que sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño.

En materia ambiental muchos países han instaurado el ombudsman, el cual, según el jurista chileno Dr. Diego Lillo Goffreri, quien en su obra "Fiscalización del cumplimiento de la normativa ambiental. Análisis del proyecto de reforma constitucional que crea el Defensor del Ciudadano y propuestas alternativas para Chile", expresa que el ombudsman:

“es una herramienta muy útil que debería permitir a la comunidad el acceso más fácil, eficiente y seguro a la concreción de medidas que satisfagan las reclamaciones que se puedan hacer sobre actos de la administración que vulneren la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República (equivalente al Art. 66 N° 27 de la Constitución de la República del Ecuador) [...] La importancia del ombudman ambiental radica en las funciones que desempeña y que en nuestro país podría enfocarse en dos áreas principales: a) controlando a los órganos de la administración pública y personas privadas que participan en la prestación de servicios de utilidad pública, para que en el desempeño de esas actividades no se vulneren los derechos y libertades de las personas; y b) ser una herramienta de las que menciona el artículo 4 de la Ley de Bases del Medio Ambiente de nuestro país, mediante las que el estado cumple su deber de facilitar la participación ciudadana y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente”. (LILLO, 2008, pág. 6)

El ombudman es un concepto avanzado de defensor del pueblo instaurado en Suecia, quien tiene un serie de competencias particularmente de control de las actividades públicas relacionadas con la protección del medio ambiente, lo que permitiría proteger adecuadamente a la Pacha Mama, como sujeto de derechos, según se expondrá en el próximo punto.

En el Ecuador no se cuenta con Fiscales Ambientales o defensores del ambiente, exigiéndose en las acciones ambientales un interés directo, razón por la cual cuando se está frente a intereses difusos existen dificultades para interponer una acción tendiente a proteger al ambiente, generándose, igualmente, dificultades para que la Pachamama, como sujeto de derechos se auto proteja jurídicamente de los atentados y daños en su contra.

#### **2.4.2. Acción de protección de garantías constitucionales**

En primer lugar debe destacarse la acción de protección de garantías constitucionales de los Arts. 88 de la Constitución de la República y los Arts. 39 a 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta acción ampara directamente los derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, como sería el caso de los Arts. 437 – E, 437 – I y 437 – J del Código Penal.

Sin perjuicio que también procede frente a cualquier violación del derecho a vivir en un ambiente sano.

Por las especiales características de los daños ambientales, la acción de protección es viable frente a la violación del derecho constitucional a vivir en un ambiente sano, atendido que esta acción tiene el carácter de urgente, lo que no ocurriría en el caso de la acción penal pública, que también procede por los delitos indicados anteriormente.

Según expresa el constitucionalista chileno Dr. Humberto Nogueira Alcalá: “La acción de amparo, tutela, seguridad o protección, según el respectivo nomen iuris, se estructura como una acción constitucional, que se concreta como un procedimiento dentro de un proceso constitucional protector de derechos fundamentales que, como todo proceso debido, racional y justo, requiere la existencia de un tribunal competente objetivo e imparcial; constituido previamente a la presentación de la acción; que en el procedimiento exista el derecho a la igualdad de armas de las partes o defensa técnica eficaz; que el procedimiento sea público con las regulaciones y excepciones que el caso merezca; que exista la adecuada recepción de antecedentes y la justa valoración de dichos medios probatorios; y que el proceso culmine con una sentencia motivada dentro de un plazo razonable, que sea ejecutable sin restricciones”. (NOGUEIRA, 2010, pág. 7)

Pero debe tenerse en consideración que la acción de protección de garantías constitucionales es una acción residual, según dispone el numeral 3 del Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que procede ante la “inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”.

En relación al carácter residual, la acción de protección tiene, además por objeto el restablecimiento del imperio del Derecho, ya que presentada la acción ante el juzgado competente éste debe adoptar de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de todo aquel que, a causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de algunos de los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República, como lo sería por ejemplo el caso de una contaminación tóxica que hubiere causado la muerte de personas, debiendo detenerse inmediatamente estas actividades.

### **2.4.3. Acción popular del Art. 41 de la ley de Gestión Ambiental**

Esta disposición establece la denominada acción pública como denuncia por violación de las normas ambientales, que dispone:

**Art. 41.-** 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 perjuicios de la acción de amparo constitucional previsto en la Constitución Política de la República.

Esta acción de carácter popular, de acuerdo al inciso 2° del Art. 42 de la ley de Gestión Ambiental debe interponerse ante el Presidente de la Corte Superior de Justicia respectiva (hoy Corte Provincial), disposición que expresa:

“El Presidente de la Corte Superior del lugar en que se produzca la afectación ambiental, será el competente para conocer las acciones que se propongan a consecuencia de la misma. Si la afectación comprende varias jurisdicciones, la competencia corresponderá a cualquiera de los presidentes de las Cortes Superiores de esas jurisdicciones”.

Revisado el ingreso de esta clase de acciones en la Corte Provincial de Imbabura, no existe ninguna en los últimos años.

### **2.4.4 Acciones que se confiere a la naturaleza como sujeto de derechos en relación con la protección ambiental. Legitimación de la acción.**

Las acciones que puede ejercer la Pacha Mama como sujeto de derechos, son exactamente las mismas a las que se hizo referencia en el punto anterior, en el plano de la justicialidad tratándose de prohibiciones constitucionales los temas ambientales son justiciables, es decir, exigibles ante los tribunales de justicia; pero el problema radica en quien ejercerá la representación del ambiente para la interposición de una acción que vele por su integridad, destacándose, anteriormente, las dificultades que genera la carencia de defensores públicos ambientales.

De acuerdo a lo expuesto por el jurista argentino Dr. José Esain, en su artículo publicado en la Revista Doctrina Judicial de Argentina, titulado “El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva”, al referirse a las acciones de estas características, expresa:

“En éste caso estamos ante ciudadanos a quienes se les permite el acceso directo a la justicia por medio de una acción basada en un derecho subjetivo de disfrute de bienes que pertenecen a la colectividad. La titularidad de éste derecho propio pertenece a todas las personas sin distinción y sin que entre ellas necesariamente exista un vínculo jurídico. Es el legislador quien en éstos casos reconoce el derecho a los ciudadanos de iniciativa ante los tribunales dando protección a intereses plurindividuales de incidencia colectiva. En éstos supuestos el criterio de admisibilidad varía según el tipo de sistema al que nos enfrentemos. De todas maneras siempre estaremos ante una actuación personal a título individual pero en representación de intereses generales. Se dice que en estos casos el que se presenta lo hace como un tercero a fin de que se reestablezca una situación de derecho alterada por un hecho externo pero sin el límite de la pertenencia a una clase determinada”. (ESAIN, 2006, pág. 1)

Concuerda con lo expuesto con el autor invocado, el numeral 1 del Art. 397 de la Constitución de la República, la cual establece que para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

“Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de 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 sobre el gestor de la actividad o el demandado”.

**CAPÍTULO III**  
**LAS OBRAS PÚBLICAS Y SUS EFECTOS AMBIENTALES**

### **3.1. Concepto de obra pública**

El jurista argentino Dr. Roberto Dromi, define a la obra pública como: “una obra artificial, pues es producto del trabajo humano, es decir, que no es resultado de la naturaleza (...) en síntesis, la obra pública es un resultado querido por la Administración, en persecución de un fin de utilidad general”. (DROMI, 1996, pág. 386)

Una obra pública es aquella que desarrolla el Estado y que tiene un fin social. Esas obras se financian con fondos públicos (recaudados mediante los impuestos y tributos) y no tienen afán de lucro. <http://definicion.de/obra-publica/>

En forma más amplia el Tribunal de Cuentas de la República Federativa del Brasil, señala que la obra pública:

“Es considerada toda construcción, reforma, fabricación, recuperación o ampliación de un bien público. Ella puede ser realizada de forma directa, cuando la obra es hecha por el propio órgano o entidad de la Administración, por sus propios medios, o de forma indirecta, cuando la obra es contratada con terceros por medio de licitación. En este caso, son autorizados diversos regímenes de contratación: a) Por precio global: cuando se contrata la ejecución de la obra o el servicio por un precio cierto y total; b) Por precio unitario: cuando se contrata la ejecución de la obra o del servicio por precio cierto de unidades determinadas; c) Por tarifa: cuando se trabaja con mano de obra para pequeños trabajos por precio cierto, con o sin provisión de materiales; d) Servicio Integral: cuando se contrata un emprendimiento en su integralidad, comprendiendo todas las etapas de las obras, servicios e instalaciones necesarias”. (TRIBUNAL DE CUENTAS DE BRASIL, 2013, pág. 11)

### **3.2. Obra pública con efectos ambientales**

Las obras públicas como la construcción de carreteras, edificios públicos, puentes, aeropuertos, complejos deportivos; parques recreativos, refinerías o cualquier obra de estas, tiene un impacto sobre el medio ambiente. Debiendo aclarar que la alteración no siempre es negativa, puede ser favorable o desfavorable para el medio ambiente.

Toda obra pública realizada por el Estado, aunque sea lícita genera efectos ambientales, pudiendo señalarse varias clases de obras públicas, según la jurista Brasileña Hely Lopes Meirelles, quien señala que dentro de estas obras se encuentran:

“El equipamiento urbano (calles, plazas, estadios, monumentos, canalizaciones, redes de energía eléctrica y de comunicación; viaductos, túneles, metros y demás mejoramientos propios de las ciudades; equipamiento administrativo (instalaciones e infraestructura para el servicio administrativo interno en general); emprendimientos de utilidad pública (ferrocarriles, carreteras, puentes, puertos, aeropuertos, canales, obras de sanidad, represas, usinas hidroeléctricas o atómicas y demás construcciones de interés colectivo); edificios públicos (sedes de gobierno, reparticiones públicas, escuelas, hospitales, presidios etc.) [...] La obra pública, así como cualquier otro emprendimiento, podrá generar un daño ambiental efectivo, cuando trae en su ejecución, algún perjuicio al medio ambiente...”. (LOPES, 2010, pág. 70)

Pero no sólo las obras públicas pueden generar daños ambientales, sino también la explotación minera a gran escala y la petrolífera, como se pretende actualmente con la Reserva Mundial de la Biósfera denominada Yasuní ITT.

### **3.3. La consulta previa frente a una obra pública con efectos ambientales**

#### **3.3.1. Constitución Política de 1998**

En la Constitución Política de 1998 se estableció una serie de normas ambientales, como el “deber primordial de defender el patrimonio natural y proteger el medio ambiente”, que se consagra en el numeral 3 del Art. 3 de dicha normativa; disposición que concuerda con al Art. 86 ibídem que dispone:

**Art. 86.- [Protección ambiental].-** 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.

Se declaran de interés público y se regularán conforme a la ley:

1. La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país;
2. La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas; y
3. El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales,

La Constitución Política de 1998, contempló dentro de su normativa en el Título III “De los derechos, garantías y deberes” en su Capítulo V “De los Derechos Colectivos”, en el cual se garantizaba, en el Art. 84, a los pueblos indígenas una serie de derechos colectivos, dentro de los cuales está:

- La conservación de la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que de conformidad al numeral 2 del referido artículo son inalienables, inembargables e indivisibles, aunque se contemplaba la excepción que el Estado podía declarar su utilidad pública.
- Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras (Art. 84 N°4)
- Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio – ambientales que les causen (Art. 84 N°5)

El Art. 88 de la Constitución Política de 1998, disponía:

**Art. 88.- [Participación de la comunidad].-** Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada. La ley garantizará su participación.

Los artículos 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental vigente, tienen concordancia con los preceptos Constitucionales mencionados anteriormente, los mismos que expongo a continuación:

**Art. 28.-** 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. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas.

El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos.

**Art. 29.-** Toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que conforme al Reglamento de esta Ley, pueda producir impactos ambientales. Para ello podrá formular peticiones y deducir acciones de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes.

El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue el sustento para la normativa constitucional y legal señalada, según dispone en Art. 15 de dicho instrumento internacional ratificado por el Ecuador:

**Art. 15:** 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

4. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a

consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

De acuerdo a lo expuesto, de conformidad a la Ley de Gestión Ambiental, la Constitución Política de 1998 y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el incumplimiento del proceso de consulta de la comunidad, tornaba inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos que se hubieren celebrado respecto de la obra pública que producía efectos ambientales.

Destaca en el numeral 3 del Art. 86 de la Constitución Política de 1998 el reconocimiento y cumplimiento de los instrumentos internacionales relacionados con el medio ambiente, como lo es el Convenio 169 de la OIT.

### **3.3.2. Constitución de la República vigente**

La Constitución de la República ha limitado la participación ciudadana, ya que ésta se restringe a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad al Art. 298 y Art.57, numeral 7, que disponen:

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

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

Por lo que se puede analizar que no se le otorga el carácter de inejecutable a la actividad de que se trate, ni señala que será causal de nulidad de los contratos respectivos, si hubiese incumplimiento del proceso de consulta.

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

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

A mi modesto entender, la expresión “si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”, viola el Convenio N° 169 de la OIT y transforma en retórica una serie de disposiciones constitucionales de carácter ambiental porque no existiendo cómo se debe proceder “de acuerdo la Constitución y la ley”, se está otorgando una amplia interpretación para hacer prevalecer los intereses económicos del Estado por sobre los de la comunidad que deben prevalecer.

Debe destacarse que, respecto de la Ley Minera, existe jurisprudencia de la Corte Constitucional que ordena, en concordancia con el Convenio N° 169 de OIT, que la Asamblea y al Gobierno cumplir la sentencia 0008-09-IN y 0011-09-IN dictada por dicha

corte en torno a la Reforma de la Ley de Minería, sentencias que ordenan “consultar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afrodescendientes y pueblo montubio, las medidas de carácter pre legislativas como los actos administrativos previos al inicio de actividades de prospección, exploración, explotación y otros que puedan afectar sus derechos colectivos”.

Este incumplimiento por parte del Estado, ha implicado que la Confederación Kichwa del Ecuador ECUARUNARI presentara el 10 de junio del 2013 ante la Corte Constitucional una Acción de Incumplimiento Constitucional a fin que se cumpla la sentencia constitucional que obliga a consultar la Ley Minera, cosa que no se ha efectuado, y que, seguramente se obviará, ya que, según expresa la acción de incumplimiento de la ECUARUNARI:

“La ley reformativa fue aprobada sin que se haya realizado la consulta pre legislativa y más aun sin que se haya dictado la ley que regula el procedimiento de la consulta pre legislativa y el ejecutivo en un típico acto de viveza criolla para no cumplir lo establecido en el art. 57.17 de la Constitución, burlándose de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador manda el proyecto de ley con el carácter de económico urgente y este es el argumento que esgrimen tanto este como la asamblea para no realizar la consulta pre legislativa DESACATANDO con este proceder la sentencia dictada por la Corte constitucional cuyo cumplimiento estamos demandando cuando expresamente dice en su sentencias”. (ECUARUNARI, 2013, págs. 1 y 2)

Pese a estas decisiones pendientes y precedentes constitucionales de la Corte Constitucional, se intervendrá, sin consulta previa, el Parque Nacional Yasuni ITT.

Fuera del incumplimiento de las sentencias de la Corte Constitucional N°s 0008-09-IN y 0011-09-IN, la intervención del Parque Nacional Yasuni ITT, se estarían inobservando las siguientes normas constitucionales

- **El inciso 2° del Art. 1 de la Constitución de la República**

Esta disposición claramente señala que la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público. Pero según acontece en este caso, la autoridad, puede ordenar una actividad

contaminante, como ocurre con la intervención del Parque Yasuní ITT, sin que haya habido consulta a la comunidad y, aunque ésta se pronuncie negativamente, está facultado para hacer caso omiso de ella procediendo “de acuerdo a la Constitución y la ley”, término que aparece como un subterfugio que se impondrá a la voluntad popular.

- **Deber primordial del Estado de proteger el patrimonio natural del país (Art. 3 N° 7 de la Constitución de la República y extracción de recursos no renovables en áreas protegidas e intangibles (Art. 407 de la Constitución de la República)**

Es constitucionalmente prohibida la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal, lo que implica un atentado al patrimonio natural del país.

Sin embargo, la parte final del Art. 407 faculta al Presidente de la República a explotar dichos recursos mediante petición fundamentada y previa autorización de la Asamblea Nacional, que de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta previa.

- **Concepto constitucional de desarrollo sustentable (Art. 393 N° 1 de la Constitución de la República)**

La Constitución de la República, en forma categórica define qué debe entenderse por “desarrollo sustentable”, cuando señala 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”.

Cabe preguntarse, conforme lo expuesto en el cuerpo de esta investigación ¿se asegura el derecho a un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación a las generaciones presentes y futuras, con la explotación del Parque Yasuní ITT, sin consulta a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas?. Debe

reiterarse que la propia Corte Constitucional, al tratarse la constitucionalidad de la Ley Minera, exigió la obligatoriedad de esta consulta.

- **Principio pro naturaleza (Art. 393 N° 4 de la Constitución de la República)**

Fuera del principio pro homine al que se hace referencia más adelante, otro criterio de interpretación constitucional respecto del alcance de las disposiciones legales ambientales, es claro el numeral 4° del Art. 393 de la Constitución de la República que categóricamente dispone:

“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”.

Esta disposición conjuntamente con la parte final del Art. 426 de la Constitución de la República deja en evidencia que toda decisión o norma contra el ambiente es nula de derecho público, porque las juezas y jueces, autoridades administrativas, deben aplicar directamente las normas más favorables a las establecidas en la Constitución aunque las partes no las invoquen expresamente.

El magister en economía de nacionalidad colombiana Dr. Raúl Roberto Angulo Muñoz, en su obra “Economías extractivas y desarrollo sostenible: análisis y reflexiones de sus relaciones, a partir de la explotación petrolera del Putumayo”, hace, con claridad meridiana, un análisis de la economía extractiva en la explotación petrolera del Putumayo, cuando expresa:

“La economía extractiva se ha caracterizado por ser un proceso irreflexivo de extracción de recursos naturales de manera inmediata. Esto plantea que no se ha tenido en cuenta la perspectiva intertemporal en la implementación de transformaciones económicas en espacios ampliamente desregulados [...] En este sentido espacios endémicamente ricos, debido a su amplia oferta ambiental, terminan tornándose en áreas pobres y problemáticas como consecuencia de la sobreexplotación y falta de proyección del uso de sus recursos ambientales. En consecuencia la extracción de bienes ambientales como el petróleo ha generado un modelo de desarrollo económico que no da cuenta de la complejidad del desarrollo y no ha posibilitado la sostenibilidad”. (ANGULO, 2010, pág. 10)

**Art. 3.- [Deberes del Estado].-** Son deberes primordiales del Estado:

- 5.- 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.

Conforme lo expuesto, el desarrollo pasa a estar asociado no solo al crecimiento económico, sino también a la garantía de los derechos fundamentales.

### **3.4. Omisión de la consulta previa**

El Art. 57 de la Constitución de la República, dispone 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 internacionales los siguientes derechos colectivos:

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

De igual manera el artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental, establece sobre el incumplimiento del proceso de consulta y sobre los mecanismos de participación social cuya aplicación se regula en el decreto ejecutivo 1040, con el cual se expide el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental.

Reglamento que tiene como objeto principal contribuir a garantizar el respeto al derecho colectivo de todo habitante a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, y como principales fines tiene los siguientes:

- a) Precisar los mecanismos determinados en la Ley de Gestión Ambiental a ser utilizados en los procedimientos de participación social;
- b) Permitir a la autoridad pública conocer los criterios de la comunidad en relación a una actividad o proyecto que genere impacto ambiental;
- c) Contar con los criterios de la comunidad, como base de la gobernabilidad y desarrollo de la gestión ambiental; y,
- d) Transparentar las actuaciones y actividades que puedan afectar al ambiente, asegurando a la comunidad el acceso a la información disponible.

Se reconocen entre otros, como principales mecanismos de participación social en la gestión ambiental: audiencias, presentaciones públicas, reuniones informativas, asambleas, mesas ampliadas y foros públicos de diálogo; talleres de información, capacitación y socialización ambiental; campañas de difusión y sensibilización ambiental a través de los medios de comunicación; comisiones ciudadanas asesoras y de veedurías de la gestión ambiental; todos los medios que permitan el acceso de la comunidad a la información disponible sobre actividades, obras, proyectos que puedan afectar al ambiente; mecanismos de información pública; reparto de documentación informativa sobre el proyecto; página web; centro de información pública; y demás mecanismos que se establezcan para el efecto.

Estos mecanismos deben cumplir con ciertos requisitos, como la difusión de información de la actividad o proyecto que genere impacto ambiental, por medio de publicaciones en los diarios de mayor circulación, o a través de una página web, o mediante comunicaciones escritas; la recepción de criterios y la sistematización de la información obtenida.

La recepción de criterios podrá recopilarse a través de los siguientes medios:

- a) Actas de asambleas públicas;
- b) Memorias de reuniones específicas;
- c) Recepción de criterios por correo tradicional;
- d) Recepción de criterios por correo electrónico; y,

e) Los demás medios que se consideren convenientes, dependiendo de la zona y las características socio culturales de la comunidad.

De igual manera la sistematización de criterios se lo hará por medio de un informe que deberá especificar:

- a) Las actividades más relevantes del proceso de participación social;
- b) Las alternativas identificadas y la recomendación concreta para acoger una o más de ellas, o para mantener la versión original del Estudio de Impacto Ambiental, con los correspondientes sustentos técnicos, económicos, jurídicos y sociales, debidamente desarrollados; y,
- c) El análisis de posibles conflictos socio-ambientales evidenciados y las respectivas soluciones a los mismos, en caso de haberlos.

Este informe de sistematización de criterios se incluirá al Estudio de Impacto Ambiental que se presentará a la autoridad ambiental competente para su aprobación.

Se debe aclarar que en el caso de que los sujetos de participación social no ejerzan su derecho a participar en la gestión ambiental, habiendo sido convocados o se opongan a su realización, este hecho no constituirá causal de nulidad del proceso de participación social y no suspenderá la continuación del mismo, debiendo el promotor de todas maneras, presentar el informe de sistematización de criterios de manera obligatoria.

La información a proporcionarse a la comunidad del área de influencia en función de las características socio-culturales deberá responder a criterios tales como: lenguaje sencillo y didáctico, información completa y veraz, en lengua nativa, de ser el caso; y procurará un alto nivel de participación.

La participación social en la gestión ambiental, se integrará principalmente durante las fases de toda actividad o proyecto propuesto, especialmente las relacionadas con la revisión y evaluación de impacto ambiental. Tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios y las observaciones de la ciudadanía, especialmente la población directamente afectada de una obra o proyecto, en 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 las condiciones ambientales para la realización de la actividad o proyecto propuesto en todas sus fases.

Esta participación social interrelaciona a las instituciones del Estado, la ciudadanía y el promotor interesado en realizar una actividad o proyecto. Se efectuará de manera obligatoria por la autoridad ambiental de aplicación responsable, en coordinación con el promotor de la actividad o proyecto, de manera previa a la aprobación del estudio de impacto ambiental.

El procedimiento de participación social no podrá iniciarse sin que la autoridad competente cuente con la información necesaria para ponerla a disposición de la comunidad y permitir que esta emita sus criterios. El incumplimiento del proceso de participación social, por parte de la autoridad o funcionario público, estará sujeto a los procedimientos y sanciones que establece la Ley de Gestión Ambiental y demás leyes aplicables.

El artículo 22 del Reglamento en referencia, dispone: “Si una vez realizada la participación social prevista en este reglamento, los sujetos de la participación social se opusieren a la actividad o proyecto que genere impacto ambiental, esta no podrá llevarse a cabo, a menos que la autoridad competente insista en su realización, lo cual será resuelto por la instancia superior.”

Nos podemos dar cuenta en este artículo, de que en el caso de una oposición de la comunidad o de los sujetos de la participación social, hacia la realización de una actividad o proyecto que tenga impacto ambiental, se deja abierta la posibilidad de que si la autoridad competente insiste en su realización, decida la instancia superior, al igual que en el inciso 3° del artículo 398 de la Constitución de la República.

El Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social, en el artículo 24 dispone que “...la actividad o proyecto que genere impacto ambiental, así como los actos y contratos que se deriven de la misma, serán inejecutables si no cumplen con uno o más de los requisitos del procedimiento de participación social regulado en este instrumento....”,

De igual manera en el inciso segundo del artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental, dispone que “El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos.”

Al hacer un análisis de lo descrito en los párrafos anteriores, se puede deducir que tanto la Constitución de la República como la Ley de Gestión Ambiental y el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social, coinciden en que la consulta previa a la comunidad, debe ser obligatoria y oportuna, y al existir una omisión del proceso de

consulta previa o de los mecanismos de participación social de gestión ambiental, la actividad o proyecto que tenga impactos ambientales será inejecutable, así como serán nulos los actos y contratos realizados.

Es importante examinar lo que dispone el Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Areas y Bloques Hidrocarburíferos, el mismo que tiene por objeto reglamentar el proceso de consulta previa que de manera obligatoria llevará a cabo la Secretaría de Hidrocarburos, previo a la eventual adjudicación o asignación de los bloques o áreas, mediante la determinación de mecanismos de participación; identificación de los actores que intervendrán; de los procedimientos administrativos; de los beneficios sociales que podrán recibir las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultadas y las demás condiciones que permitan brindar legitimidad, seguridad y certeza jurídica a los procesos tendientes al aprovechamiento de los recursos hidrocarburíferos del país.

La finalidad de esta consulta es la consideración de los criterios y las observaciones de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para contribuir en la gestión de la política pública sectorial, así como fomentar la participación de los colectivos en la toma de decisiones, para que las áreas o bloques a ser licitados o asignados, que puedan afectarles en el ámbito social, cultural o ambiental se desarrollen de manera adecuada.

La Secretaría de Hidrocarburos, como autoridad competente y responsable del proceso de Consulta previa libre e informada, tendrá las siguientes obligaciones:

1. Realizar la convocatoria para el proceso de consulta;
2. Cubrir los costos del desarrollo de los mecanismos de-participación;
3. Abrir y manejar el expediente documentado que sustente la realización de las actividades de participación;
4. Verificar la coordinación de la actividad con las entidades gubernamentales que participarán en el proceso;
5. Coordinar con las entidades competentes el acompañamiento al proceso de consulta previa, con la finalidad de brindar legitimidad, seguridad y certeza jurídica a las políticas públicas tendientes al aprovechamiento de los recursos hidrocarburíferos del país;
6. Socializar los beneficios sociales a los que podrán acceder las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas consultadas; y,

7. Garantizar, durante el proceso de ejecución del proyecto consultado, la priorización de incorporación de mano de obra local en la ejecución de los proyectos acordados y consensuados.

Antes de la convocatoria de los procesos de Consulta previa libre e informada, el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables designará un funcionario, quien en calidad de Supervisor del Proceso, tendrá la responsabilidad de registrar el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden a las partes en el procedimiento previsto; así mismo la Secretaría de Hidrocarburos designará a un facilitador Socio-ambiental calificado en el Ministerio del Ambiente, que tendrá la responsabilidad de ofrecer información detallada sobre los beneficios sociales del proyecto, así como las medidas de mitigación y compensación social que se gestionarán por medio del mismo.

La consulta previa libre e informada será convocada por la Secretaría de Hidrocarburos para tal efecto la convocatoria incluirá un extracto que resuma las características de la actividad, así como el lugar, fecha, hora y metodología a seguir en el mecanismo de participación, que será publicado en forma simultánea a través de los diarios de mayor circulación a nivel local, publicación a través de la página web oficial de la Secretaría de Hidrocarburos y Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, pauta de cuñas, en la radio de mayor sintonía del área de influencia donde se realizará el proceso de consulta, publicación del extracto en las carteleras de los Gobiernos Seccionales Autónomos y dependencias Gubernamentales del área de influencia, envío de comunicaciones escritas o peritoneo o envío de mensajes por altoparlantes.

Los mecanismos de participación son similares a los requeridos en el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, que se analizó anteriormente, al igual que los requisitos como son difusión de información sobre las actividades a realizar, recepción de criterios y sistematización de la información.

Durante el proceso de consulta previa, la Secretaría de Hidrocarburos asignará los recursos suficientes para la instalación de una Oficina de Consulta con su personal técnico y equipo respectivo para llevar a cabo la difusión de la información y la recolección de criterios de las comunidades y de la ciudadanía inmersa en la consulta previa, ante la cual deberá poner a disposición al menos la siguiente información:

1. El objeto de la consulta;
2. La descripción general del proceso, en forma didáctica y apropiada;

3. La determinación de los límites geográficos de las áreas o bloques del proceso;
4. La determinación geográfica exacta del área de influencia directa de la licitación;
5. Una descripción completa y didáctica de la actividad hidrocarburífera que pueda desarrollarse una vez licitadas las áreas correspondientes;
6. Información sobre temas socio - ambientales:
7. Beneficios comunitarios provenientes de la actividad petrolera; y,
8. Debe proveerse información sobre los beneficios provenientes de programas y proyectos de desarrollo social a los cuales podrán acceder las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas consultadas.

La Ciudadanía podrá presentar en la Oficina de Consulta toda la información relativa a sus comentarios, opiniones, recomendaciones y requerimientos de intervención territorial respecto a los planes y programas. Esta información será sistematizada por la oficina de consulta y será parte fundamental del informe del facilitador socio-ambiental asignado para el proceso.

Los criterios vertidos de la consulta previa, de ser técnicos, económicamente viables y legalmente procedentes, serán considerados en la toma de decisiones de los planes y programas e incorporados en los instrumentos correspondientes; la identificación de necesidades de intervención por parte del Estado a favor de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas consultadas se alinearán a los objetivos, políticas y metas del Plan Nacional del Buen Vivir: a la Agenda Sectorial de Desarrollo Social: y, a los planes de desarrollo local.

El Art. 21 de este Reglamento dispone: “Si por razones motivadas no sea posible cumplir con una de las actividades contenida en este reglamento, este hecho no suspende el proceso de consulta. Sin embargo, la autoridad competente tendrá la obligación de cumplir con la totalidad de las disposiciones previstas previo a la consulta del proceso.”

Se puede concluir que conforme las disposiciones constitucionales, la consulta previa libre e informada debe ser obligatoria y oportuna, y deberá llevarse a cabo antes del inicio de los planes o programas de asignación de bloques o áreas en nuestro país, y para que se cumpla el proceso de consulta debe existir una cooperación entre instituciones gubernamentales en conjunto con la ciudadanía.

El numeral 17 del Art. 57 de la Constitución de la República, dispone 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 internacionales, el derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.”

Esta consulta prelegislativa tiene como finalidad, la realización de un proceso de participación ciudadana que permita a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano, al pueblo montubio y a las organizaciones de los titulares de derechos colectivos, ser consultados para pronunciarse sobre temas específicos incluidos en los proyectos de ley a ser expedidos por la Asamblea Nacional, que podrían afectar de manera directa sus derechos colectivos contemplados en la Constitución de la República.

De acuerdo al Art. 3 del Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, esta consulta se regirá por los siguientes principios:

a) Oportunidad.- La consulta se realizará antes de la expedición de cualquier Ley que pudiese afectar los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, del pueblo afroecuatoriano y pueblo montubio.

b) Plazo razonable.- La consulta se realizará respetando el tiempo necesario para el desarrollo de las fases de la consulta prelegislativa; y, especialmente, de las deliberaciones internas de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio y organizaciones de los titulares de derechos colectivos.

c) Buena fe.- Durante el proceso de consulta, la Asamblea Nacional y las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio y organizaciones de los titulares de derechos colectivos, vinculadas a los temas sustantivos a ser consultados, actuarán con honradez, probidad, transparencia, diligencia, responsabilidad, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.

d) Interculturalidad y plurinacionalidad.- La consulta se desarrollará dentro del marco de los principios de interculturalidad, plurinacionalidad y acción afirmativa.

e) Información veraz y suficiente.- La Asamblea Nacional proporcionará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio y organizaciones de los titulares de derechos colectivos, vinculadas a los temas sustantivos

a ser consultados, toda la información objetiva, oportuna, sistemática y veraz relativa a la consulta, por cualquier medio, forma y en los idiomas de relación intercultural.

f) Autonomía.- La participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio y organizaciones de los titulares de derechos colectivos, vinculadas a los temas sustantivos a ser consultados, deberá ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno, respetando su autonomía.

A mi criterio lo dispuesto en el Art. 57 de la Constitución de la República, en el que se reconoce a las comunidades el derecho a la consulta prelegislativa, prevalece sobre el Art. 407 de la Constitución de la República, porque de acuerdo al sustento neoconstitucionalista de nuestra norma superior, se debe respetar el “principio pro homine” que beneficia a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, porque en caso de dudas, debe aplicarse el inciso 2° del Art. 426 y el Art. 427 del referido cuerpo normativo, por las razones siguientes:

**Art. 426.- [Aplicabilidad y cumplimiento inmediato de la Constitución].-** Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directa e inmediatamente 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. (Inciso 2°)

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

Las normas anteriores, establecen en forma categórica el “principio pro homine”, respecto del cual el jurista brasileño y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su obra “El derecho internacional de derechos humanos en el siglo XXI” expresa:

“Las normas jurídicas del derecho de los derechos humanos deben ser interpretadas y aplicadas teniendo siempre presentes las necesidades apremiantes de protección de las víctimas, y reclamando de ese modo, la humanización de los postulados del Derecho Público clásico”. (CANCADO, 2001, pág. 48)

De acuerdo a lo expuesto por el Dr. Antonio Cançado Trindade, el principio pro homine está claramente contemplado en la parte final del Art. 426 de la Constitución de la República del Ecuador cuando expresa que “Se aplicarán directa e inmediatamente las normas 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”.

En consecuencia, es unánime la doctrina del principio pro homine de aplicar la norma más favorable, incluso por sobre la Constitución, cuando estos principios sean más beneficiosos para la persona humana, conforme dispone la parte final del Art. 426 de la Constitución de la República.

De acuerdo a lo anterior, la omisión de la consulta prelegislativa a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, viola expresamente el numeral 17 del Art. 57 de la Constitución de la República, disposición que debe siempre, en virtud de la parte final del Art. 426 ibídem, debe aplicarse por sobre cualquier norma o decisión de la autoridad que restrinja los derechos humanos.

### **3.5. Consulta previa positiva**

Velándose siempre por la voluntad soberana de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en lo que tiene relación con las actividades extractivas de recursos no renovables en las tierras ancestrales que pertenezcan a este segmento de la población.

### **3.6. Consulta previa negativa**

Digna de destacar es la norma contemplada en los incisos 2° y 3° del Art. 398 de la Constitución de la República, en la cual se dispone, en términos directos, hacer caso omiso

de la opinión mayoritaria de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, cuando establece, en contravención a los principios pro homine y pro naturaleza constitucionalmente consagrados:

“El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de los derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley” (Art. 398 incisos 2 y 3)

Si se atiende al inciso 2° del Art. 1 de la Constitución de la República no existe una instancia superior a la soberanía popular, la cual es el fundamento de la autoridad, la cual se ejerce a través de los órganos del poder público, razón por la cual no hay ninguna instancia que sea superior a la soberanía del pueblo.

### **3.7. Efectos de la consulta previa negativa**

Como se señaló en el punto anterior, la Constitución de la República en los incisos 2° y 3° del Art. 398 ignora la decisión de la comunidad, facultando a una entidad administrativa superior, que sería superior a la soberanía popular, lo que es un imposible jurídico, a continuar el proyecto mediante resolución motivada, disposición que es contradictoria con los principios pro homine y pro naturaleza a los que se hizo anteriormente referencia.

### **3.8. La evaluación de impacto ambiental frente a una obra pública con efectos ambientales**

En términos generales la evaluación de impacto ambiental puede ser definida como una serie de procedimientos legales, institucionales y técnico científicos, con el objetivo de caracterizar e identificar los impactos potenciales en la instalación futura de un emprendimiento, o sea, de prever la magnitud y la importancia de estos impactos.

El Capítulo II del Título III de la Ley de Gestión Ambiental que se refiere a la “Evaluación de Impacto Ambiental y del Control Ambiental”, establece una serie de normas relacionadas con la evaluación de impacto ambiental, especialmente en su Art. 19, que dispone:

**Art. 19.-** 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.

El principio precautelatorio ambiental, de acuerdo a lo expuesto por el jurista argentino Dr. Marco Aurelio Real significa:

“...la obligación de suspender o cancelar actividades que amenacen el medio ambiente pese a que no existan pruebas científicas suficientes que vinculen tales actividades con el deterioro de aquél [...] El principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo lo define así : «Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente» [...] Artículo 3 ° Inc. 3 del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático: «Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible»”. (REAL, 2009, págs. 1 y 2)

La evaluación de impacto ambiental, de conformidad al Art. 23 de la Ley de Gestión Ambiental, comprende:

- 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, olo-res, 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.

### **3.9. Efectos de la evaluación de impacto ambiental negativo**

De conformidad al “Glosario Ambiental” de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la República Argentina, el impacto ambiental negativo es:

"Es el impacto ambiental cuyo efecto se traduce en pérdida de valor naturalístico, estético-cultural, paisajístico, de productividad ecológica o en aumento de los perjuicios derivados de la contaminación, de la erosión o colmatación y demás riesgos ambientales en discordancia con la estructura ecológico-geográfica, el carácter y la personalidad de una zona determinada". (SECRETARIA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE DE ARGENTINA, [http://www2.medioambiente.gov.ar/bases/glosario\\_ambiental/](http://www2.medioambiente.gov.ar/bases/glosario_ambiental/))

En términos simples, la evaluación de impacto ambiental negativo, implica que el proyecto o la actividad generará efectos que causarán un grave daño al medio ambiente y, por tales motivos, la entidad a cargo la rechaza.

El impacto ambiental es cualquier alteración de las propiedades físicas, químicas y biológicas del medio ambiente, causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas que directa o indirectamente, afecta la salud, la seguridad y el bienestar de la población; las actividades sociales y económicas; las condiciones estéticas y sanitarias del medio ambiente y la calidad de los recursos ambientales.

### **3.10. Efectos de la evaluación de impacto ambiental positivo**

En el “Glosario Ambiental” de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la República Argentina, el impacto ambiental positivo se define como:

"Es el impacto ambiental admitido como positivo tanto por la comunidad técnica y científica como por la población en general, en el contexto de un análisis completo de los costos y beneficios genéricos y de los aspectos externos de la actuación

contemplada" (SECRETARIA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE DE ARGENTINA, [http://www2.medioambiente.gov.ar/bases/glosario\\_ambiental/](http://www2.medioambiente.gov.ar/bases/glosario_ambiental/))

En términos simples, y aplicando el argumento a contrario sensu, la evaluación de impacto ambiental positivo, implica que el proyecto o la actividad generará efectos que beneficiarán al medio ambiente y, por tales motivos, la entidad a cargo la acepta.

### **3.11. Sistema Unico de Manejo Ambiental (SUMA)**

En el libro VI del texto Unificado de Legislación Secundaria del Medio Ambiente, se norma el Sistema Unico de Manejo Ambiental (SUMA), el mismo que determina a nivel nacional los mecanismos técnicos, institucionales y reglamentarios, para la prevención, control y seguimiento de la contaminación ambiental de los proyectos, obras o actividades públicas, privadas o mixtas que se desarrollan en el país; el mismo que se encuentra señalado en el artículo 19 de la Ley de Gestión Ambiental, cuyo principio rector es el precautelatorio, y además se incluye la protección y conservación del ambiente, desarrollo y aprovechamiento sustentable de los recursos, sostenibilidad ambiental, restauración, coordinación interinstitucional, participación social, responsabilidad objetiva, el que contamina paga.

El libro VI en el artículo 3 Obligaciones Generales.- dispone que "toda acción relacionada a la gestión ambiental deberá planificarse y ejecutarse sobre la base de los principios de sustentabilidad, equidad, consentimiento informado previo, representatividad validada, coordinación, precaución, prevención, mitigación y remediación de impactos negativos, solidaridad, corresponsabilidad, cooperación, reciclaje y reutilización de desechos, conservación de recursos en general, minimización de desechos, uso de tecnologías más limpias, tecnologías alternativas ambientalmente responsables y respeto a las culturas y prácticas tradicionales y posesiones ancestrales". Es decir que toda obra o actividad, que pueda causar impacto ambiental, deberá someterse al Sistema Unico de Manejo Ambiental.

El Ministerio del Ambiente, como Autoridad Ambiental Nacional (AAN), es el competente para gestionar todos los procesos relacionados con la prevención, control y seguimiento de la contaminación ambiental, de todos los proyectos obras o actividades a desarrollarse en el país; ésta facultad puede ser delegada a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y/o municipales, u organismo sectorial, como Autoridades Ambientales de Aplicación Responsable (AAAr).

El Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental (SNDGA): Es el sistema que permite enlazar a las instituciones del Estado con competencia ambiental, mediante las directrices establecidas por el Ministerio del Ambiente, además según lo dispone el artículo 5 de la Ley de Gestión Ambiental, constituye el mecanismo de coordinación transectorial, interacción y cooperación entre los distintos ámbitos, sistemas y subsistemas de manejo ambiental y de gestión de recursos naturales.

Es importante explicar que el Sistema Unico de Información Ambiental (SUIA), consiste en una herramienta informática del SUMA, en el cual deben registrarse todos los proyectos, obras o actividades, que generen impactos y riesgos ambientales; además permite llevar los procesos de regularización ambiental de los proyectos, obras o actividades que se desarrollan en el país, de una manera sistematizada, transparente, ágil, uniforme y ordenada.

En el sistema Unico de Información Ambiental (SUIA) se encuentra el catálogo de categorización ambiental nacional, que es un listado de los diferentes proyectos, obras o actividades existentes en el país, divididos en cuatro categorías, cómo resultado de un proceso de depuración, selección, estudio, y estratificación de éstos, en función del impacto y riesgo ambiental generados al ambiente, de la siguiente manera:

- |                               |               |
|-------------------------------|---------------|
| - Impactos no significativos; | Categoría I   |
| - Impactos Bajos;             | Categoría II  |
| - Impactos Medios; y,         | Categoría III |
| - Impactos Altos.             | Categoría IV  |

Según el libro VI del TULAS se deben realizar estudios ambientales, mismos que sirven para garantizar una adecuada y fundada predicción, identificación e interpretación de los impactos ambientales de los proyectos, obras o actividades existentes y a desarrollarse en el país, estos estudios ambientales se realizarán bajo responsabilidad del promotor del proyecto, obra o actividad, conforme a los procedimientos determinados en los manuales de categorización ambiental nacional, las normas que dicte la autoridad ambiental nacional, y las regulaciones específicas dictadas por la autoridad ambiental competente de la circunscripción en la que se vaya a ubicar el proyecto, obra o actividad.

Los estudios ambientales de las categorías III y IV, deberán ser realizados por consultores calificados por la autoridad ambiental nacional, que respondan técnicamente por el alcance y la profundidad de éstos.

Los estudios ambientales deberán cubrir todas las fases del ciclo de vida de un proyecto, obra o actividad; los técnicos de la autoridad ambiental competente, son los responsables de la revisión de los estudios ambientales, que consiste en la revisión cualitativa por parte de los documentos presentados por el proponente, la participación ciudadana; y, sobre el borrador final del estudio ambiental, a fin de preparar las bases técnicas para la correspondiente regularización ambiental.

La revisión de los estudios ambientales se efectuará a través de un equipo multidisciplinario que pueda responder técnica, social y ambientalmente a través de sus perfiles profesionales o experiencia a las exigencias múltiples que representan los estudios ambientales y aplicando los manuales previstos para la categorización ambiental nacional, y las herramientas determinadas por la autoridad ambiental competente, para garantizar la objetividad y la uniformidad de la revisión. La revisión del estudio se sustentará en el correspondiente informe técnico.

Durante la etapa de observaciones de los estudios ambientales, previo al pronunciamiento favorable, la autoridad ambiental competente podrá solicitar:

1. Modificación del proyecto, obra o actividad propuesto, incluyendo las correspondientes alternativas;
2. Incorporación de alternativas no previstas inicialmente en el estudio ambiental, siempre y cuando éstas no cambien sustancialmente la naturaleza y/o el dimensionamiento del proyecto, obra o actividad;
3. Realización de correcciones a la información presentada en el estudio ambiental;
4. Realización de análisis complementarios o nuevos; o,
5. Explicación por qué no se requieren modificaciones en el estudio, a pesar de comentarios u observaciones específicas.

Si el estudio ambiental presentado satisface las exigencias y cumple con los requerimientos previstos en la normativa ambiental aplicable, y las normas técnicas previstos para cada categoría, la Autoridad Ambiental de Aplicación responsable (AAAr), que es el gobierno autónomo descentralizado, provincial y/o municipal, u organismo sectorial cuyo sub-sistema de manejo ambiental ha sido acreditado ante el Sistema Unico de Manejo Ambiental, emitirá mediante oficio un pronunciamiento favorable, que es la base para la emisión de la licencia ambiental.

La Autoridad Ambiental de Aplicación responsable notificará a los promotores de los proyectos, obras o actividades con la emisión de la Licencia Ambiental, en la que se

detallará con claridad las condiciones a las que se someterá el proyecto, obra o actividad, durante todas las fases del mismo, las facultades legales y reglamentarias para la operación del proyecto, obra o actividad.

Las licencias ambientales son autorizaciones administrativas otorgadas por la autoridad ambiental competente que acreditan que se ha cumplido en forma adecuada con el proceso de regularización de un proyecto, obra o actividad, y por tal motivo el promotor está facultado legal y reglamentariamente para la ejecución de su actividad, pero sujeta en todo momento y durante todas las fases del ciclo de vida de la misma al cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, las condiciones aprobadas en el estudio ambiental, y las que disponga la autoridad ambiental competente.

Las licencias ambientales deben contener los siguientes requisitos:

- Título (tipo de licencia ambiental).
- Indicación de la autoridad ambiental que emite la licencia.
- Aspectos preliminares (facultades legales y jurídicas).
- Nombre del proyecto, obra o actividad regularizada.
- Indicación de que la actividad ha sido regularizada y número de registro.
- Las características generales del proyecto.
- Obligaciones ambientales adquiridas para licencias ambientales III y IV.
- Lugar y fecha de emisión.
- Firma de la autoridad ambiental que otorga la licencia.

Sobre la participación ciudadana en la gestión ambiental el libro VI del texto Unificado de Legislación Secundaria del Medio Ambiente nos indica que, “tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios y las observaciones de la ciudadanía, especialmente la población directamente afectada por un proyecto, obra o actividad, sobre las variables ambientales relevantes de los estudios ambientales 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 las condiciones ambientales para la realización del proyecto, obra o actividad en todas sus fases”.

Esta participación ciudadana se rige por los principios de legitimidad y representatividad y se define como un esfuerzo tripartito entre: las instituciones del Estado; la ciudadanía; y, el promotor interesado en realizar una actividad o proyecto.

Por lo tanto, los procesos de información pública, recolección de criterios y observaciones deberán dirigirse prioritariamente a:

1. La población en el área de influencia del proyecto, obra o actividad;
2. Los organismos seccionales que representan la población;
3. Las organizaciones de diferente índole que representan a la población o parte de ella en el área de influencia del proyecto, obra o actividad; sin perjuicio de que estos procesos estén abiertos a otros grupos y organizaciones de la sociedad civil interesados en la gestión ambiental.

Los mecanismos para la realización de los procesos de participación ciudadana, información pública, recolección de criterios y observaciones procurarán un alto nivel de posibilidades de participación, por lo tanto pueden realizarse:

- Reuniones informativas, en las cuales el promotor informará sobre las principales características del proyecto, sus impactos ambientales previsibles y las respectivas medidas de mitigación a fin de aclarar preguntas y dudas sobre el proyecto y recibir observaciones y criterios de la comunidad.
- Talleres participativos, que son foros que permitan al promotor identificar las percepciones y planes de desarrollo local para insertar su propuesta de medidas mitigadoras y/o compensadoras de su Plan de Manejo Ambiental en la realidad institucional y de desarrollo del entorno de la actividad o el proyecto propuesto.

De igual forma el Estudio de Impacto y Plan de Manejo Ambiental, así como documentación didáctica y visualizada serán puestos a disposición del público en una localidad de fácil acceso, contando con personal familiarizado con el proyecto u obra a fin de poder dar las explicaciones del caso; así como durante la audiencia pública se presentará de manera didáctica el proyecto, el estudio de impacto y el plan de manejo ambiental para luego receptor observaciones y criterios de la comunidad.

El estudio de impacto y plan de manejo ambiental podrán ser publicados también en una página web, que garantice el acceso de la ciudadanía.

Se puede realizar también foros públicos o mesas de diálogo, siempre y cuando su metodología y alcance estén claramente identificados y descritos en el estudio ambiental.

Para complementar los mecanismos para la realización de los procesos de participación ciudadana, debe haber mecanismos para la recolección de criterios y observaciones que pueden ser:

- a) Actas de reuniones informativas y audiencia pública, notariadas si se considera necesario;
- b) Memorias de talleres participativos;
- c) Formularios a depositarse en buzones en talleres participativos, centros de información pública y audiencia pública;
- d) Correo tradicional (carta, fax, etc.);
- e) Correo electrónico

Al hablar sobre la evaluación de impactos ambientales, se la define como una herramienta que permite predecir, describir, evaluar e identificar los potenciales impactos ambientales que un proyecto, obra o actividad pueda ocasionar al ambiente; y con este análisis determinar las medidas más efectivas para prevenir, controlar, mitigar y compensar los impactos ambientales negativos, en el marco de la normativa ambiental aplicable.

Para la evaluación de impactos ambientales se observan las variables ambientales relevantes de los medios que son:

- a) físico (agua, aire, suelo y clima);
- b) biótico (flora, fauna y sus hábitat);
- c) socio-cultural (arqueología, organización socioeconómica, entre otros); y,
- d) salud pública.

La evaluación de impacto ambiental debe tomar en consideración los diversos factores y el efecto temporal en las fases de implantación y operatividad, evaluación que comprenderá los impactos positivos y negativos del emprendimiento determinándose una proyección de los impactos inmediatos a medio y largo plazo, temporales, permanentes y cíclicos, reversibles o no, etc. Este estudio identificará con anterioridad a las obras, un pronóstico fiel de las condiciones emergentes

Es muy importante también el Seguimiento Ambiental de un proyecto, obra o actividad, que tiene por objeto asegurar que las variables ambientales relevantes y el cumplimiento de los planes de manejo ambiental, se lleven en la forma en que fueron aprobados, y evolucionen según lo establecido en la documentación que forma parte de dicho estudio ambiental.

Se dispone también que, en el caso de existir inconformidades menores u observaciones identificadas en del plan de manejo ambiental y/o de la normativa ambiental vigente, comprobadas mediante las actividades de control, seguimiento y/o auditorías ambientales, la autoridad ambiental competente suspenderá mediante resolución motivada, la licencia ambiental, hasta que los hechos que causaron la suspensión sean subsanados.

La suspensión de la licencia ambiental interrumpirá la ejecución del proyecto, obra o actividad, bajo responsabilidad del propio promotor o ejecutor, durante el mismo tiempo.

Se puede revocar las licencias ambientales, en los casos de inconformidades mayores, como son:

- a) incumplimiento grave del plan de manejo ambiental y/o de la normativa ambiental aplicable, que a criterio de la autoridad ambiental competente no es subsanable;
- b) incumplimientos y no conformidades del plan de manejo ambiental y/o de la normativa ambiental que han sido observados en más que dos ocasiones por la autoridad ambiental competente y no han sido ni mitigados ni subsanados por el promotor del proyecto, obra o actividad; o,
- c) daño ambiental flagrante.

Una vez que hayan sido comprobadas mediante las actividades de control, seguimiento y/o auditorías ambientales, la autoridad ambiental competente podrá revocar, mediante resolución motivada, la licencia ambiental.

La revocatoria de la licencia ambiental implicará que el promotor no podrá realizar actividad alguna hasta que los incumplimientos sean remediados y las indemnizaciones pagadas por los daños causados. La actividad o proyecto cuya licencia ambiental ha sido revocado podrá reanudarse siempre y cuando:

- a) el promotor que haya sometido el proyecto, obra o actividad a un nuevo proceso de regularización ambiental;
- b) demuestre en el respectivo estudio ambiental que ha remediado y subsanado todas y cada una de las causales que produjeron la revocatoria de la licencia ambiental y ha establecido en su plan de manejo ambiental las correspondientes medidas de mitigación para evitar que los incumplimientos se produzcan nuevamente; y,
- c) obtenga una nueva licencia ambiental en base del respectivo estudio ambiental.

Se respeta el derecho de impugnar a los promotores que se sintieren afectados, en sede administrativa, podrán presentar su respectiva impugnación contra los actos administrativos expedidos por la respectiva autoridad ambiental de aplicación.

El procedimiento impugnatorio en sede administrativa de los actos administrativos emanados por la respectiva autoridad ambiental de aplicación se regirá por lo dispuesto en la normativa aplicable propia que regenta a cada una de las entidades y órganos con competencia ambiental, propia o delegada.

Se debe aclarar que de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, la impugnación en sede administrativa por parte de los promotores contra cualquier acto administrativo no será una condición previa para que puedan ejercer su derecho de recurrir directamente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

**CAPITULO IV**  
**MARCO PROPOSITIVO**

#### **4.1 Propuesta de modificación Constitucional**

Algunos mandatos constitucionales facultan al Presidente de la República y a las instancias administrativas superiores, para que decidan si debe realizarse una actividad, obra pública o proyecto que cause impactos ambientales, lo cual va en contra de los derechos de los sujetos, comunidades y de la naturaleza mismo, que pueden ser afectados, porque a pesar de realizarse la consulta previa si la mayoría de la comunidad, pueblo o nacionalidad se opone, la Constitución deja abierta la posibilidad para que estas autoridades puedan decidir por resolución o petición debidamente fundamentada, por lo que estaría vulnerando el derecho al que tienen las comunidades de vivir en un ambiente sano y de conservar la naturaleza.

Es aún más preocupante que se le faculte a la Presidencia de la República, para que en casos excepcionales con una petición fundamentada y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, pueda explotar los recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal y solamente de estimarlo “conveniente” se podrá convocar a consulta popular. Por lo que se estarían transgrediendo los derechos de la Pachamama, e incumpliendo con un principio fundamental que es base de esta Carta Magna como es el Sumak Kawsay o Buen Vivir.

Por todo lo expuesto anteriormente propongo una reforma constitucional para hacer prevalecer los derechos de las comunidades y el medio ambiente, y conservar las áreas que como su nombre lo dice son intocables o intangibles.

#### **CONSIDERANDO**

1. Que de conformidad a lo dispuesto en el numeral 1 del Art. 3 de la Constitución de la República es deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular de la salud de la personas;
2. Que el numeral 5 del Art. 3 de la Constitución de la República dispone que es deber primordial del Estado, promover el desarrollo sustentable, entendiéndose por éste, de conformidad al numeral 1° del Art. 391, 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;

3. Que de conformidad al Art. 426 de la Constitución de la República las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos deben aplicar directamente las normas previstas en los instrumentos internacionales siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente;
4. Que según establece el numeral 4° del Art, 395 de la Constitución de la República en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza;

En ejercicio de las facultades constitucionales de las que se halla investida por disposición del Art. 120 numeral 5 y Art. 442 de la Constitución de la República; expide la siguiente:

### **Reforma a la Constitución de la República**

**Art. 1.-** Modifíquese el numeral 7 del Art. 57 de la Constitución de la República reemplazándose su texto por el siguiente:

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. El incumplimiento de este proceso de consulta *tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos.*

**Art. 2.-** Modifíquese el inciso 3° del Art. 398 de la Constitución de la República, reemplazando su texto por el siguiente:

Si del referido proceso de consulta no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, *el proyecto de obra o actividad se tornará inejecutable y será causal de nulidad de los contratos respectivos.*

**Art. 3.-** Modifíquese el Art. 407 de la Constitución de la República reemplazándose su texto por el siguiente:

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

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador, a los ..... días del mes de ..... del año .....

## **CONCLUSIONES**

Ecuador tiene una posición privilegiada en materia ambiental debido a sus condiciones geográficas, al punto que es considerado como un país de mega diversidad, ya que contiene el cuarenta por ciento de la biodiversidad mundial aproximadamente. Pese a su diversidad, Ecuador es uno de los países menos conocido desde el punto de vista científico, es el menos estudiado de Latinoamérica a nivel florístico. Lo anterior sumado a la ineficiencia de la Legislación Ambiental, a la falta de voluntad política para aplicarla y a la ausencia de conciencia ambiental de los ecuatorianos, ha significado la pérdida de gran parte de este patrimonio. Desde este punto de vista la solución a los problemas ambientales, es una mejor oferta de la obra pública con mayor atención a los efectos que ésta pueda tener en el medio ambiente.

Los ecuatorianos carecemos en general de conciencia ecológica; por el hecho de sentirnos un país privilegiado consideramos que los recursos son inagotables y por ende asumimos conductas abiertamente contrarias a la más elemental lógica. Nuestro país carece de políticas nacionales para el conocimiento de su diversidad de sus recursos naturales, para su conservación y adecuado manejo. Esta falta de políticas ha llevado a que las áreas consideradas de mayor riqueza y diversidad biológica como la región amazónica, las playas y los valles interandinos sean los más degradados ambientalmente por formas inadecuadas de desarrollo y explotación.

El derecho a gozar de un ambiente sano es el derecho colectivo por excelencia, y como tal ha sido reconocido por la Constitución Ecuatoriana, específicamente en el artículo 14, en el cual reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y sobre todo el buen vivir, *sumak kawsay*.

La preservación del medio ambiente, entendida como el uso de los recursos naturales de forma sustentable sólo es posible mediante una planificación del uso de las tierras y de los recursos naturales disponibles. Esta medida puede ser implementada a nivel nacional, regional y seccional, tomando en consideración las peculiaridades ecológicas, económicas y sociales de cada lugar donde se va a efectuar, adquiriendo el carácter de un instrumento de planificación estratégica ambiental.

Es 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

En nuestro país no se cuenta con Fiscales Ambientales o defensores del ambiente, exigiéndose en las acciones ambientales un interés directo, razón por la cual cuando se está frente a intereses difusos existen dificultades para interponer una acción tendiente a proteger al ambiente, generándose, igualmente, dificultades para que la Pachamama, como sujeto de derechos se auto proteja jurídicamente de los atentados y daños en su contra.

La obra pública es aquella que desarrolla el Estado y que tiene un fin social, pero al realizar ésta obra pública se debe proteger el medio ambiente que es una garantía constitucional, ya que el Estado está obligado a preservar el medio ambiente, problema que a todos nos afecta como colectividad y cualquier ciudadano tiene el Derecho de demandar la reparación del daño al Estado, cuando se le afecte su medio ambiente, porque al afectarlo está afectando contra su salud y contra el desarrollo de un ambiente sano, al cual tiene derecho por ser parte del entorno.

El impacto ambiental es la alteración de las propiedades físicas, químicas y biológicas del medio ambiente, causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas que directa o indirectamente, afecta la salud, la seguridad y el bienestar de la población; las actividades sociales y económicas; las condiciones estéticas y sanitarias del medio ambiente y la calidad de los recursos ambientales.

El principio rector del Sistema Unico de Manejo Ambiental (SUMA), es el precautelatorio, además tiene como finalidad determinar los mecanismos técnicos, institucionales y reglamentarios, para la prevención, control y seguimiento de la contaminación ambiental de los proyectos, obras o actividades públicas, privadas o mixtas que se desarrollan en el Ecuador.

Con el Sistema Unico de Información Ambiental, se garantiza y facilita los procesos de regularización ambiental de los proyectos, obras o actividades que se desarrollan en el país, de una manera sistematizada, transparente, ágil, uniforme y ordenada; obteniéndose así, de este sistema información rápida, oportuna y veraz.

La Constitución de la República, conforme se dispone en el Art. 398, pese a establecer la consulta a las comunidades afectadas por el ambiente, ha dispuesto que el pronunciamiento del pueblo no es vinculante, pudiéndose ejecutar el proyecto mediante **“una resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior”**.

## **RECOMENDACIONES**

Es imperativo concientizar a las nuevas generaciones sobre el cuidado del medioambiente, naturaleza o “Pachamama” dado que vivimos y nos desarrollamos en ella como personas. Por lo tanto, es importante pensar y poner en práctica proyectos ambientales en las unidades educativas. Proyectos que deben consensuar entre los intereses del Estado y la comunidad, con la protección del medio ambiental, con el fin de realmente vivir en un ambiente sano.

No solo los promotores de las obras públicas deben tener conciencia de cuidar el medio ambiente, sino las industrias y fábricas que realizan actividades que pueden ser contaminantes al procesar sus productos, las cuales también deben cumplir con lo que la normativa Constitucional y legal en materia ambiental dispone.

Las autoridades a más de basarse en los informes técnicos de los estudios ambientales, tiene la gran responsabilidad de analizar si la obra que vaya a realizarse realmente es beneficiosa para la comunidad, para que justifique la afectación de una u otra manera el medio ambiente, antes de emitir una resolución favorable, y conceder la licencia ambiental necesaria para continuar con los proyectos; porque nunca se debe poner como prioridad el beneficio económico de una obra, sobre el impacto negativo que esta pueda causar sobre el medio ambiente.

La Participación Ciudadana está más que garantizada en las disposiciones Constitucionales, legales y reglamentarias en lo que a materia ambiental se refiere, por tanto la ciudadanía al tener un espacio tan importante, en la toma de decisiones para el inicio de una obra pública, debe empoderarse y hacer respetar su participación, siempre defendiendo como primacía la conservación del medio ambiente.

Las autoridades ambientales competentes, que son la responsables de llevar los procesos de prevención, control y seguimiento de la contaminación ambiental, de las obras públicas, deben actuar con honestidad, transparencia y eficiencia al momento de realizar los controles y seguimientos de los planes de manejo ambiental, para que en caso de verificarse afectaciones al medio ambiente, emitan los informes respectivos para la suspensión o revocatoria de la licencia ambiental, y si es el caso que se aplique con el rigor de la ley las sanciones correspondientes.

Realizar una evaluación de impacto ambiental de una obra pública, con la comunidad involucrada, ayuda a obtener información, por lo tanto los criterios e indicadores que se obtengan sean cualitativos o cuantitativos, deberán ser puestos en consenso con la comunidad, mediante los mecanismos para la recolección de criterios y observaciones que permitan dar las bases para una toma de decisiones.

A través de las obras públicas debe buscarse el cumplimiento de los fines estatales, la continua, real y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, buscando el bienestar de la comunidad, para que no existan inconvenientes en cuanto a la conservación del medio ambiente.

En el Art. 406 de la Constitución de la República debe eliminarse la facultad extraordinaria del Presidente de la República de ordenar la extracción de recursos no renovables en áreas protegidas e intangibles, porque atenta contra los principios pro homine y pro naturaleza, consagrados en el numeral 4° del Art. 393 y el Art. 427 de la Constitución de la República, los cuales prevalecen sobre el Art. 406 ibídem.

El pronunciamiento negativo en la consulta ambiental efectuada de conformidad a la Constitución de la República, debe tener fuerza vinculante, ya que no existe autoridad superior a la soberanía popular de acuerdo al inciso 2° del Art. 1 de la Carta Magna.

## BIBLIOGRAFÍA

1. **ANGULO, R.** (2010). *Economías extractivas y desarrollo sostenible: análisis y reflexiones de sus relaciones, a partir de la explotación petrolera del Putumayo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Ciencias Ambientales.
2. **AVANCI, T.** (2009). *El sujeto de derecho fundamental al medio ambiente*. Revista Aerópago Jurídico N°7, Sao Paulo, Brasil.
3. **BERMUDEZ, J.** (2000). *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Chile.
4. **BORDALÍ, A.** (1998). *Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el Derecho chileno*. Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia, Chile, vol. 9 N° 1.
5. **CANCADO, A.** (2001). *El derecho internacional de derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
6. **CASTILLA, K.** (2009). El principio pro persona en la Administración de Justicia. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*.
7. **DE BESSA ANTUNES, P.** (2000). *Derecho Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
8. **DE MIGUEL, C.** (1994). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Civitas.
9. **DEL VILLAR, W.** (1983). *Teoría de la ley penal*. Valparaíso, Chile: Edeval.
10. **DIAS, F.** (2012). La relación existente entre el medio ambiente y los derechos humanos necesario con prohibición de retroceso. *Revista del Instituto de Derecho Brasileño*.
11. **DROMI, R.** (1996). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
12. **ECHEVERRÍA, J.** ( Diario El Comercio, Edición 15/09/2013, Cuaderno 1, pág. 13). *Revolución y Yasuní*.

13. **ESAIN, J.** (2006). *El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva*. Doctrina Judicial año XXI N° 18, Buenos Aires, Argentina.
14. **GORDILLO, A., LOPEZ, M., & TAMBUSSI, C.** (2005). *Derechos Humanos, Capítulo XIII El medio ambiente como derecho humano*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
15. **GUZMÁN, A.** (2001). *Los orígenes de la noción sujeto del derecho*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
16. **LEITE, F.** (2008). *La teoría de los derechos humanos*. Fortaleza, Brasil: VI Congreso Brasileño de Operadores y Estudiantes de Derecho.
17. **LEME, P.** (1982). *Derecho Ambiental Brasileño*. Sao Paulo, Brasil : Editora Revista dos Tribunais.
18. **LILLO, D.** (2008). *Fiscalización del cumplimiento de la normativa ambiental*. Santiago de Chile: Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA).
19. **LOPES, H.** (2010). *Licitaciones y contratos administrativos*. Sao Paulo: Malheiros.
20. **MORENO, R.** (2001). *Diccionario de Ciencias Penales*. Buenos Aires: Ad Hoc.
21. **NOGUEIRA, H.** (2010). *La Acción Constitucional de Protección en Chile y la Acción Constitucional de Amparo en México*. Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1.
22. **NOGUEIRA, H.** (2009). *Revista del Derecho Ambiental de la Fiscalía del Medio Ambiente*. Revista de Estudios constitucionales v.7 n.2 .
23. **PINTO, M.** (1997). *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos, La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
24. **SECRETARÍA DE RECURSOS NATURALES Y AMBIENTE HUMANO DE ARGENTINA.** (s.f.). *Glosario Ambiental* .

25. **SERRANO, W.** (1988). *Ecología y derecho*. Quito: FESO.
26. **SILGUERO, J.** (1995). *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a Través de la Legitimación de los Grupos*. Madrid: Dykinson.
27. **TRIBUNAL DE CUENTAS DE BRASIL.** (2013). *Obras Públicas. Recomendaciones Básicas para la Contratación y Fiscalización de Obras de Edificaciones Públicas*. Brasilia.

## **NORMAS NACIONALES**

1. Constitución Política de 1998
2. Constitución de la República
3. Código Penal
4. Instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa
5. Ley de Gestión Ambiental
6. Texto unificado legislación secundaria, medio ambiente, libro VI
7. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
8. Reglamento para la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques Hidrocarburíferos
9. Reglamento de aplicación de los mecanismos de participación social establecidos en la Ley de gestión ambiental.

## **LINKOGRAFÍA**

1. **AGENCIA EFE.** (01/102011). *Ecuador registra una de las tasas de deforestación más altas de Latinoamérica*. LA VANGUARDIA.COM, <http://www.lavanguardia.com/medioambiente/20111001/54223711157/ecuador-registra-una-de-las-tasas-de-deforestacion-mas-altas-delatinoamerica.html#ixzz2e4G S93QU>
2. **ECUARUNARI.** (2013). *Presentan acción de incumplimiento constitucional sobre ley minera*. Servicios de Comunicación Intercultural SERVINDI <http://servindi.org/actualidad/90270>.

3. **REAL, M.** (2009) *Principio Precautorio en el Ambientalismo*. Revista on line [http://www.albamontereal.com.ar/notas/principio\\_precautorio.html](http://www.albamontereal.com.ar/notas/principio_precautorio.html).
  
4. **SECRETARIA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE DE ARGENTINA.** *Glosario Ambiental*. [http://www2.medioambiente.gov.ar/bases/glosario\\_ambiental/](http://www2.medioambiente.gov.ar/bases/glosario_ambiental/). Buenos Aires