

Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador

1. Las reglas de juego

Guillaume Fontaine, editor

Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador

1. Las reglas de juego



© De la presente edición:
FLACSO, Sede Ecuador
Páez N19-26 y Patria,
Quito – Ecuador
Telf.: (593-2-) 2232030
Fax: (593-2) 2566139
www.flacso.org.ec

Petroecuador
Gerencia de Protección Ambiental
Juan Pablo Sanz e Ñaquito
Ed. Cámara de la Construcción
Quito
Tel: 24 68 753 o 24 69 665
email: gpa@petroecuador.com.ec
web: www.petroecuador.com.ec

ISBN:-9978-67-079-3
Coordinación editorial: Alicia Torres
Cuidado de la edición: Paulina Torres
Diseño de portada e interiores: Antonio Mena
Imprenta: RISPERGRAF
Quito, Ecuador, 2003
1ª. edición: septiembre, 2003

Índice

Presentación	9
Presentación Petroecuador	
Explotación petrolera: ¿Oportunidad para el desarrollo sostenible o una seria amenaza?	11
<i>Edmundo Guerra V.</i>	
Introducción	15
<i>Guillaume Fontaine</i>	
Capítulo I	
Cuestiones de método	
Las perspectivas de discusión de los temas socio-ambientales vinculados a la explotación petrolera en el Ecuador: posiciones encontradas o encuentro de posiciones	27
<i>Teodoro Bustamante</i>	
Indicadores de gestión e impactos de la actividad petrolera en la Región Amazónica Ecuatoriana	51
<i>Aída Arteaga M.</i>	
Aportes a una sociología del conflicto socio-ambiental	79
<i>Guillaume Fontaine</i>	

Capítulo II

Cuestiones normativas

El papel de la sociedad civil en la inclusión de los derechos colectivos en la Constitución ecuatoriana 105
Gina Chávez

Medio ambiente y administración de justicia 121
Xavier Sisa

Participación, consulta previa y participación petrolera 139
Jorge Albán

La participación ciudadana en el desarrollo energético sustentable en América Latina y el Caribe 153
Verónica Potes

Capítulo III

Cuestiones políticas

La descentralización de competencias ambientales: un problema de recursos y capacidades 163
Lautaro Ojeda Segovia

El petróleo: ¿una amenaza o una oportunidad para la conservación y el desarrollo sostenible en Ecuador? 181
Amanda Barrera de Jorgenson

La evolución del régimen de contratación con relación al manejo sostenible de las actividades hidrocarburíferas 187
Roberto Caballero Carrera

La experiencia ambiental hidrocarburífera en el Ecuador 197
René Ortiz Durán

Bibliografía 203

Capítulo II

Cuestiones normativas

Medio ambiente y administración de justicia

Xavier Sisa

Introducción

El Derecho entendido como el conjunto de normas, reflejo de la moralidad pública dentro de una colectividad, que regulan las relaciones entre las personas y entre éstas y el Estado para la composición y satisfacción de intereses no puede, si quiere conservar una de sus funciones definitorias, eludir enfrentarse con aquellos problemas que se encuentran particularmente enraizados en cada momento histórico, uno de los cuales es sin duda el del medio ambiente.

Si bien los orígenes y la reflexión sobre el tema ambiental se remontan a tiempos atrás, lo cierto es que el medio ambiente como problema de considerable magnitud no aparece sino hasta finales de los años sesenta, cuando tras una época de euforia económica comienza a sentirse, de modo cada vez más patente, que el peligro para el ecosistema puede ser también un peligro para el futuro de la humanidad: no sólo se producen molestias más o menos graves para la tranquilidad y salud de los ciudadanos, sino que se encuentra en riesgo la existencia misma de vida sobre el planeta. El medio ambiente es no sólo un problema social, moral y económico, sino también un problema político pues atañe a las relaciones de poder y compromete de manera especialmente urgente a los poderes públicos (Escobar Roca, 1995).

Como es obvio, un problema de esta envergadura no podía dejar de influir en la actuación de los órganos del Estado y, por tanto, en el ordena-

miento jurídico, a pesar de que en un primer momento todo va a estar fuertemente condicionado por la distorsión entre las declaraciones de intenciones y su aplicación práctica. Posiblemente, la primera iniciativa relevante sobre la materia sea la “Declaración de las Naciones Unidas sobre el medio humano” de junio de 1972 que siguió a la Conferencia de Estocolmo del mismo año, en el que también aparece el “Informe del Club de Roma” sobre los límites del crecimiento, entre cuyas conclusiones señalaba que de continuar con el mismo ritmo de crecimiento, podría producirse una catástrofe irreversible a mediados del siglo XXI.

Las declaraciones y recomendaciones de la ONU y de otras organizaciones internacionales no han cesado desde entonces pero, dadas las importantes peculiaridades jurídicas del derecho internacional público, el balance general no es especialmente satisfactorio, como se ha puesto recientemente de manifiesto en la Cumbre de la Haya para la ratificación del Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático, la cual ha demostrado el juego de intereses y la falta de conciencia ambiental internacional.

Por lo que al Derecho ecuatoriano se refiere, la legislación tampoco permite una valoración positiva. Si bien desde la década de los setenta ven la luz, a partir del Código de la Salud (1971) y de la Ley de Protección y Control de la Contaminación Ambiental (1976), diversas normas de rango legal y reglamentario, resalta la descoordinación administrativa y la concepción decimonónica del derecho de propiedad prevaleciente frente a una efectiva tutela de los bienes medioambientales, la cual exige una nueva concepción de aquel derecho.

Reconocimiento de los derechos sociales

Con el paso del Estado liberal al Estado social de derecho se produjo el fenómeno de la incorporación al texto fundamental de una serie de objetivos políticos de clara relevancia social, que se denominó la función programática de la Constitución. En este contexto se inserta la positivización de un importante catálogo no sólo de derechos sociales, sino también de alguno de los llamados derechos de la tercera generación.

Elías Díaz (1981) señala que “en el Estado social de derecho, el Estado se convierte en decididamente intervencionista con el objeto de poder aten-

der y llevar a la práctica las demandas sociales de mayor participación e igualdad real, por un lado y, el amplio pacto social con compromiso del Estado para adoptar políticas de bienestar, por otro”. De su parte Ferrajoli (1995) sostiene que “junto a los tradicionales derechos de libertad, las constituciones de este siglo han reconocido otros derechos fundamentales. A diferencia de los derechos de libertad, que son ‘derechos de’ (o facultades de comportamientos propios) a los que corresponden prohibiciones (o deberes públicos de no hacer), encontramos estos derechos que podemos llamar sociales o también materiales, que son ‘derechos a’ (o expectativas de comportamientos ajenos) a los que deberían corresponder obligaciones (o deberes públicos de hacer)”. La noción liberal de Estado de derecho es, en consecuencia, ampliada para incluir también la figura del Estado vinculado por obligaciones, además, por prohibiciones, lo que le caracterizará como Estado de derecho social.

No obstante, la inclusión de los derechos sociales y el cambio a prestaciones positivas del Estado “debe ser realizada prudentemente, pues cuando más se expanden en un ordenamiento los derechos y las garantías con la incorporación de deberes públicos, tanto mayor puede ser la divergencia entre normatividad y efectividad, entre validez y vigencia” (ibíd.). De aquí se sigue una latente y estructural ilegitimidad jurídica del Estado de derecho debido a la ambición de promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en sus niveles inferiores; ilegitimidad que puede alcanzar formas patológicas cuando las normas de nivel superior son del todo inefectivas.

La disposición constitucional de los derechos de los ciudadanos a prestaciones positivas por parte del Estado, sin embargo, no se ha visto acompañado por la incorporación de garantías positivas adecuadas, es decir, por técnicas de defensa y de protección jurisdiccional comparables a las previstas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad. Por ello, el progreso del Estado de derecho consistirá más en el desarrollo de las garantías capaces de hacerlas realidad, que en el crecimiento de las promesas, es decir, mediante la inclusión en la Constitución de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y la “incorporación limitativa” de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos para activar la tutela judicial.

Concepto de medio ambiente

La definición de un concepto de medio ambiente es cuestión compleja ya que coexisten tres grandes perspectivas metodológicas conceptuales (la científica, la jurídica y la jurídico constitucional) cuya precisa demarcación e interrelación no siempre resulta fácil.

- a) A la hora de perfilar el concepto científico de medio ambiente se hace necesario acudir a la biología, ciencia de la que nacerá posteriormente la ecología. El concepto científico es relacional pues lo importante no es la naturaleza en sí misma sino el papel de determinados elementos de aquella en el mantenimiento del equilibrio biológico. No interesa, por lo tanto, la consideración aislada de los recursos naturales, sino su pertenencia a un sistema. A su vez es un concepto sustancialmente abierto, ya que la importancia de cada uno de los elementos naturales en el proceso biológico es variable, variabilidad que está sobre todo en dependencia de la influencia del hombre sobre el entorno. También es un concepto claramente circunscrito al entorno físico o natural, por lo que cualquier aspecto de la actividad humana queda claramente fuera del mismo.

- b) A la ciencia del Derecho sólo le interesa el concepto científico en la medida en que resulte de utilidad para interpretar las normas jurídicas vigentes, es decir, no le preocupa la realidad del mundo físico sino en la medida en que es objeto de las normas jurídicas y, por tanto, mandato de comportamiento dirigido a las personas, únicos destinatarios de las normas. Desde esta perspectiva, la doctrina jurídica ha pretendido elaborar un concepto jurídico de medio ambiente. Ahora bien, la elaboración de este concepto parece tarea difícil ya que no puede elaborarse un concepto jurídico de medio ambiente válido para cualquier ordenamiento, con independencia de consideraciones de tiempo y lugar pues el tratamiento jurídico del fenómeno no es idéntico en todos los países. Además, un pretendido concepto jurídico general de medio ambiente debe estar subordinado, no exclusiva pero sí predominantemente, a la concepción jurídico-constitucional del mismo, ya que en la Constitución deben buscarse las normas que han de servir de base para la interpretación de las demás.

- c) La definición jurídico-constitucional de medio ambiente deberá partir inexcusablemente del texto de la norma y desde la idea de que cada norma cumple una función específica. Por tanto, puede haber, en principio, tantos conceptos de medio ambiente (complementarios y no contradictorios en atención al principio de unidad de la Constitución) como funciones cumplen las normas sobre la interpretación finalista del mismo. Desde esta perspectiva, las normas que regulan el medio ambiente cumplen básicamente dos tipos de funciones: por un lado, el reconocimiento de un derecho subjetivo de los individuos y la imposición de un mandato de actuación a los poderes públicos; y, por otro, la delimitación de una materia que sirve como criterio para la distribución de competencias entre los organismos administrativos.

El derecho al medio ambiente, en consecuencia, tiene tanto un contenido (mínimo) judicialmente exigible como un contenido (adicional) que, en principio, no es judicialmente exigible. El contenido mínimo conforma el derecho subjetivo y el contenido adicional conforma el carácter objetivo del medio ambiente; ambas facetas conforman el contenido del derecho constitucional al medio ambiente.

Recogiendo los conceptos anteriores, el derecho constitucional del medio ambiente puede, entonces, ser definido como el conjunto de normas material o formalmente constitucionales que se refieren a la protección de los elementos naturales indispensables para el mantenimiento del equilibrio ecológico y, por tanto, para asegurar una mínima calidad de vida a las generaciones presentes y futuras.

Naturaleza del derecho al medio ambiente

El derecho al medio ambiente expresa una solidaridad no sólo entre los contemporáneos sino también en relación con las generaciones futuras para evitar legarles un mundo deteriorado a causa, por una parte, de la explosión demográfica así como por la explotación inmoderada de los recursos naturales que produce la destrucción de los elementos que mantienen el equilibrio de la naturaleza.

El hecho real del deterioro y las conclusiones científicas sobre la prolongación y ampliación en el futuro de esos daños, ha generado una reflexión ética sobre la inmoralidad de impulsarlos o favorecerlos, por razones de utilidad económica, de desarrollo industrial o para facilitar un consumo masivo de productos que en su fabricación y en su utilización perjudican al medio ambiente. “La filosofía clásica de los derechos humanos no había previsto ni se había ocupado de esas eventualidades, porque quizá no eran relevantes en los momentos en que se fue formando. Incluso en algunos casos, como los referentes a la libertad de industria y de comercio o a la idea liberal de la propiedad como derecho sagrado e inviolable, el ejercicio de esos derechos puede en ciertos supuestos facilitar posiciones poco responsables en relación con el medio ambiente. Los juristas eran en los códigos y en la jurisprudencia muy desconfiados al perjuicio indirecto y preferían seguir el rastro de la responsabilidad desde la relación causa-efecto. Sin embargo, los estudios ecológicos han puesto de relieve la compleja realidad con equilibrios y conexiones impensables y con relaciones de interdependencia entre los distintos componentes del universo. Así, aparecen situaciones difícilmente solucionables desde el prisma clásico del derecho civil e incluso administrativo de la responsabilidad. Se puede decir, sin exceso, que en cierto sentido la filosofía que fundamenta el derecho al medio ambiente es contradictoria con algunas dimensiones del consenso inicial de los derechos del hombre y del ciudadano” (Peces-Barba, 1999).

El medio ambiente ha venido siendo objeto de discusión en cuanto a su reconocimiento como un derecho fundamental, tanto por su contenido como por el bien jurídico que en último término se intenta reconocer. Al negarse el reconocimiento del medio ambiente en cuanto derecho, se pretende buscarle derivación o nueva interpretación en los clásicos derechos para dar cabida a esta nueva figura. Tal es el caso de la doctrina italiana que, a la hora de dotar de fundamentación al medio ambiente establece la conexión entre derecho al medio ambiente y el derecho a la salud.

En este punto la doctrina alemana resulta de particular interés, ya que si bien la Ley Fundamental de Bonn no reconoce expresamente el derecho al medio ambiente, han reconducido el tema al catálogo de derechos reconocidos gracias a la sustancial apertura del sistema de los derechos, que implica un proceso de progresivo perfilamiento y ampliación del contenido de los derechos fundamentales clásicos, de modo que figuras que antes sólo co-

braban sentido como mandatos de abstención del Estado, admiten ahora además la perspectiva prestacional (derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho a la calidad de vida).

Sin embargo, junto a esta necesaria apertura y evolución del contenido de los derechos fundamentales clásicos, una excesiva ampliación de su contenido, que careciese del consenso adecuado, podría conducir a una peligrosa y contraproducente desnaturalización de los derechos que redundaría finalmente en la pérdida de fuerza normativa de la Constitución. Aún delimitando generosamente el contenido de conceptos tan ambiguos como “vida” o “integridad física” debemos concluir que sólo los casos más graves de atentado al medio ambiente, bien jurídico protegido, encontrarían protección en su seno.

En lo que se refiere al ordenamiento jurídico ecuatoriano, se acoge la teoría de la jerarquía constitucional, norma fundante en la que se origina el marco de derechos básicos o fundamentales reconocidos y garantizados que son perfectamente invocables y aplicables por cualquier particular ante cualquier juez o autoridad. En este tipo de sistemas, lo esencial para la atribución de fundamentalidad a un derecho es, por supuesto, su inserción en el texto constitucional, pero también la existencia de las garantías típicas de toda Constitución normativa, esto es, vinculación del legislador y tutela judicial.

El sistema ecuatoriano no incorpora el concepto de derechos fundamentales diferenciados de otros que no gozan de tal calidad, pero que también son reconocidos en el texto constitucional, ni tampoco hace diferencias entre principios o valores y derechos reconocidos, sino que otorga a los derechos, igual nivel y reconocimiento. Así, dentro del capítulo de la Constitución dedicado a los derechos civiles, se hace una enumeración, no taxativa, de los derechos expresamente reconocidos, entre los cuales encontramos “el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación”. Más adelante, en el capítulo relativo a los derechos colectivos, se desarrolla el contenido mínimo y el adicional de este derecho.

La Constitución impone mandatos de actuación positiva al Estado para la protección del derecho al medio ambiente, así debe garantizar un desarrollo sustentable y la preservación de la naturaleza, o encargarse de velar que este derecho no sea afectado. Para el cumplimiento de la obligación estatal, la Constitución declara de interés público la preservación del medio

ambiente; 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; y, el establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos.

A su vez, exige del Estado la adopción de medidas orientadas a la promoción en el sector público y privado del uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes; el establecimiento de estímulos tributarios para quienes realicen acciones ambientalmente sanas; la regulación de la propagación en el medio ambiente, la experimentación, uso, comercialización e importación de organismos genéticamente modificados; y, la prohibición de fabricación, importación, tenencia y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.

En cuanto a la intervención de los particulares en defensa del medio ambiente, la norma suprema incorpora el concepto de derechos colectivos al señalar que, sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, puede ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente. Adicionalmente y en conexión con el derecho a la información, reconoce para los particulares el derecho de participación en toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente.

En cambio el Estado, en sus propias actuaciones o en las que realice a través de delegatarios y/o concesionarios, asume responsabilidad por los daños ambientales ocasionados por la prestación de servicios públicos, y la Constitución le exige que tome las medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño.

De la simple lectura del texto constitucional vendría la calificación del derecho al medio ambiente como un derecho fundamental. Sin embargo, existe una importante corriente que niega ese carácter por su poca repercusión en el sistema de garantías. Por ello, existe más bien la tendencia a reconocer el derecho al medio ambiente como un derecho subjetivo, por cuanto este concepto permite mejor aplicación al tema sin caer en críticas sobre su garantía. Aunque en un sentido general el medio ambiente pudiere care-

cer de las características necesarias para ser calificado como derecho fundamental puede ser, sin embargo, un derecho subjetivo constitucional, pero no fundamental, es decir, el derecho subjetivo antes que nada como un derecho de goce oponible *erga omnes*. No obstante, las dificultades para dotar al medio ambiente de la naturaleza de derecho subjetivo no son pocas, lo cual se pone de manifiesto en tres planos distintos: el del contenido, el de la titularidad y el de la protección.

En relación con el contenido del derecho subjetivo constitucional al medio ambiente es preciso despejar de antemano dos posibles objeciones a la construcción misma de esta figura como derecho subjetivo. Estas objeciones son de dos tipos: axiológicas y estructurales. Los problemas de índole axiológica radican en la no adecuación del contenido del derecho a los presupuestos ideológicos que están en la base del concepto clásico de derecho subjetivo pues éste surge, se desarrolla y consolida en el contexto de la concepción política del orden liberal burgués, por lo que acentúa la perspectiva *iusprivatista* y la defensa de la propiedad privada. Cualquier concreción de los intereses medioambientales va a exigir ineludiblemente una serie de limitaciones a las facultades de dominio inherentes al derecho de propiedad, por tanto, atacan a la concepción tradicional del derecho subjetivo. Sin embargo, la Constitución del Estado social y el nuevo esquema de relaciones entre Estado y sociedad que consagra, exigen una importante transformación de aquella concepción liberal, por lo que ha de concluirse que si bien el derecho al medio ambiente no encaja en los esquemas ideológicos clásicos del derecho subjetivo, ha de encajar necesariamente en la nueva concepción de la figura que viene impuesta por el orden constitucional, el cual es orden fundamental no sólo del Estado sino también de la sociedad.

Los problemas de índole estructural aluden tanto a la difícil determinación del contenido de ese derecho como a la aparente diversidad de los intereses garantizados. Esta postura parte, en primer lugar, de un prejuicio insostenible, por excesivamente formalista, que consiste en la tesis de la imposibilidad de construir un derecho constitucional al medio ambiente dotado de autonomía, esto es, diferente de las facultades que cabe deducir de la legislación medioambiental, lo cual daría lugar a una figura desordenada e incompleta, más aún si consideramos la inexistencia de una ley general sobre la materia. En segundo lugar, esta postura desconoce la apertura y complejidad característica de las normas constitucionales que están dotadas de una

peculiar densidad normativa: en una breve fórmula, muchas veces limitada a la nuda denominación del Derecho, se encierran múltiples posibilidades de significado que han de permanecer en gran medida abiertas. La reciente teoría general de los derechos constitucionales pone de manifiesto la singular complejidad estructural de éstos. Así, la rígida diferenciación entre derechos de defensa y derechos de prestación no es ya sostenible y en casi todas las figuras pueden percibirse diversas perspectivas correspondientes a las diversas fases de evolución del Estado.

La necesaria unidad de la figura no puede provenir sino de la determinación del objeto protegido: el medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, adecuado para el desarrollo sostenible. El derecho subjetivo que en torno a él se articula es un derecho reaccional, esto es un derecho que sólo cobra sentido cuando es específicamente vulnerado, sin que sea necesaria una intervención consciente y deliberada del sujeto titular.

En este tipo de derechos el problema de la determinación de su contenido se centra fundamentalmente en la definición de los términos constitucionales que dan expresión jurídica a los bienes tutelados. Así, el medio ambiente es el objeto de un derecho, un bien que ha de ser disfrutado por todos. Ahora bien, ese objeto no coincide exactamente con el bien existente en el mundo real, o mejor dicho extra-jurídico. El ambiente al que se alude no es todo el ambiente, sino exclusivamente el adecuado para el desarrollo de la persona o el desarrollo sostenible con lo que nos encontramos ante una concepción finalista o antropológica del mismo. El ambiente como mantenimiento del proceso biológico no interesa sino en la medida en que afecte a la persona humana.

Dada la peculiaridad del medio ambiente, la estructura del derecho que habrá de construirse tiene que ser compleja, resultando difícil el encaje de la figura dentro de las clasificaciones habituales. Por ello, este derecho debe tener básicamente una doble estructura: (i) un derecho de defensa frente a las intervenciones estatales y de terceros en el objeto protegido: el Estado y los particulares tienen así la obligación de abstenerse de realizar intervenciones fácticas o jurídicas que afecten negativamente aquellos elementos naturales cuya conservación se estima necesaria para asegurar tanto la supervivencia de la humanidad como la no aparición de enfermedades; y, (ii) un derecho de prestación, ya que el Estado debe realizar aquellas medidas fác-

ticas o jurídicas tendentes a proteger, a ser posible con carácter preventivo, el objeto del derecho. Para proteger el derecho no va a bastar con una actitud abstencionista del Estado, debiendo éste actuar en ocasiones positivamente tanto para evitar que se produzcan intervenciones perjudiciales sobre el medio ambiente como para reparar el daño producido.

Como derecho de defensa, se plantea el problema de determinar qué intervenciones sobre el objeto protegido hay que tomar en consideración. Parece claro que deben quedar fuera aquellas afectaciones de poca importancia, y que, por tanto, no pueden considerarse que incidan negativamente sobre el ámbito protegido por el derecho constitucional. Por ello debe postularse un concepto amplio de intervención que tenga en cuenta los elementos siguientes: daños directos sobre los elementos protegidos y los peligros sobre los mismos; las intervenciones fácticas y las intervenciones jurídicas; y, las intervenciones de los poderes públicos y de los particulares.

En cambio, como derecho de prestación, la situación es muy distinta. Aquí, el derecho no defiende frente a intervenciones sobre el objeto protegido, sino que exige una acción positiva por parte de los poderes públicos, y en su caso de los particulares. El daño se produce, por tanto, por omisión. A la vista de lo expuesto cabe hablar de tres tipos de acciones positivas que deben exigirse a los poderes públicos y especialmente a la administración.

- Acciones judicialmente exigibles porque así lo determina la Constitución. Son aquellas claramente conectadas a la necesidad de preservar el objeto del derecho subjetivo constitucional, y concretamente el contenido mínimo de éste.
- Acciones judicialmente exigibles porque así lo ha determinado el legislador. El legislador es libre para ampliar el contenido mínimo del derecho, disponiendo que determinadas prestaciones pasen a formar parte del contenido (adicional) del derecho subjetivo constitucional.
- Acciones estatales previstas normativamente, pero que no son exigibles judicialmente, puesto que el legislador no ha reconocido expresamente esta posibilidad. Quedarían fuera del contenido del derecho subjetivo constitucional, formando así parte del carácter meramente objetivo del derecho constitucional al medio ambiente.

Otra de las características definitorias de la figura tradicional del derecho subjetivo es su atribución a personas individuales, o mejor dicho concretas, sean físicas o jurídicas. Antes de nada es preciso descartar la atribución de derechos subjetivos a la naturaleza, como han pretendido ciertas corrientes de pensamiento jurídico ya que el ordenamiento revela una concepción antropocéntrica y, además, el medio ambiente protegido no es la naturaleza en cuanto tal sino en cuanto adecuada al desarrollo de la persona o al desarrollo sostenible.

Dentro de la óptica tradicional cabe pensar en la posibilidad de construir un derecho al medio ambiente del cual serían titulares aquellas personas a quienes se hubiera causado un daño o perjuicio por parte de otra persona más o menos determinada. El derecho al medio ambiente consistiría así en un mero derecho a obtener una indemnización en esos casos, con lo que se ofrecería una lectura restrictiva del texto constitucional que no daría sino una satisfacción parcial y limitada al texto constitucional y a los intereses medioambientales.

Resulta evidente el carácter parcial y limitado de esta concepción pues en la mayoría de las ocasiones la subjetividad característica del derecho será colectiva o difusa, ya que por lo general el deterioro del medio no va a afectar a una sola persona claramente determinada. Esta titularidad colectiva o difusa de los intereses medioambientales se enfrenta así a una de las características de la concepción tradicional del derecho subjetivo, por lo que se enmarca en el proceso de construcción dogmática de una nueva categoría, la de los llamados derechos de la tercera generación o, en similares coordenadas, influida por los autores italianos, la de los intereses difusos o colectivos, ambos en abierta superación de los planteamientos de la concepción liberal clásica.

Los derechos de la tercera generación son habitualmente caracterizados a partir de tres notas esenciales, que los diferenciarían de la construcción tradicional de los derechos subjetivos. Si el valor que fundamentó a los derechos de defensa fue la libertad y el que prestó apoyo moral a los derechos de prestación fue el de igualdad, parece que el motor subyacente a estos nuevos derechos es la solidaridad. Estos derechos reconocen nuevas situaciones y posiciones jurídicas, distintas a las estrictamente individuales. Si inicialmente los derechos eran del hombre en abstracto y después lo fueron del hombre en concreto, ahora se habla de derechos de la colectividad. Los modos de protección resultan también novedosos; no basta la garantía particu-

lar de los intereses individuales a través del paradigmático modelo del proceso civil, sino que se hace necesario introducir, junto a nuevas formas de legitimación procesal, otras vías objetivas o generales de protección, entre las cuales resulta particularmente interesante la potenciación de los derechos de participación en el ámbito de la administración.

En cuanto a la concepción de derechos difusos o colectivos, si bien no faltan autores que identifican ambos términos, parece que va imponiéndose la idea de su diferenciación: los intereses colectivos, concebidos como aquellos intereses o situaciones jurídicas que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos más o menos determinada o determinable, eventualmente unificada más o menos estrechamente en una colectividad y que tienen por objeto bienes no susceptibles de apropiación o goce exclusivo; y los intereses difusos, entendidos como aquellos intereses plurisubjetivos que tienen como portador un ente exponencial de un grupo racional¹. En otras palabras, la diferencia entre ambas categorías vendrá dada por la mayor o menor determinación de los colectivos afectados, determinación que tendrá consecuencias procesales pues lleva a plantear el problema de la adecuación de los mecanismos de acceso a la jurisdicción necesarios para hacer real, al menos desde la esfera estrictamente subjetiva, el derecho al medio ambiente.

Resulta indudable que los intereses medioambientales entran dentro de estas categorías. Unas veces nos encontraremos con daños a la naturaleza que afecten específicamente a una determinada colectividad más o menos organizada (intereses colectivos) y otras veces con daños vinculados no tanto a un grupo social como primordialmente a un determinado territorio, supuestos éstos en los que la utilización del término “interés difuso” resulta más adecuada. Frecuentemente, los intereses medioambientales encontrarán mejor acomodo en esta segunda categoría pero no cabe descartar la existencia de intereses colectivos medioambientales, ni, desde luego, de zonas intermedias o de dudoso encuadramiento, en una de las dos figuras.

Por otro lado, los intereses que dan vida al derecho constitucional al medio ambiente no quedarían suficientemente garantizados si sólo se protegeran frente a los poderes públicos, pues los ataques más comunes al ecosistema provienen de particulares. Incluso desde el punto de vista de la faceta prestacional del derecho parece inevitable dirigir a los sujetos privados deter-

1 Cf. Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, 1999; García Herrera, 1992.

minadas exigencias, ya que la mera omisión o ausencia de daño a la naturaleza no resulta suficiente para el mantenimiento del equilibrio biológico.

La tercera de las características del concepto de derecho subjetivo incluye necesariamente la tutela jurisdiccional de los intereses protegidos. La garantía judicial de los intereses medioambientales encuentra su concreción en el plano legislativo. Como es obvio, la Constitución no puede recoger detalladamente en su texto el conjunto de los mecanismos procesales que han de articularse para la defensa de los intereses que proclama, con lo cual se pone de manifiesto la discordancia entre el reconocimiento constitucional del derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y su virtualidad práctica.

Una de las características más relevantes de los derechos de tercera generación consiste en la creación de procedimientos y organizaciones que garanticen la participación de los ciudadanos. Para algunos autores, la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones en materia medioambiental no forma parte del contenido en sentido estricto del derecho subjetivo constitucional a la protección del medio ambiente, sino que le sirve de garantía complementaria.

Legislación ambiental ecuatoriana

La normativa ambiental infra constitucional en el Ecuador ha estado dirigida principalmente a establecer responsabilidades o dirimir competencias entre los órganos públicos encargados de vigilar el cumplimiento de las disposiciones administrativas relacionadas con el medio ambiente (Vg. permisos de operación, recolección o caza y pesca, estudios de impacto ambiental, etc.) o para incentivar la discusión de la problemática ambiental enfocada en problemas puntuales que iban apareciendo en diversos momentos, es decir, la legislación ambiental ecuatoriana ha tenido como objeto defender y proteger parámetros específicos de la calidad de la vida humana contra riesgos puntuales del ambiente.

El Código de la Salud (1971) podría considerarse el primer intento de desarrollo legislativo sobre el tema. Este código hace una significativa aportación incorporando el concepto de “saneamiento ambiental”, entendido como el conjunto de actividades dedicadas a acondicionar y controlar el am-

biente en que vive el hombre, a fin de proteger su salud. Como podrá apreciarse, el interés de este código no radica en el medio ambiente en sí mismo sino entendido como un medio necesario para proteger el objeto principal que es la salud humana.

En el año 1976, con la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental se incorporaron algunos importantes principios tales como: incluir dentro de los deberes del Estado el precautelar la buena utilización y conservación de los recursos naturales del país; orientar con sentido humano y cualitativo la preservación del ambiente y arbitrar las medidas de un justo equilibrio entre desarrollo tecnológico y uso de recursos. Quizá el avance más importante de esa ley consistía en la tipificación de ciertas conductas consideradas como lesivas del ambiente. Se discutían, entonces, temas de contaminación del aire, del agua y de los suelos, principalmente, permitiendo la acción popular para denunciar ante las autoridades competentes toda actividad que podría contaminar el medio ambiente. Las sanciones prescritas también constituyeron un paso importante en la legislación ya que en los casos de mayor peligro o contaminación al ambiente y a la salud de las personas, se podía llegar incluso a la prisión de la persona responsable. Con el paso de los años la aplicación de esta ley fue muy limitada, por no decir nula en el campo judicial; no se conocen datos sobre la aplicación de estas regulaciones y peor aún si fue dictado fallo alguno que haya tenido por fundamento las disposiciones establecidas en esta ley.

Bajo la influencia de la normativa internacional, originada en la Cumbre de Río de Janeiro (1992), el país inició un proceso de creación normativa que condujo en el año de 1994 a dictar las “Políticas básicas ambientales para el Ecuador”, documento que conforma un marco al cual la función pública debe acogerse para el desarrollo de sus planes y programas, pero que omite asignar responsabilidades directas para cada organismo o funcionario. Este instrumento reconoce como principio fundamental el compromiso de la sociedad de promover el desarrollo hacia la sostenibilidad, minimizando los riesgos e impactos negativos ambientales y manteniendo las oportunidades sociales y económicas del desarrollo sostenible. A decir de este instrumento, todo habitante en el Ecuador y las instituciones y organizaciones públicas o privadas deben realizar cada acción, en cada instante, de manera que propendan en forma simultánea a ser socialmente justa, económicamente rentable y ambientalmente sustentable.

En la legislación ambiental posterior a la Constitución (1998), la Ley de Gestión Ambiental (1999) es un buen intento por fijar los límites de competencias entre todos los organismos públicos que tienen ingerencia en el tema y por establecer políticas y planes de manejo ambiental con proyección futura, pero ha descuidado un tema central en la protección ambiental, y es el de elaborar eficaces mecanismos procesales a través de los cuales los ciudadanos puedan exigir el cumplimiento de las normas ambientales. Estos mecanismos deben ser idóneos para garantizar la protección y control del ambiente, y constituir un freno a las acciones que implique su atropello. Además, deben incorporar reales estándares acordes con la capacidad receptiva y asimilativa del entorno natural, fijando responsabilidades en caso de producirse daños al medio ambiente, la propiedad privada y la salud de las personas.

En esa línea entendemos la incorporación dentro del Código Penal de un capítulo destinado a los delitos ambientales. No obstante, el derecho penal como última ratio del sistema debe encontrar necesariamente limitada su capacidad de actuación y de intervención en el ámbito del medio ambiente, no sólo por razones formales derivadas del propio sentido del derecho penal en un Estado democrático de derecho, sino también porque la intervención penal en la protección del medio ambiente – dadas las dificultades terminológicas que su definición conlleva – puede convertirse, pervirtiendo su finalidad inicial, en un arma en manos de quienes ostentan el poder en la sociedad.

No basta que la Constitución reconozca como valor social el medio ambiente para que ello conlleve automáticamente el recurso al derecho penal sino que habrá que analizar si es necesario que el bien-valor medio ambiente sea penalmente protegido como bien jurídico, es decir, si tiene entidad suficiente para dar ese salto cualitativo, que lo transforme de mera realidad a situación socio-penalmente valorada. En este caso, bien podría justificarse la protección del derecho penal, en que el medio ambiente es fundamento existencial del ser humano y, además, espacio vital para el desarrollo de las generaciones venideras.

La inserción de los delitos ambientales en el Ecuador, que apareció como la solución a los conflictos de contaminación en el país, en la realidad deja constatar la falta de discusión y de un serio planteamiento doctrinal sobre las nuevas conductas delictivas acordes con la problemática actual. Apa-

recen entonces problemas como el de su naturaleza administrativa antes que penal, o las serias dificultades sobre legitimación activa y pasiva, que constituye un punto clave para su efectiva aplicación.

Para concluir esta breve revisión de la legislación ambiental en el Ecuador habrá que mencionar que en materia ambiental “se incurre en el error de expedir programas de trabajo o planes y proyectos que constituyen normas legales y administrativas en su aspecto formal pero sin contenido normativo, es decir, son declaratorias que ni mandan, ni permiten ni prohíben. Esto es más común en el caso de las normas administrativas, aunque también se encuentran en abundancia cuerpos legales ambientales, que simplemente expresan buenos deseos a favor del ambiente, sin que conste cómo esas intenciones se van a llevar a cabo, qué institución las va a aplicar o qué sanciones se impondrán a los infractores. También es frecuente la expedición de normas reglamentarias sin el sustento adecuado de una ley. El resultado de tales excesos es la abundancia de normas ambientales que disponen sobre todos los temas pero que no tienen aplicación alguna. Estos enfoques resultan perniciosos para la gestión ambiental de un país, porque su abundancia puede dar la falsa impresión de que se cuenta con una normativa legal suficiente, cuando la realidad puede ser que se carece en absoluto de una legislación apropiada” (Pérez Camacho, 1995).