

Iván Narváez
María José Narváez

Derecho ambiental en clave neoconstitucional (Enfoque político)



Narváez, Iván

Derecho ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político) / Iván Narváez y María José Narváez. Quito : FLACSO, Sede Ecuador, 2012

534 p. : cuadros y diagramas

ISBN: 978-9978-67-330-0

DERECHO AMBIENTAL : ASPECTOS POLÍTICOS : NEOCONSTITUCIONALISMO :
DERECHOS DE LA NATURALEZA : PARTICIPACIÓN CIUDADANA : DERECHO
AMBIENTAL INTERNACIONAL : ACUERDOS INTERNACIONALES : ESTADO :
LEGISLACIÓN : CONSTITUCIONES : ECUADOR.

346.046 - CDD

© De la presente edición:

FLACSO, Sede Ecuador
La Pradera E7-174 y Diego de Almagro
Quito-Ecuador
Telf.: (593-2) 323 8888
Fax: (593-2) 323 7960
www.flacso.org.ec

ISBN: 978-9978-67-330-0

Cuidado de la edición: Paulina Torres
Diseño de portada e interiores: Antonio Mena
Imprenta: Rispergraf
Quito, Ecuador, 2012
1ª. edición: febrero 2012

Índice

Presentación	7
Agradecimientos	11
Introducción y enfoque analítico	13
Capítulo I	
Formas de Estado y genealogía neoconstitucional	73
Capítulo II	
El Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional ecuatoriano	143
Capítulo III	
Derechos de la naturaleza, derechos de control social y participación ciudadana, consulta libre, previa e informada	173
Capítulo IV	
Definiciones jurídicas básicas	229
Capítulo V	
El Derecho ambiental: conceptos y evolución	257

Capítulo VI	
Evolución del Derecho ambiental en Ecuador	291
Capítulo VII	
Derecho ambiental supraestatal	353
Capítulo VIII	
Temas ambientales polémicos: análisis crítico (El sentido ambiental socialmente determinado)	409
Conclusiones generales	467
Bibliografía	485
Anexos	503

Presentación

Derecho ambiental en clave neoconstitucional aborda el tema jurídico-político-ambiental en Ecuador, con énfasis en el estudio del marco normativo, institucional y de políticas públicas relacionadas. El análisis es sugerente en un momento en el que la sociedad está obligada a marcar un trayecto hacia un mundo ecológicamente equilibrado, socialmente justo y económicamente sostenible. Los autores sostienen que esto supone, primero, reconocer que hay prejuicios en la reflexión y, además, asumir que los problemas ambientales globales pueden ser enfrentados desde la plenitud de las diferencias y la diversidad.

El enfoque de la investigación enfatiza la crisis del Derecho positivo y la vigencia de la nueva teoría del Estado y del Derecho denominada neoconstitucionalismo. Se destaca la importancia del reconocimiento constitucional a la naturaleza como sujeto de derechos, en tanto esto puede coadyuvar a la innovación reglamentaria, fortalecimiento institucional y determinación de políticas públicas que garanticen la eficacia de las normas ambientales prescritas en el principal Estatuto del país.

La publicación de este libro implica el respaldo de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) a la investigación socioambiental y a los autores: Iván Narváez y María José Narváez para continuar en el empeño de re-significar, a través del análisis, los horizontes normativos, institucionales y de políticas.

Adrián Bonilla
 Director
 FLACSO Sede Ecuador

*A los pueblos Siekopai y Huaorani:
cuya indefensidad y resistencia frente al extractivismo
y cultivos extensivos e intensivos,
los han convertido en el más digno grito por la paz,
la naturaleza y la vida.*

Agradecimientos

Por contribuir al debate jurídico-político ambiental y social, en clave neo-constitucional: Dr. Pablo Ortiz T., docente de la Universidad Andina Simón Bolívar; Dr. Marcos Criado de Diego por las referencias teórico-metodológicas impartidas en las clases del doctorado en Derecho (Período 2008-2012 en la UASB); de manera especial a los estudiantes de las maestrías en Ciencias Sociales con Mención en Estudios Socio-ambientales y Gobernanza Energética en FLACSO; de Gestión Ambiental en la Universidad Salesiana de Guayaquil; Derecho Administrativo en la UASB; Derecho Ambiental en la Universidad Alfredo Pérez Guerrero, y estudiantes de pregrado en la Escuela de Ingeniería Ambiental de la FIGEMPA (Universidad Central del Ecuador); de quienes han surgido las inquietudes sobre el tema y a quienes está dirigido este aporte teórico, como un insumo para las decisiones que habrán de tomar en el futuro.

Al antropólogo Juan Carlos Franco por haber coadyuvado a mantener una relación respetuosa y solidaria con líderes de los pueblos Siekopai y Huaorani de la Amazonía ecuatoriana, quienes compartieron su visión respecto a los problemas socioambientales que genera el extractivismo en sus territorios, y acerca del contenido ambiental de la Constitución vigente en el Estado constitucional de derechos, plurinacional, ecuatoriano.

De manera especial a los doctores: Adrián Bonilla –Director de FLACSO, Guillaume Fontaine –ex Coordinador Académico, y Freddy Rivera, actual Coordinador de Investigaciones, por haber permitido que esta investigación conste en la programación institucional y coadyuvado a que llegue a buen término.

Introducción y enfoque analítico

La decadencia del poder jurídico centrado en la hegemonía del Estado de derecho y del positivismo jurídico en la Región andino–amazónica, es inobjetable, al igual que la progresiva adopción del nuevo paradigma jurídico-político neoconstitucional en Colombia, Venezuela, Bolivia y Ecuador. Concomitante a este proceso deviene –en el caso ecuatoriano– el Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional con su respectiva Constitución garantista, normativa y rígida; evento socio–político-jurídico revelador de cambios y transformaciones drásticas.

En este sentido: un objetivo relevante es elucidar el perfil teórico neoconstitucional en función de inferir si dicho paradigma jurídico-político configura un blindaje frente a los problemas socio-económico-políticos del país; otro es ver si en la dimensión ambiental los cambios se expresan en torno al marco normativo, institucional, de las políticas públicas y control social de la gestión gubernamental en los diferentes niveles, ya como respuesta política y moral a las demandas socioambientales emergentes o una forma de democratizar el poder en base a la “subsunción del Estado en lo colectivo” conforme al nuevo paradigma.

En los términos planteados, el análisis implica marcar diferencias con el decadente *ancien régime* partidocrático de raigambre liberal (o modelo socio-económico-político dominante garante de la colonialidad), y por otra parte explorar si la dimensión ambiental no está subordinada a objetivos extractivistas y crematísticos, poniendo en riesgo opciones fundamentales como:

- ¿El propio modelo político de Estado constitucional de derechos, plurinacional, gestado en cerca de cuatro décadas por la conciencia social crítica, como alternativa al Estado liberal globo-neocolonizador?

- ¿La Constitución garantista, normativa y rígida, en consecuencia: el *sumak kawsay*; el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos; el establecimiento del agua como derecho humano; la determinación de los principios: subsidiariedad del Estado, prevención, precaución, induvivo pro-natura, reparación in-natura; la imprescriptibilidad de acciones por daños ambientales, la intangibilidad de las áreas protegidas; el establecimiento de un sistema de áreas naturales protegidas; la función ambiental de la propiedad; la constitucionalización del sistema nacional de descentralización de la gestión ambiental y creación de la superintendencia del ambiente; la ampliación de los regímenes especiales: Amazonía y marino-costeros; la responsabilidad objetiva e inversión de la carga de la prueba en demandas por daños ambientales; la participación ciudadana y el control social de la gestión ambiental pública?
- ¿Los derechos fundamentales que están por sobre la propia soberanía del Estado y cualquier derecho de carácter patrimonial?

Los asertos y preguntas anteriormente referidos son insumos para bruñir el debate ambiental relacionado a los cambios y transformaciones socio-económicos y jurídicos que en el marco del experimentalismo político se están implementando en el país; y que a criterio de sectores identificados con el *ancien régime* partidocrático: entrañan una incertidumbre que refleja un presente socio-económico con rostro del pasado y un futuro político sin rostro.

La sinopsis conceptual que guía el análisis alude varios contenidos esenciales, entre otros: crisis del Estado de derecho y del positivismo jurídico; perfil genético del neoconstitucionalismo y Estado constitucional de derechos; legislación ambiental, participación y control social de la gestión ambiental pública; extractivismo y etnocidio; y gobernanza inclusiva. El énfasis en el estudio del Derecho ambiental se remite a sugerir la importancia de la perspectiva teórica constructivista, que al margen de las observaciones que se le pueda hacer, coadyuva a rupturar, en términos de Ferrajoli, el pétreo enfoque paleopositivista del Derecho.

A fin de connotar el sentido ambiental socialmente determinado, esta investigación se inicia con el análisis de varios tópicos correlacionados a constataciones específicas: los tópicos permiten explorar la línea teórico-

metodológica para abordar la problemática planteada, las constataciones son una síntesis de la realidad material socio-político-ecológica del Ecuador. Todo se asume desde un enfoque histórico (dinámico) en función de contrastar dicha realidad con la ideología y la teoría. El texto concluye con una observación político-crítica (en clave neoconstitucional) de varios temas eco-polémicos.

Tópico 1: Crisis ambiental

Salir de la crisis socioambiental en medio del vértigo de los cambios y transformaciones que caracterizan a la sociedad postindustrial compleja (Morín, 2004)¹ y sociedad del riesgo (Beck et al., 2007) es un desafío que implica entender el éxodo no como una apología de lo posible, sino como el escenario real donde la humanidad se juega hasta lo imposible como un posible necesario. En este sentido: la diáspora hacia el mundo ecológicamente equilibrado, socialmente justo y económicamente sostenible supone romper las exclusas de conciencia que resignan a los seres humanos a la fatalidad, y asumir que los problemas ambientales globales de magnitud exorbitante que trituran la vida, la plétora de vidas, no pueden ser enfren-

1 Respecto a la complejidad, Morín (2004) enfoca el tema señalando que se ha tratado mucho acerca de la complejidad en el dominio teórico, físico y en el dominio sistémico; pero que con frecuencia se ha discurrido sobre la complejidad desorganizada que hizo irrupción en el conocimiento con el segundo principio de la termodinámica, el descubrimiento de ese desorden microscópico, microcorpúscular, en el universo. No obstante Morín sostiene que la complejidad organizada es, con frecuencia, reconducida a la complicación. La complejidad se nos aparece, ante todo: como irracionalidad, incertidumbre, angustia, desorden. Dicho de otro modo, la complejidad parece primero desafiar nuestro conocimiento y, de algún modo, producirle una regresión. Cada vez que hay una irrupción de complejidad precisamente bajo la forma de incertidumbre, de aleatoriedad, se produce una resistencia muy fuerte. Hubo una resistencia muy fuerte contra la física cuántica, porque los físicos clásicos decían: “es el retorno a la barbarie, no es posible situarse en la indeterminación cuando desde hace dos siglos todas las victorias de la ciencia han sido las del determinismo”. Ha sido el éxito operacional de la física cuántica para que, finalmente, se comprenda que la nueva indeterminación constituía también un progreso en el conocimiento de la misma determinación (Morín, 2007: 58). Desde la perspectiva acotada la idea de la complejidad es una aventura. Y afirma el autor, que inclusive, no se puede intentar entrar en la problemática de la complejidad si no se entra en la de la simplicidad, porque la simplicidad no es tan simple como aquello.

tados desde la vaciedad de la indiferencia, sino todo lo contrario: desde la plenitud de las diferencias y la diversidad. Esta es la vía para consolidar el respeto a la dignidad de la persona humana, a los derechos de la naturaleza y el respaldo a la subsunción del Estado en lo colectivo.

El enunciado expuesto cobra mayor sentido cuando se trata de la “sociedad del riesgo” y de la “complejidad”, que en contraste con las sociedades anteriores y en especial la industrial, se caracteriza por una singular carencia: la imposibilidad de prever externamente las situaciones de peligro. A diferencia de las culturas y de todas las fases del desarrollo social que en diversos momentos se enfrentaron con amenazas, la sociedad actual se encuentra confrontada consigo misma en relación a los riesgos. Los riesgos son el producto histórico, la imagen refleja de las actuaciones humanas y de sus omisiones, son la expresión del gran desarrollo de las fuerzas productivas. Beck confirma esta hipótesis cuando constata que la teoría política de la soberanía planteada por Hobbes se basa en la fórmula “*homo homini lupus*” (el hombre es un lobo para el hombre), y que la teoría política de la sociedad del riesgo parte del contrario de la premisa hobbesiana, y establece que la humanidad es un lobo para la humanidad. El carácter “depredador” del que habla Hobbes se atribuye no sólo al ser humano particular, sino también a la sociedad (humanidad) en su conjunto (Beck, 2004: 334) y a su modo de producción determinante.

Al momento actual se argumenta que el producto histórico designado en la sociedad de riesgo como desarrollo de las fuerzas productivas, ha devenido en una hegemonía económico-política, científico-tecnológica y de degradación socioambiental sin precedentes, hasta el punto en que no habría porque extrañarse de que el hombre se convierta en lobo del lobo.

Una comprensión adecuada de la crisis de la relación seres humanos-naturaleza parte por observar las mediaciones sociales en la relación mente-naturaleza, y que se la esboza en el siguiente cuadro:

Cuadro 1. Mediaciones sociales en la relación mente-naturaleza	
Nivel de análisis	Problemática
Dinámica demográfica	Capacidad de sustentación o de carga, compatible con la biosfera o tendencialmente ilimitada
Provisión energética	Horizonte de escasez de los combustibles fósiles; debate sobre las energías renovables, fusión nuclear.
Tecnología/economía	Sustitución de factores de producción, de muy elevada a muy limitada
Estructura social	Grado de polarización o de igualdad; acceso diferencial a los recursos y distribución diferencial de los riesgos
Orden político	Grado de interconexión. De diversidad y de democracia; límites a la regulación y al control
Construcción de las necesidades	Orientada por la abundancia o por la suficiencia; posibilidades del aprendizaje por anticipación
Narraciones constituyentes	Mitos de dominio sobre la naturaleza o de armonía entre seres humanos y el resto de los seres vivos.
Corresponde tener presente la experiencia histórica concreta regional y planetaria, y la información fidedigna procedente de las diversas disciplinas: biología, economía, geografía, etc. y de la tecnología; considerar el enfoque antropológico-cultural y obviamente en el examen general de las relaciones entre sociedad y naturaleza –todos los niveles de análisis tienen dimensiones sociales y no pueden ser eludidos. En este <i>enfoque interdisciplinar</i> , también cabe tomar en cuenta el esquema denominado <i>complejo ecológico</i> ² . Al margen de la complejidad que cada uno de estos procesos implica, de lo que se trata es de dejar sugerido que todos tratan de explicar la organización social en términos de respuesta adaptativa de una población humana a un ambiente constituido por elementos tanto naturales como tecnológicos, así como por otras poblaciones humanas, en una complicada interacción de población, riqueza y tecnología, la incidencia de los cambios ambientales sobre la sociedad, y otras dimensiones de la realidad social como los sistemas culturales, etc.	
Fuente: (García, 2006). Adaptación propia.	

En definitiva, la humanidad vive problemas de dimensiones exorbitantes en un mundo liderado por la racionalidad cognitivo-instrumental, la racionalidad económica del mercado y una política neo-globocolonizado-

2 “...la expansión ecológica en las fases de la evolución social influidas por el industrialismo puede ser caracterizada mediante una fórmula, cuyos cuatro términos han sido denominados el “complejo ecológico” (...): la acumulación tecnológica a una tasa acelerada; la exploración intensificada del medio ambiente; la transición demográfica (que ahora se conoce popularmente como explosión demográfica); y la revolución organizativa. A medida que las interconexiones causales entre esos desarrollos vayan siendo dilucidadas por la investigación, podría emerger una comprensión verdaderamente ecológica de la organización social” (Duncan, 1964: 75 citado en García, 2006: 30).

ra que la están llevando a los límites del desastre. Pero existen otros mundos, otros saberes y cosmovisiones que sin excluir ninguna racionalidad están en capacidad de *elegir*, es decir: de aceptar que el aprendizaje que acompañe las respuestas adaptativas a un nuevo estado de las cosas no necesariamente ha de ser por shock, sino que puede ser también de anticipación, accediendo a reformas institucionales (jurídicas, políticas, económicas, sociales) y modificando los valores y comportamientos de producción y consumo, entre otros. Pero apuntando a cambiar el modelo de desarrollo y en última instancia el modo de producción hegemónico; en este sentido, considerando que los problemas ambientales globales demandan cambios a nivel global, corresponde acelerar la reducción de las asimétricas relaciones Norte-Sur, y continuar los cambios estructurales en cada país, en otras palabras: con la redefinición del Estado, de las relaciones de poder y del modelo de desarrollo, además: concretar el reconocimiento de la diversidad y las diferencias, de la pluralidad de saberes y la igualdad entre pueblos iguales para poner fin a las menesterocidades políticas, económicas y sociales que el sistema capitalista y la colonialidad han impuesto por siglos.

Constatación

No se registra una cultura humana sin algún tipo de incidencia en el deterioro de la naturaleza, no obstante, el origen histórico y social de la actual crisis ecológica se lo ubica a partir de la revolución industrial de comienzos del siglo XIX, caracterizada por el modelo extractivo, productivo y económico basado en el uso intensivo de energía exosomática (combustibles fósiles: petróleo y carbón) y en el consumo de recursos naturales (suelo, masas forestales, agua, minerales), inaugurado por el capitalismo industrial occidental (Garrido Peña, 2007: 31). Este consumo llevado a límites desmesurados ha provocado la explotación intensiva de los elementos energéticos para su comercialización, de lo expuesto se deduce que cuando a los elementos naturales se les asigna la categoría de recursos y se los somete a presiones intensivas de mercado, se los mercantiliza. Bajo tal lógica y racionalidad son explotados hasta la extenuación, dando lugar

a efectos colaterales que redundan en el aceleramiento de la crisis ambiental local y global.

Leff (2005:2) es categórico al afirmar que la crisis ambiental lleva a cuestionar el pensamiento y el entendimiento del mundo, la ontología, la epistemología y la ética con las que la civilización occidental ha aprehendido al ser, los entes y las cosas; la ciencia y la razón tecnológica con las que ha sido dominada la naturaleza y economizado el mundo moderno. La crisis ambiental es el signo de una nueva era histórica. Esta crisis civilizatoria es ante todo una crisis del conocimiento. La degradación ambiental es resultado de las formas de conocimiento a través de las cuales la humanidad ha construido el mundo y lo ha destruido por su pretensión de universalidad, generalidad y totalidad; por la objetivación y cosificación del mundo.

La crisis ambiental no es una crisis ecológica generada por una historia natural. Más allá de la evolución de la materia desde el mundo cósmico hacia la organización viviente, de la emergencia del lenguaje y del orden simbólico, la materia y el ser se han complejizado por la reflexión del conocimiento sobre lo real. En nuestra proclamada sociedad del conocimiento, la ciencia avanza arrojando sombras sobre el entendimiento del mundo y subyugando saberes³. La ciencia que pretendía aprehender la realidad ha intervenido al ser, culminando en la tecnologización y la economización del mundo. La economía mecanicista y la racionalidad tecnológica han negado a la naturaleza; las aplicaciones del conocimiento fraccionado y de la tecnología productivista han generado la degradación entrópica del planeta, haciendo brotar la complejidad ambiental del efecto acumulativo de sus sinergias negativas (Leff, 2005: 2).

Los procesos de degradación de la naturaleza implican: agotamiento de recursos, contaminación del ambiente por saturación de residuos debido a la producción y consumo superior a la capacidad de carga ecosistémica. Según datos científicos aquella ha generado una relación sinérgica destructiva que está llevando al mundo al borde del colapso. No hay dudas respecto a los impactos negativos que causan al ambiente los modelos de producción y extracción insustentables, y tampoco de su relación directa

³ Desde esta perspectiva se justifica con mayor razón la tesis foucaultiana: aquella que de una buena vez hay que liberar a los poderes y saberes subyugados.

con el incremento de la contaminación atmosférica, adelgazamiento de la capa de ozono, desertización (erosión de los suelos), pérdida de la diversidad biológica y de la calidad del agua y del aire, e inseguridad de los productos alimentarios; impactos que en su conjunto coadyuvan a la agudización del efecto invernadero y cambio climático, cuyas consecuencias negativas son mayormente devastadoras en las regiones banales, pobres y excluidas del actual modelo de desarrollo “energívoro” e insostenible⁴.

Los denominados problemas globales constituyen parte de la base material de la hecatombe ambiental y son objeto de preocupación internacional, científica y social que ha exigido la adopción de políticas públicas y privadas radicales a fin de controlarlos, aunque su eficacia aún es deficitaria. En todo caso: estados nacionales, poderes locales, sectores empresariales, universidades y la sociedad en general, connotan una percepción de la crisis desde diversas posiciones encaminadas a la revisión del conjunto de las condiciones históricas que han conducido a dicha crisis.

Una visión crítica apunta al carácter epistemológico de la cientificidad moderna (formas y vías del conocimiento); otra al nivel ontológico (representación de lo real y por tanto también de lo social y de lo natural); la visión ética tiene relación a los valores (límites de la comunidad moral); la política va más allá de las relaciones de dominación y dependencia (acción colectiva y la organización del poder); y la visión económica está directamente relacionada con los modos de producción, distribución y consumo. Desde esta perspectiva la filosofía, economía, ética y teoría política, así como la ciencia y la tecnología no han podido escapar al escrutinio crítico de una conciencia socio-ecológica que las ha puesto en entredicho⁵.

4 El modelo de desarrollo insostenible “energívoro” ha privilegiado la lógica y racionalidad de acumulación capitalista, y está directamente relacionado a la crisis socio-ambiental, que es la crisis de la modernidad, conforme lo sustenta Leff. En este sentido, si el progreso fue identificado con el crecimiento, éste se ha convertido en condición necesaria para la supervivencia del sistema económico y como el cálculo económico es la única forma de organización colectiva en la sociedad capitalista, el problema se agrava (Narváez, 2009: 3 y ss.).

5 Autores como: E. Morín, 2007; U. Beck et al., 2007; E. Leff, 2002, 2006; J. Martínez Alier y Schlüpman, 1997; P. Deléage, 1993; Martín Mateo, 1977; de Sousa Santos, 2006; A. Escobar, 2005; N. Luhmann, 1998, A. Guiddens, 1994; 2010; A. Touraine, 2002, 2006; F. Mires, 1990; N. Bobbio, 2006; N. Fraser, 2003; Huanca Ayaviri, 2008; han coadyuvado a la consolidación de una conciencia socioambiental crítica que actúa como dispositivo de cambios y transformaciones en el orden normativo, institucional y de las políticas públicas.

Por ejemplo, Fontaine (2010: 57) en el estudio de los conflictos socio-ambientales, observa que las interacciones entre los actores sociales, económicos y políticos resultan de lógicas de acción racional y representaciones del mundo antinómicas, según el momento y el lugar, definiendo así niveles de conflictividad y grados de polarización, confrontativas o cooperativas. En estos conflictos se observa que la complementariedad entre el sistema institucional y sociedad civil refleja la oposición de cuatro campos estructurales. El sistema institucional articula el campo político y el campo económico; y la sociedad civil articula el campo social y el campo ético. Cada uno es el lugar privilegiado de la acción de un actor estratégico, que entra en relación con los demás, no sólo durante el conflicto sino también después. En este sentido la institucionalización de los acuerdos incide en la resolución duradera del conflicto.

Cuadro 2. Dimensiones estructurales del conflicto socioambiental				
	Campo			
	Político	Económico	Social	Ético
Actor	Estado	Empresas	Organizaciones	Comunidades locales
Proyecto	Unidad territorial nacional	Libertad de inversión	Democracia participativa	Desarrollo sostenible
Lógica racional	Instrumental burocrática	Instrumental crematística	Instrumental movilizadora	Orientada por valores
Apuesta del conflicto	Institucionalización arreglos	Resolución al menor costo	Consulta y participación	Identidad y estilo de vida
Fuente: (G. Fontaine, 2010)				

Siguiendo a Fontaine, desde esta lógica y racionalidad, el campo político es tradicionalmente el lugar de la estructuración del Estado; el campo económico es el de las empresas privadas y públicas, nacionales y multinacionales; al campo ético se arraigan las comunidades indígenas y campesinas; en el campo social se estructuran las actividades de las ONG. Cada actor así identificado actúa en función de una racionalidad propia, que condiciona su visión del mundo (en términos de situación, alteridad, etc.), sus valores morales (el bien, lo justo, etc.), y sus demandas (a partir de las necesidades y los intereses) (2010: 57). Lo de fondo radica en reconocer

que el Estado sigue una lógica de acción racional en el sentido weberiano, de un tipo de dominación cuya legitimidad descansa en el monopolio de la fuerza y la mediación institucional de las relaciones interpersonales, es decir: a través del Derecho ordena y regula las conductas entre los diversos sectores, en este sentido: el ordenamiento jurídico establece las reglas del juego interactorial, a nivel interno y externo.

Sin embargo de lo expuesto, el desafío mayor radica en cuestionar las propias percepciones humanistas y mecanicistas del mundo, ya que han coadyuvado a posicionar a la especie humana frente al horizonte de su propia extinción y ello obliga a repensar los fundamentos de esta civilización racionalista y productivista. Asumiendo lo que enfatiza Garrido Peña (2007: 33) estamos impelidos a cuestionar las acciones y programas políticos y económicos o los valores morales, pero sobre todo las mismas formas que condicionan la percepción y representación de lo real. Es esta profundidad ontológica la que nos indica la dimensión real de la crisis ecológica como crisis de civilización, toda vez que:

El mecanismo crea las condiciones para una representación social del mundo y de la naturaleza apta para su colonización industrial y para la explotación y manipulación mercantil (...). La influencia del paradigma mecanicista se extendió también al campo de las ciencias sociales. La epistemología liberal (individuos atomizados luchando unos contra otros) encuentra también en el pensamiento analítico-parcelario una fuente de legitimación poderosa (Garrido Peña, 2007: 34).

El pensamiento analítico-parcelario también es causante de la destrucción de la vida y de la alienación social de la naturaleza, que como se verá posteriormente, ha creado mecanismos justificatorios de diversa índole y con pretensiones de validez científica, jurídica y ética (aparentemente irrefutables). El cuestionamiento al pensamiento analítico-parcelario (racionalidad instrumental)⁶ implica asumir que las hipotéticas alternativas no re-

⁶ La racionalidad instrumental consiste en la consecución metódica de determinado fin práctico a través de un cálculo preciso de medios eficaces. En la esfera económica, se traduce en la elaboración y uso de técnicas eficientes de producción y en formas eficaces de control de la naturaleza, así como en la racionalización del comportamiento social para alcanzar ciertos fines (económicos, políticos); en la esfera del derecho se plasma en los ordenamientos legales que norman

nuncian a él, pero también comprende realizar tareas de encuentro, de intercambio y coordinación de acciones múltiples que rompan los ostracismos y las entronizaciones o soberanías epistemológicas; esta es la época de certezas e incertidumbre, de incertidumbre que se aloja en el corazón de la verdad y de la lógica al momento mismo del ensamblaje de las ideas. Es decir, es la época del eslabonamiento del conocimiento diverso, múltiple, plural que se identifica con las diferencias y con la unidad en la diversidad, y al margen de cualquier dogmatismo o forma de conocimiento que pretenda ser la llave maestra de la complejidad. Es la época de las rupturas, de la democracia constitucional y del diálogo de saberes, del Derecho ambiental con enfoque constructivista y en clave neoconstitucional.

El saber ambiental, concordando con Leff (2005: 4), emerge como una nueva comprensión del mundo, incorporando el límite de lo real, la incomplitud del ser, la imposible totalización del conocimiento y la apertura del ser hacia la otredad. La incertidumbre, el caos y el riesgo son al mismo tiempo efecto de la aplicación del conocimiento que pretendía anularlos, y condición intrínseca del ser y del saber. El saber ambiental permite dar un salto fuera del ecologismo naturalista y situarse en el campo del poder en el saber, en una política del conocimiento, en un proyecto de reconstrucción social a través de un diálogo de saberes, y que es un diálogo entre seres.

La epistemología ambiental no es un proyecto para aprehender un nuevo objeto de conocimiento –el ambiente– ni la reintegración del saber disperso en una retotalización del conocimiento. La epistemología ambiental es un trayecto para llegar a saber qué es el ambiente –ese extraño objeto del deseo de saber– que emerge del campo de exterminio al que fue expulsado por el logocentrismo de la teoría y el círculo de racionalidad de las cien-

la conducta de los agentes sociales (Leff, 2006; de Sousa Santos, 2006).

Los pensamientos críticos se han opuesto a la racionalidad instrumental aportando alternativas (sin excluir argumentos científicos e ideológicos) que han desestabilizado las concepciones neoconservadoras dominantes, y han desarrollado en la ciudadanía una conciencia crítica tendiente a construir procesos racionales que humanicen a la propia razón. Más aún, cuando la vida social es víctima de la colonización racional que imponen los subsistemas funcionales de la economía y el Estado, y sus propios criterios de racionalidad-cognitiva instrumental, como “eficacia”, “rentabilidad”, etc.

cias. Trayecto y no proyecto epistemológico, pues si bien en las tendencias que se proyectan hacia el futuro lo real está ya trastocado por el conocimiento, la creatividad del lenguaje, la productividad del orden simbólico y la fecundidad del deseo no se anticipan por el pensamiento. Es una aventura epistemológica, pues el horizonte del saber se desdibuja en la lejanía de un futuro que la razón no alcanza a descifrar (Leff, 2005: 4).

Desde el enfoque analítico leffiano, el saber ambiental nace de una nueva ética y una nueva epistemología, donde se funden conocimientos, se proyectan valores y se internalizan saberes. Y lo fundante de la nueva ética radica en incorporar la certeza de que para aprender a aprehender la complejidad ambiental es necesario desprenderse de los conocimientos consabidos. El saber ambiental es un cuestionamiento sobre las condiciones ecológicas de la sustentabilidad y las bases sociales de la democracia y la justicia. Desde esta perspectiva, el núcleo esencial del saber ambiental radica en que “es” una construcción y comunicación de saberes que pone en tela de juicio las estrategias de poder y los efectos de dominación que se generan a través de las formas de detección, apropiación y transmisión de conocimientos (Leff, 2002).

El saber ambiental no se aproxima a un recetario ético o filosófico-político, pero sí contiene una serie de elementos direccionantes para la construcción de la racionalidad ambiental, en este sentido en el discurso leffiano se encuentran algunos muy importantes:

Cuadro 3. Elementos básicos constitutivos del saber ambiental
No se limita a la comprensión de una evolución “natural” de la materia y del hombre (ecologismo naturalista)
Se asume como una política del conocimiento
Es una racionalidad: <ul style="list-style-type: none"> • Fuera del campo de la metafísica • Fuera del logocentrismo • Fuera de la cientificidad
Busca reconstruir identidades a través del saber
Busca la reapropiación del mundo desde el ser y en el ser
Retoma la cuestión del ser en el tiempo, el conocer en la historia, el poder en el saber, la voluntad de poder que es un querer saber
Es una nueva comprensión del mundo, incorporando el límite del conocimiento y la incomplitud del ser
Implica saber que la incertidumbre, el caos y el riesgo son condiciones intrínsecas del ser y de saber
Abre la reflexión sobre la naturaleza del ser, del saber y del conocer
Cuestiona la forma como los valores permean el conocimiento del mundo
Abre el espacio para el encuentro entre lo racional y lo moral, la racionalidad formal y la racionalidad sustantiva
Abre la reflexión sobre la Ecología y la Teoría de Sistemas que, buscando una explicación de la totalidad, forjan un mundo tendiente a la globalización y a las leyes unitarias, con sus impactos en la naturaleza y en la sociedad
Desborda la visión cibernética (conjunto de interrelaciones y retroalimentaciones)
Rompe la dicotomía sujeto-objeto del conocimiento
Reconoce las potencialidades de lo real
Incorpora valores e identidades en el saber
Se proyecta hacia lo infinito de lo impensado
Reconstituye identidades diferenciadas en vías antagónicas de reapropiación del mundo
Fuente: (Leff, 2002; 2004; 2006). Elaboración propia.

La hibridación de las múltiples racionalidades y saberes ha dado lugar a una nueva ecología o ecología sistémica, que a la vez ha sido clave para la estructuración de la antropología ecológica, de la ecología política y posteriormente de la sociología ambiental, por ejemplo. El predominio de esta pluralidad de opciones teóricas pone a relieve la preocupación por la dimensión ambiental y social, y a la vez que connota la inexistencia de verdades absolutas, ubica en la necesidad de profundizar respecto al riesgo, el medio ambiente, la nueva modernidad y la condición humana. Es decir: sociedad del riesgo e incertidumbre sumados a la globalización de la crisis ecológica convocan a comprender que los nuevos riesgos tienen implica-

ciones sociales, y que están sujetos a una definición social matizada por los conocimientos científicos. Este es un caso muy claro de construcción colectiva de procesos de cambio social.

Siguiendo a Lemkow (2002: 135-136): la construcción social del riesgo y del medio ambiente es una faceta clave para definir la sociedad del riesgo, cuya característica básica es la producción de riesgos ambientales a través de la lógica de la sobreproducción del capitalismo avanzado y que a su vez ha generado una fuerte tensión entre la producción de “bienes” de consumo y la proliferación de “males” ambientales. En todo caso, la atribución de riesgo se define a través de conocimientos científicos y no por la simple observación del ciudadano, no obstante, es muy difícil calcular la incidencia de los nuevos riesgos, que además son imprevisibles; finalmente: si en los países ricos se democratiza la distribución del riesgo, en los países pobres el riesgo no es distribuido sino que los pagan los sectores sociales marginados (Beck et al., 2007; García, 2006; Leff, 2006; Lemkow, 2002).

Tópico 2: Neoconstitucionalismo: Estado de derecho (legiscéntrico) y Estado constitucional de derechos, plurinacional

Frente a la crisis del Estado de derecho y del positivismo jurídico, el neoconstitucionalismo ha producido una especie de encantamiento, de atracción seductora difícil de eludir y ha generado uno de los debates intelectuales más intensos de los últimos años. Hay quienes lo asumen como un simple problema conceptual relacionado al nuevo rol de la Constitución en el Ordenamiento jurídico, es decir: que la Constitución dejó de ser el marco referencial y se convirtió en el fundamento constitucionalizador de todo el Derecho. Otra tendencia considera que se vive la ideologización del Derecho puesto al servicio del evangelio individualista, en el que el ser humano carece de límites sociales diferentes, de su autonomía y se expresa mediante la “democracia inclusiva de la heterogeneidad interna”.

También están los que piensan que se está frente a una nueva forma de creación judicial del Derecho, en la que el juez, además de interpretar en base a la hermenéutica analógica y el bloque de constitucionalidad,

construye y justifica la norma a través del ejercicio de poderes ilimitados e ilimitables garantizadores de paradigmas globales como el test supra estatal de los derechos humanos. También están los que vislumbran el post-neoconstitucionalismo. Una tendencia pragmática sostiene que el neoconstitucionalismo es el Derecho que más se adecúa a la globalización, argumentando que si la globalización requiere de un Derecho, ese es el neoconstitucional.

La idea común subyacente a todas estas percepciones es que el neoconstitucionalismo es la filosofía jurídica de una nueva teoría del Derecho⁷ y del Estado, por cuanto el Estado nacional (Estado de derecho) y su soberanía han entrado en crisis, lo que implica la pérdida de sus atribuciones y potestades internas y externas típicas, y la incapacidad para dar respuesta a las postergadas demandas sociales.

La crisis del Estado y del positivismo jurídico son la una cara de aquella, la otra cara evidencia la crisis de la sociedad injusta, en la cual: los peor situados están peor absolutamente; los peor situados están peor que otros; los mejor situados no se pueden imaginar la situación de los peor situados y, por lo tanto, existe un gran nivel de insensibilidad de los primeros en relación a los segundos; la situación de los peor situados es generalizable en la población y en la mayoría de los aspectos de la vida; los mejor situados pueden mejorar las circunstancias de los peor situados. La sociedad que genera injusticia, por tanto, es inviable; los mejor situados modelan, según sus intereses, el orden social y político y lo imponen a los peor situados. Existe una red global institucional estatal para mantener el sistema (educación, comercio, diplomacia, medios de comunicación, y fuerza policial y militar); el orden social e institucional reproduce la desigualdad.

A menos que se justifique es el mejor ordenamiento de todos los posibles, carece de legitimidad; puede existir otro ordenamiento social y político; la desigualdad no es atribuible a factores extra sociales. Si los por

⁷ Intelectuales ecuatorianos en funciones públicas argumenta que asumir el neoconstitucionalismo de la forma que hoy se lo presenta, significa tener un pensamiento nuevo que trasciende las viejas estructuras semi-protectoras propias del neoliberalismo decadente, en la que el Estado solamente aparecía como arma y escudo protector de los grupos de poder (Jalkh, 2008: 8). El neoconstitucionalismo es reconocido como un nuevo paradigma jurídico y nueva teoría del Estado (Ávila, 2009a).

situados se los pone en otro contexto geográfico, político y social, no serían pobres; sólo los mejor situados disfrutaban de las ventajas de la explotación, uso e intercambio de los recursos. Los peor situados están excluidos sin compensación. Los pobres comparten las cargas de la degradación de la explotación de los recursos naturales. El uso de ellos es unilateral por parte de los mejor situados y se generan elites globales y locales (Ávila, 2009: 423).

Por otra parte, en la medida en que al ordenamiento estatal soberano legitimado para garantizar el bien común en su territorio se le contraponen una multiplicidad de centros de poder económico, político, financiero y empresarial; estos han sido capaces de imponerse desplazando a los centros de poder del Estado nacional. Estado que frente a la hegemonía neoliberal se mostraba resignado a cumplir funciones de carácter residual.

Desde esta perspectiva, debido al resquebrajamiento del Estado nacional en una etapa de globalización, se argumenta la necesidad de establecer un “mínimo ético universal”, a través de la implementación de los paradigmas del multiculturalismo:⁸ derecho de género, derecho a la diversidad y la diferencia, derecho a la equidad, a la justicia, etc., pero tal multiculturalismo es aprovechado por los organismos multilaterales de crédito para desde esa base fundamentar sus políticas integracionistas (Walsh, 2009), sin considerar al menos las políticas de distribución y reconocimiento ya planteadas por (Fraser y Honneth, 2003; Young, 2001).

Lo que sí está claro es que se vive frente a dos procesos contradictorios que han determinado la crisis de la soberanía del Estado nacional: el debilitamiento o disolución de la soberanía interna y la absolutización de la soberanía exógena; de lo cual se desprenden consecuencias jurisdiccionales que afectan concomitantemente al ordenamiento jurídico institucional y a la democracia electoral (representativa).

8 Multietnicidad y multiculturalidad: la multietnicidad se hace visible en las rebeliones y movilizaciones indias. Estos grupos poseen territorios diferenciados, lengua propia y hábitos de trabajo y consumo que los distinguen. La multiculturalidad surge de las formas modernas de segmentación y organización de las sociedades industrializadas. El multiculturalismo ha sido utilizado por los organismos multilaterales de crédito, en función de una política asimilacionista.

A fin de ir ampliando el análisis del neoconstitucionalismo⁹, procede relieves que de la conciencia crítica a la que se hizo referencia en el tópico 1, no han escapado el positivismo jurídico ni el constitucionalismo clásico. Ello ha promovido la transformación del Derecho y en consecuencia la concepción del ordenamiento jurídico y de los elementos que lo constituyen. Por ejemplo: la “ley” ha perdido su posición de preeminencia y en las “constituciones” se incluyen principios materiales de justicia que desarrollan su influencia en todos y cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico (Ansuátegui Roig, 1993: 117). Esta dinámica implica la necesidad de llevar a cabo una re-definición de los conceptos y categorías jurídicas (derivados de la cientificidad); desde otros enfoques como el de la teoría de sistemas vs. sistemas autopoyéticos y el de racionalidad reflexiva (Luhmann, 1998; Bourdieu, 2002¹⁰, de Sousa Santos, 2009, Beck et al., 2007, 2006). Por su parte Ferrajoli discurre dentro del mismo enfoque, y sostiene:

Hoy la jerarquía de fuentes del Derecho fundada en la unidad, la coherencia y la plenitud de los ordenamientos estatales se encuentra totalmente invertida, presenciamos una superposición de fuentes y unos ordenamientos que comportan el debilitamiento tanto del Estado como el de los constitucionalismos nacionales provocado por el desplazamiento de funciones en organismos supranacionales y aconstitucionales que de hecho

9 ...desde la perspectiva teórica, la decisión de la Asamblea Constituyente implica la eliminación del Estado legislativo; el establecimiento de una verdadera “jurisdicción” constitucional, que garantice la normatividad de la Constitución y permita el ejercicio de los derechos; y la adopción de una nueva teoría del derecho que asuma la función crítica y no solamente descriptiva de lo jurídico. En Ecuador no hay aún disponible una literatura nacional que facilite este empeño y permita entender la urgencia de estos cambios sociales y normativos. En nuestro país, la teoría del derecho y el derecho constitucional siguen, por desgracia, anclados a los presupuestos ideológicos, teóricos y metodológicos del positivismo jurídico y, por tanto, el constitucionalismo emancipador y la teoría crítica del derecho son todavía una rareza bibliográfica sólo asequible a unos pocos entendidos (Pazmiño Freire, 2009: 10).

10 La redefinición del derecho en la perspectiva de Bourdieu lleva a pensar que una ciencia del derecho en sentido riguroso se distingue de la que comúnmente se conoce como “ciencia jurídica” donde ésta constituye el objeto de aquella. Al hacer esto se separa desde el inicio de la alternativa que domina la discusión científica sobre el derecho, la alternativa entre el formalismo, que afirma la autonomía absoluta de la forma jurídica con relación al mundo social, y la del instrumentalismo, que comprende el derecho como un reflejo o un instrumento al servicio de los dominadores (2002: 155).

deciden sin responsabilidad política y sin límites constitucionales (Ferrajoli, en Ordóñez Maldonado, 2008:9).

Hoy las fuentes periféricas priman frente a las nacionales. Cuando ingresan en los ordenamientos nacionales prevaleciendo sobre sus leyes, incluso sobre sus Constituciones, estas nuevas fuentes normativas amenazan con reformar la estructura constitucional de las democracias y con abrir espacios de poder neoabsolutista. Los estados y sus ciudadanos son destinatarios no ya sólo de su derecho interno sino, de una “espesísima red normativa planetaria”, que regula las materias más disímiles. La adopción de decisiones relevantes no corresponde ya a los poderes estatales sino a poderes supra estatales, cuando no de otros estados o, peor, a poderes económicos de mercado los organismos multilaterales declaran derechos que superan el marco moderno del constitucionalismo de Estado, obligando muchas veces a modificar las normas internas. Esta es una auténtica homogenización, donde progresivamente desaparecen las singularidades nacionales (Ordóñez Maldonado, 2008: 9).

En igual forma, (Zagrebelsky, 1997: 12; Zagrebelsky y Martino, 2003) sustenta que el conocimiento jurídico y constitucional en los términos y conceptos heredados de la tradición jurídica, ya no produce significados unívocos y estables. Obviamente ello delata que al haberse erosionado progresivamente el principio unitario de la organización política representado por la soberanía¹¹ y el orden que de ella derivaba, los significados

11 La descomposición del “Estado –liberal– de derecho” ha dado lugar a la emersión del “Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional” y un primer elemento cuya situación actual ofrece un contraste con el pasado, es el constituido por la noción de soberanía. Para Zagrebelsky la soberanía del Estado está desacreditada por su falta de correspondencia con la realidad. El centro de la construcción jurídico-política ya no radica en el Estado soberano, sino en la Constitución. En una sociedad pluralista como la actual, la Constitución ejerce el papel de plataforma de partida, en base a la cual pueden desarrollarse varios proyectos políticos. La Constitución no ejecuta directamente un proyecto, sino que pone las bases para su realización (Ansuátegui Roig, 1993: 117).

En este sentido, se deduce que Zagrebelsky mantiene una concepción abierta y moderada de la Constitución, en justa correspondencia con el pluralismo de valores y principios que impera en la sociedad actual, y que esa actitud abierta e integradora es la característica que ha de ser predicada por el Derecho en los Estados constitucionales. Conforme se verá en acápites posteriores del presente texto, Zagrebelsky es enfático al afirmar que el Estado de derecho está poco menos que irreconocible a consecuencia del proceso de fragmentación, pulverización y trivialización de la ley, por tanto lo que hay en nuestros días –reitera este autor– no es un Estado de derecho, sino un Estado constitucional.

resultantes pueden variar en función de las constelaciones que se van formando entre los elementos que componen el Derecho público, y al haber perdido éste su posición central, la consecuencia capital es que:

(...) al faltar un punto unificador tomado como axioma, la ciencia del Derecho público puede formular, proponer y perfeccionar sus propias categorías, pero estas no pueden encerrar y reflejar en sí un significado concreto definible a priori. Como sucedía cuando la orientación venía dada desde la soberanía del Estado. Hoy en día el significado debe ser construido. Este es el rasgo característico de la situación actual. Las categorías del Derecho constitucional, para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis, deben encontrar una combinación que ya no deriva del dato indiscutible de un “centro” de ordenación. Para usar una imagen, el Derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales (Zagrebelsky, 1997: 12-13).

La cita anterior evoca el sentido neoconstitucional y que el presente documento alude para el estudio de los cambios y mutaciones del Derecho (constitucional) en torno a la problemática socioambiental. Problemática que a la vez exige una aproximación a las diferentes ciencias en función de encontrar salidas a la denominada crisis ecológica, crisis de la modernidad y civilizatoria. En concreto las salidas tendrán que dar respuestas a preguntas como las siguientes:

- ¿Es posible seguir hablando de un nexo indisoluble entre Estado y derecho positivo o, incluso, entre Estado y Estado de derecho?
- ¿Es posible hablar de Estado-nación, concebido como ordenamiento originario, unitario, autosuficiente e independiente?
- ¿Los nuevos diseñadores del sistema jurídico global disponen de legitimación democrática o de vínculos constitucionales, para hacerlo?
- ¿La crisis del Estado y de la soberanía determinó la crisis del Estado de derecho, y por lo tanto del Estado de derecho fundado en la ley?
- ¿Todo lo anterior devino para la creación del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional?

Desde esta perspectiva el esfuerzo investigativo se restringe al análisis del “Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional”. El modelo de Estado (condiciones jurídico-políticas) que prescribe la Constitución ecuatoriana del 2008, puede inscribirse en el enfoque teórico descrito por Zagrebelsky (1997: 13), el cual enfatiza que las sociedades pluralistas marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma.

En consecuencia, desde la Constitución como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional. Esta es la naturaleza de las constituciones democráticas en la época del pluralismo, en las sociedades pluralistas actuales (Zagrebelsky, 1997: 13).

Con la ascensión al Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional, el Ecuador gira en torno al referente neoconstitucional y desde esta base habría de tratarse la temática ambiental, empezando por modificar sustancialmente el marco jurídico e institucional y en concordancia con las prescripciones de la Carta Fundamental vigente; todo este proceso necesariamente ha de llevar a la “subsunción del Estado en lo colectivo”, en cuanto fase de transición para superar la crisis del Estado de derecho y del positivismo jurídico y que se soporta en los siguientes términos:

Constatación

El positivismo jurídico (Ferrajoli, 2006: 266) puede tener un significado amplio y distinto: designa una concepción y un modelo de Derecho en el que no sólo la existencia de las normas, en tanto vinculadas a su forma de

producción, sino también a los criterios sustanciales de reconocimiento¹² y validez de las mismas, son puestos artificialmente por el propio derecho positivo. Lo que quiere decir que el derecho positivo disciplina positivamente, tanto las condiciones formales de existencia de las normas, que dependen de la correspondencia empírica entre su forma y las normas formales de producción normativa, como las condiciones sustanciales de su validez, que dependen de la coherencia lógica de los significados normativos y, por tanto de su contenido; es decir: disciplina con normas sustantivas a las que se encuentran subordinadas aquellas.

El rasgo específico del positivismo jurídico que diferencia estructuralmente al derecho moderno de los sistemas jurídicos pre modernos es, precisamente, su carácter positivo (por lo tanto, artificial y convencional) y lo que no se puede dejar de afirmar es que es un modelo de derecho que corresponde a una fase histórica de civilidad jurídica moderna. Es producto de la revolución que se produjo en el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica y de la consiguiente afirmación del principio de legalidad como norma del reconocimiento del derecho existente (Ferrajoli, 2006: 266).

Queda claro que mientras el lenguaje jurídico de los ordenamientos no codificados es un lenguaje natural (derecho de usos y costumbres), el lenguaje de los sistemas de derecho positivo es un lenguaje artificial, dado que todas las reglas de uso se encuentran estipuladas y son acordadas positivamente. Tal es el caso de la ley penal al tipificar lo que es un robo, un homicidio; las normas civiles establecen que es un contrato, una compraventa y por tanto constituyen en su conjunto las normas sustantivas sobre la producción de las sentencias civiles que determinan las condiciones de validez de los contratos, de ahí que:

12 En clara alusión al criterio sustancial del reconocimiento de las normas establecido artificialmente por el positivismo jurídico, cabe precisar que el uso de la regla del reconocimiento acuñada por H. Hart, consiste en una práctica social que establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones son válidas. Cada sistema normativo tiene su propia regla de reconocimiento y su contenido varía y es una cuestión empírica. Hay sistemas normativos que reconocen como fuente del derecho un libro sagrado, o la ley, o las costumbres, o varias fuentes a la vez. La regla de reconocimiento es el criterio que utiliza Hart para identificar a un sistema jurídico y fundamenta la validez de todas las normas derivadas de ella.

...el positivismo jurídico se expresa a través del principio de mera legalidad, se funda, con el formalismo sobre este conjunto de normas sobre la producción. El Derecho no se deriva, en ningún sentido, de la moral o de la naturaleza o de los otros sistemas normativos sino que es totalmente un objeto artificial, “puesto” o “producido” por los hombres, que, por lo mismo, conllevan toda la responsabilidad, ya que el Derecho es, por completo, como los hombres lo piensan, lo proyectan, lo producen, lo interpretan y lo aplican (Ferrajoli, 2006: 268).

Además de las anteriores características del Estado de derecho (positivismo jurídico) se pueden citar otras muy importantes: es un Estado legislativo en el que rige el principio de legalidad, entonces la Ley es la expresión absoluta de la voluntad del Estado y todo el Derecho se identifica con la ley. En el Estado de derecho el principio general de libertad del individuo contrasta con el de sujeción de la Administración, y la ley explicita todo lo que esta puede hacer, para la ley todo lo no permitido está prohibido; el Derecho está compuesto de leyes generales y abstractas y se caracteriza por su homogeneidad. Siguiendo a Ansuátegui Roig (1993: 119), Zagrebelsky explica la circunstancia descrita utilizando la clave social de que:

El sistema jurídico es expresión del monopolio legislativo de la burguesía. De ahí su coherencia, ya que dentro de sí no alberga intereses contradictorios. A partir de esta uniformidad ideológica –se explica el fundamento de la interpretación sistemática y de analogía– la ley forma parte de un edificio bien construido, y a través de operaciones intelectivas se puede llegar al encuentro de la estructura y de los principios del ordenamiento jurídico.

Esta es la idea de ordenamiento jurídico en un “Estado de derecho” y que desde el punto de vista liberal se debe al iusnaturalismo racionalista. Es la idea de un sistema racional del que se puede predicar la certeza. También es la idea de un sistema en el que la plenitud y la homogeneidad jurídica tienen su origen en la concepción del Derecho natural asumido como un conjunto de postulados de la razón, y que conduce al positivismo jurídico. Sólo se reconoce la ley positiva y fuera de ella ningún principio es jurí-

dicamente válido; no se considera Derecho más que el establecido por el legislador, y el legislador únicamente debe traducir en leyes los preceptos de la razón y asumiendo que la ley positiva no es otra cosa que la declaración pública y la aseguración coactiva del Derecho natural (Guido Fasso, en Ansuátegui Roig, 1993: 119; este autor (1993: 120) insiste en la caracterización que Zagrebelsky hace del positivismo jurídico, enumerando sus principales postulados originarios:

...reducción del mundo del Derecho a lo que la ley dispone; comprensión de la actividad jurídica exclusivamente al servicio de la ley; falta de valor autónomo de una ciencia del Derecho concebida según el positivismo. Positivismo que vendría determinado por una situación histórica marcada por las exigencias jurídicas de la burguesía revolucionaria y que se define a través de la monopolización de la producción jurídica por parte del legislador; y por una situación ideológica o cultural caracterizada por la reducción de los derechos al Derecho y de la justicia a la ley.

En efecto, Zagrebelsky reitera que el positivismo jurídico implica una reducción de todo al mundo del Derecho –los derechos y la justicia– a lo que la ley dispone. En este sentido: la justicia se reduce al Derecho, y se identifica al positivismo jurídico en su conjunto con la equivalencia entre el Derecho (la Ley) y la justicia. Por su parte Ferrajoli (2006: 265-266) aporta al esclarecimiento de estos conceptos destacando que:

Si al “positivismo jurídico” se lo entiende como sinónimo de “formalismo jurídico” –es decir, bajo una concepción y un modelo de Derecho que tiene como criterio de reconocimiento de la existencia y de la validez de las leyes solamente la forma de producción de las mismas, independientemente de su contenido– entonces, el constitucionalismo jurídico –al sujetar la validez de las leyes a la sustancia y, por ello, a los contenidos, más allá de la forma de las decisiones, y fundando dicha validez en principios constitucionales como criterios de justicia y no sólo en las reglas de procedimiento como criterios de existencia y de validez formal de las normas– ha reintroducido en el Derecho una racionalidad sustancial. Racionalidad que era propia de la tradición iusnaturalista y que había sido sacrificada ante las instancias de certeza y *racionalidad formal*,

como la llamó Max Weber, y que se afirmaron con el primer positivismo jurídico¹³.

Otra característica fundamental del positivismo jurídico conforme a Zagrebelsky tiene relación al nivel ético, pues, defiende la tesis de que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos. El positivismo jurídico desde el punto de vista ideológico exige que los jueces asuman una posición moralmente neutra y que se limiten a decidir según el Derecho vigente. Y en cuanto al formalismo, el positivismo jurídico defiende la idea de que el Derecho está compuesto únicamente por reglas de carácter legislativo promulgadas por órganos centralizados, y que al mismo tiempo es un sistema de normas coherentes, completas y precisas, es decir: sin antinomias, sin lagunas, sin vaguedad o ambigüedad, toda vez que son fruto del monopolio estatal de la producción normativa garantizada por el riguroso procedimiento de creación de la ley y porque el legislador es fuente legal y legitimada por la representación política que ostenta.

En el Derecho positivo prima la tesis de que no se puede encontrar solución para “el caso” que se litiga, en otra fuente que no sea la ley, y esto explica el sometimiento de todos a la ley; no obstante, las discrepancias teóricas en relación a este y otros aspectos tornan más complejo el debate entre el positivismo jurídico y el constitucionalismo. Por ejemplo: hay tendencias del positivismo que niegan la posibilidad de que el Derecho y la moral interactúen en la sociedad, y que en ocasiones se de una transposición contingente en el contenido y en las funciones sociales que derecho y moral desempeñan en la sociedad.

Dworkin (2002: 72) es categórico al demostrar que en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción entre Derecho y moral no es tan clara

13 La definición explicativa del positivismo jurídico que hacen varios autores tiende a ser más política que científica; sostienen que en el ordenamiento jurídico, la ley ocupa el primer y más importante puesto entre las fuentes del Derecho. Sobre la ley se levantaba todo el edificio político jurídico de la democracia liberal (electoral). Pero esta visión ingenua de la democracia liberal ha conducido a una tremenda desilusión, en la medida en que se ha constatado la incapacidad de los instrumentos tradicionales para responder a los fenómenos que caracterizan a la sociedad actual, y más aún en el Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional vigente en Ecuador, por ejemplo.

como sostienen los positivistas, y su ataque al positivismo se basa en una distinción lógica entre normas, directrices y principios. Dworkin sostiene que el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse en *todo* o no aplicarse. El modelo positivista es estrictamente normativo porque sólo puede identificar normas, y su idea central de que la única fuente de Derecho es la legislativa, deja fuera del análisis las directrices y los principios y otros tipos de pautas, es decir: obliga a pasar por alto los importantes papeles de otros estándares que no son normas.

Para Dworkin el concepto de una norma clave permite identificar las normas mediante el test de su pedigree o de su origen (2002: 65). Y ese test es adecuado si se afirma conforme al positivismo jurídico, que el Derecho es un conjunto de normas. Dworkin, precisamente pretende demostrar tal visión unilateral del Derecho y que junto a las normas existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen, sino por su contenido y fuerza argumentativa (Dworkin, 2002: 70-72).

No obstante lo afirmado, el positivismo jurídico es un paradigma que dispone de suficientes elementos teórico-metodológicos y filosóficos-políticos para justificar su validez y vigencia. Cientos de años de hegemonía positivista no cederán fácilmente el paso al paradigma neoconstitucional, y al margen de que la transformación filosófico-jurídica responda a un proceso dialéctico, mutacional del conocimiento relacionado a su epistemología, al problema del ser y la existencia, al problema de los valores, al ordenamiento jurídico o Teoría del Derecho; por lo que el debate positivista-neoconstitucionalismo es cada vez más visible.

En este sentido, no son pocos los representantes de la tradición jurídica positivista cuyo legado teórico es inconmensurable, entre otros: Jeremy Bentham, R. Von Hiering, Friedrich Karl von Savigny, H. Kelsen, Herbert Adolphus Hart, Joseph Raz, Alf Ross, L. Recasens, John Austin; y de la corriente no positivista de filo constitucionalista (neo iusnaturalista) que ha venido revisando conceptos jurídicos, constitucionales, etc., con base en la filosofía política y la filosofía jurídica como punto nodal del universo cognoscitivo, por ejemplo: C. Schmitt, N. Bobbio, L. Ferrajoli, R. Alexy, C. Nino, R. Dworkin, M. Fioravanti, G. Zagrebelsky, P. Comanducci, R. Guastini, L. Prieto Sanchís, A. Pérez Luño, M. Carbonell.

Desde una perspectiva filosófico-política se puede citar a W. Kymlicka, Ch. Taylor, M. Walzer, J. Habermas, N. Torbisco, J. Rawls, N. Luhmann y P. Bourdieu; entre otros.

Esta cita de autores es pertinente en función de coadyuvar al debate teórico político-jurídico iniciado entre las tendencias: positivista y neoconstitucional, y en la medida en que la sociedad, el Estado, las instituciones y las personas humanas concretas están involucrados en la forja del conocimiento que guía el destino local, regional y planetario día a día. Lo de fondo radica en relievar que no es fácil precisar todas las particularidades del positivismo jurídico, pero sí es más comprensible la tesis de la separación conceptual, o aquella de la no conexión necesaria entre el Derecho y la moral; y en este sentido cada autor antes referido marca la diferencia teórica en debate, pero para todos es común que la aceptación a la conexión o separación entre el Derecho y la moral, marca la línea divisoria entre positivistas y no positivistas.

Alf Ross (por ejemplo en Paredes Sivirichi, 2007: 6) sostiene que el positivismo jurídico es un conjunto de normas puesto por los seres humanos, a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido, con la intención o voluntad de someter la conducta humana al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas. Según el jurista escandinavo, no existe conexión necesaria entre el Derecho que es y el Derecho que deba ser. Esto quiere decir que afirmar que algún derecho es no significa sostener que ese mismo derecho debe ser, y postular que un derecho deba ser no significa afirmar que lo sea realmente. Según el autor Alf Ross, las tesis centrales del positivismo jurídico son:

- La distinción entre Derecho y moral, o sea, la distinción entre dos modos distintos de hablar acerca del Derecho: el derecho que es y el derecho que debe ser
- La concepción imperativista de las normas jurídicas, o sea, la convicción de que las normas jurídicas consisten en órdenes impartidas por unos seres humanos (en sentido amplio, los legisladores a otros seres humanos (súbditos)
- La idea de que el Derecho es un conjunto de normas que se aplican por medio de la fuerza

- La concepción mecanicista de la función judicial y la idea de que los jueces aplican derecho, pero no crean derecho
- La idea de que todo ordenamiento jurídico debe ser obedecido y;
- La negación de la existencia del derecho natural como un derecho anterior y superior al derecho positivo (Paredes Sivirichi, 2007: 6).

Neoiusnaturalismo

En principio corresponde relacionarlo con el Estado constitucional de derecho, en el marco de la evolución de gran parte del constitucionalismo europeo y como base del nuevo constitucionalismo latinoamericano (tamizado por el *enfoque neoconstitucional*). En tales condiciones es un instrumento que trata de dar respuestas a la crisis del positivismo jurídico, desde un innovado soporte filosófico-jurídico-político y moral que nutre el contenido esencial del Estado constitucional de derechos, plurinacional; y en un segundo momento, para elucidar su incidencia en la configuración de la normativa ambiental (derechos de la naturaleza, *sumak kawsay*,¹⁴ marco institucional, gobernanza interactiva y políticas ambientales públicas, por ejemplo) en el máximo estatuto constitucional.

Al margen de las conceptualizaciones: neoiusnaturalismo, neoconstitucionalismo; en este trabajo se entiende por nuevo constitucionalismo latinoamericano, al constitucionalismo necesario, vital, al que se le pregunta constantemente acerca de su utilidad para servir a los procesos sociopolíticos de cambio a favor de un Estado más implicado en el bienestar de los ciudadanos. Es un constitucionalismo comprometido que puede romper con lo que se considera dado e inmutable y que pueda avanzar al camino de la justicia social. Los procesos constituyentes latinoamericanos se circunscriben en el abanico —por otra parte tampoco muy

¹⁴ Por buen vivir o *sumak kawsay* se asume el reconocimiento de las concepciones de sustentabilidad y respeto a la naturaleza promovidos por las sociedades indígenas. Más que una declaración constitucional es una oportunidad para construir colectivamente un nuevo régimen de desarrollo basado en una economía solidaria. Esto significa alejarse de una economía sobredimensionada de las relaciones mercantiles, impulsando una relación dinámica y constructiva entre mercado, Estado y sociedad. El buen vivir es utopía de un proyecto de vida en común a ser ejecutada por la acción de la ciudadanía (Acosta, 2008: 33).

amplio— de mecanismos de cambio y, por lo tanto, pasan a ser procesos necesarios en el devenir de la historia (Viciano y Martínez, 2005).

Para una mejor comprensión de la realidad constitucional cabe hacer mención a tres aspectos claves: a) el constitucionalismo occidental (constitucionalismo del bienestar), que no ha hecho frente al debilitamiento del Estado social y se muestra incapacitado para dar respuesta a muchas de las demandas de la sociedad actual; b) frente al constitucionalismo del bienestar está surgiendo el nuevo constitucionalismo (del malestar latinoamericano), dispuesto a recobrar la función de garante de los intereses de los ciudadanos frente a las arbitrariedades de los gobernantes; c) el nuevo constitucionalismo latinoamericano está creando una forma constitucional propia, que va tomando perfiles claros y connota diferencias sustanciales con lo que se ha entendido como *correcto* en la doctrina constitucional clásica (Viciano y Martínez, 2005: 56).

El punto nodal radica en establecer cómo el nuevo constitucionalismo latinoamericano y su elemento instrumental, la Constitución garantista, normativa y rígida¹⁵ operacionalizan los derechos fundamentales y los de la naturaleza, y fundamentalmente la plurinacionalidad en cuanto medio descolonizador y de tránsito hacia el nuevo mapa institucional, de tránsito hacia un Estado descentralizado política y administrativamente.

La plurinacionalidad implica la autodeterminación de los pueblos indígenas para el ejercicio de su poder en los territorios ancestrales y CTIs, que son los espacios donde se concreta la nueva institucionalidad y fluye la plurinacionalidad para la transformación del Estado.

Lo que no está claro en el discurso de los pueblos indígenas ni en el de otros sectores sociales, es cómo la institucionalidad indígena y comunitaria va a formar parte de la organización del Estado, en el nivel central de un Estado transversal. Por su parte el Estado tampoco da indicios claros para coadyuvar a la subsunción del Estado en lo colectivo, considerando que la subsunción es una dimensión política del neoconstitucionalismo.

15 Por ejemplo: hay diferencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Para el Estado han sido judicialmente exigibles los primeros, pero en el Estado constitucional de derechos, todos los derechos tienen algún aspecto judicialmente exigible y que está tutelado por el plexo normativo de la Constitución garantista y de los Convenios internacionales de derechos humanos (Abramovich y Courtis, 2004: 15).

Un ejemplo es que el Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional vigente en Ecuador ya abrió un nuevo panorama a las acciones constitucionales, a partir de sucesos como el siguiente:

Suceso	Consecuencia
Modificación del régimen de las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales	• Ampliación de las acciones de protección de derechos
	• Establecimiento de una acción de conocimiento
	• Reconocimiento de formas integrales de reparación
	• Establecimiento de responsabilidad horizontal en las violaciones de los derechos
	• Distinción de la acción de protección de la medida cautelar
	• La Corte Constitucional dejó de ser un tribunal de segunda instancia y se convirtió en el máximo órgano creador-formulador de líneas jurisprudenciales
	• La acción de inconstitucionalidad puede ser presentada por cualquier persona, y una vez reformulado el “control difuso” se sujeta a una nueva lógica
	• La estructura de la justicia constitucional es la respuesta a un innovado diseño institucional
• Responsabilidad objetiva e inversión de la carga de la prueba en materia ambiental	
Fuente: CRE, 2008	

Los cambios y transformaciones anotados responden a una especie de “revolución cultural” que connota la fuerza del nuevo paradigma jurídico neoconstitucional en los sistemas políticos contemporáneos. De aquí se desprende el objetivo prioritario de que la nueva Constitución Política se materialice —tenga vida—, en función de inaugurar una nueva justicia constitucional¹⁶. El neoconstitucionalismo es expresión de la revolución aludida y de alguna manera signa al “Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional” (aunque con matices que lo diferencian) ya vigente de alguna manera en países de América Latina: Brasil, México, Colombia, Venezuela y más radicalmente en Ecuador y Bolivia a partir de la promulgación de sus Constituciones en octubre de 2008 y enero del 2009, respectivamente¹⁷.

16 La temática resumida en el acápite será desarrollada con amplitud, en el subtema “El Estado constitucional de derechos”.

17 No está por demás mencionar autores que trabajan o giran en torno al enfoque neoconstitucional

En este sentido, es propio del nuevo constitucionalismo el modelo de “Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional” que se caracteriza por: una innovada forma organizacional e institucional pública; un sistema de constitución normativa, garantista y rígida; un sistema alternativo de fuente; un control de constitucionalidad y una hermenéutica analógica¹⁸ que el juez constitucional dispone y lo llevan a tener la última palabra sobre aspectos controvertidos y trascendentes para el país; y porque la validez de las normas infraconstitucionales está condicionada a su conformidad con las normas constitucionales.

Hermenéutica analógica: la hermenéutica es la disciplina que enseña a interpretar. Interpretar como un proceso de comprensión que cala en profundidad, que no se queda en una intelección instantánea y fugaz. Para enfatizar el tema cabe recordar que Habermas, Otto Apel y Gadamer por ejemplo; pasaron por la etapa hermenéutica, y en el caso de Gadamer asume de Heidegger la idea de comprensión y, por lo mismo la interpretación es uno de los modos de existir del hombre, y por ello, más que un método, la hermenéutica es una forma de ser intrínseca del hombre.

El vocablo griego analogía viene de *aná*, que significa ir más allá, remontar, subir. Y del *logos*, que es razón, medida, palabra. Los latinos tradujeron analogía como *proportio*, proporción, equilibrio, medida. Se trata de una hermenéutica que busca la medida, la medida, la equidad (Lo propio

(N. Torbisco, 2006; L. Ferrajoli, 2003; L. Prieto Sanchís, 2003; R. Alexy, 2003a; M. Fioravanti, 2007; R. Dworkin, 2002; G. Zagrebelsky, 1997; J. Habermas, 1999; R. Guastini, 2001; P. Comanducci, 2005; M. Walzer, 1998; Ch. Taylor, 2001; W. Kymlicka, 1996; M. Carbonell, 2007; C. Nino, 2007), a fin de profundizar el análisis respecto a la ruptura del positivismo jurídico y el auge de una mayor complejidad socio-política neousnaturalista que rescata la inclusión, la participación, el control social, el respeto a la dignidad de la persona humana, la práctica del bien común y la perfectibilidad de la sociedad civil.

18 Conforme lo describe (Beuchot, 2008: 14) Apel y Habermas insisten en el carácter dialógico de la interpretación no sólo en cuanto a la invención, sino, sobre todo, en cuanto a la argumentación. Somos seres razonables, discursivos. Por ello estamos obligados a ofrecer argumentos para apoyar las interpretaciones que hacemos, sobre todo porque la interpretación nueva es la que más precisamente exige ser probada. Estamos en comunidades interpretativas, que son comunidades de diálogo. En la interacción dialógica prevalece el mejor argumento. Por ello, en el diálogo se presuponen las pretensiones de verdad y validez por las cuales asumimos que vamos a hablar con veracidad y sin falacias argumentativas, esto es, sin trampas. Se trata de una comunidad ideal de diálogo (Beuchot, 2008: 15).

de la analogía es la proporción y la distribución jerarquizada. La proporción la hace buscar una igualdad proporcional, en lo cual consiste la equidad (Beuchot, 2008: 28-29).

Por lo expuesto se asume que el neo-constitucionalismo es fruto de una segunda revolución institucional y del cambio de paradigma de la experiencia jurídica, en la que es relevante evidenciar la sumisión del legislador a normas jurídicas positivas como son: los principios ético-políticos jurídicamente positivizados en la Constitución garantista, normativizada y rígida, y que está por encima de la legislación ordinaria e internacional excepto los instrumentos internacionales que garanticen derechos fundamentales, aunque no hayan sido ratificados por el Estado.

Las condiciones sustanciales de validez, que en el paradigma del Derecho jurisprudencial premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista del *Estado legislativo de derecho* habían sido removidas por el principio puramente formal de la validez como positivismo, penetran nuevamente en el paradigma del *Estado constitucional de derecho* bajo la forma de principios positivos de justicia contenidos en normas superiores a la legislación (Ferrajoli, 2006: 267).

En resumen, el rasgo específico del constitucionalismo jurídico, que diferencia al Derecho de las democracias constitucionales modernas de los sistemas jurídicos-positivos pre o paleoconstitucionales, es una característica no menos estructural y no menos iuspositiva: la sujeción de las propias leyes al Derecho, de las que también depende el deber ser del Derecho, es decir, las decisiones que deben presidir a su creación, son artificiales y se positivizan a través de normas sustantivas de derecho positivo (Ferrajoli, 2006: 267).

Bajo el mismo enfoque, Zagrebelsky ha propuesto la superación del Estado –liberal– de Derecho y del Estado social de derecho, sustituyéndolos con el Estado constitucional, y ello implica un “auténtico cambio genético” (1997: 33) cuya principal novedad radica en que la Ley no va a ser la más alta expresión del Derecho; la generalidad y la abstracción de la Ley sufren variaciones, y es así como se asiste a la “pulverización” del Derecho legislativo, dando lugar a la intervención de múltiples agentes con

sus respectivos intereses en la elaboración de la ley. No obstante, este autor plantea la posibilidad de seguir manteniendo un ordenamiento jurídico toda vez que en la actualidad la Ley todavía no puede aspirar ser un factor de ordenación, debido a la heterogeneidad y contradictoriedad de los contenidos, muchas veces expresión de intereses particulares, y por ello expresa un desorden al que intenta a lo sumo, poner remedio *ex post factum* (Zagrebel'sky, 1997: 37).

En consecuencia Zagrebelsky, siguiendo a Ansuátegui Roig (1993: 121) sostiene que el principio de constitucionalidad es el elemento de unión necesario para evitar la anarquía jurídica y superar la restringida concepción positivista, sustituyendo la primacía de la ley por la primacía de la Constitución, en cuanto expresión de los principios y valores superiores sobre los que existe un consenso y que no sufren por lo tanto una discusión cotidiana. Así es como la Constitución aglutina en torno a sí todos los elementos jurídicos, respecto a los cuales la ley ha dejado de ser punto de referencia¹⁹.

Caso Ecuador

Al momento ya existen indicadores para deducir que Ecuador está inmerso en la transición al paradigma de la democracia sustancial (constitucional). Paradigma aún embrionario que puede y debe ser extendido en una triple dimensión: "1) para garantizar todos los derechos, no sólo los derechos de libertad sino también los derechos sociales; 2) frente a todos los poderes, no sólo los poderes públicos, sino también los poderes privados, no sólo del Estado sino también del mercado; 3) a todos los niveles, no sólo del derecho estatal, sino también del derecho internacional" (Ferrajoli, 2006: 277).

La democracia constitucional comprende la democracia radical deliberativa y participativa, y es consecuencia de una exigencia ética comunica-

¹⁹ Esto equivale a asumir que el principio de gobierno de las leyes (frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho) en vez del principio del gobierno de los hombres, ha dejado de ser tal. Lo que refleja la profunda transformación que incluso afecta a la concepción del Derecho (Zagrebel'sky, 1997: 34).

tiva, capaz de provocar que ninguna persona o grupo que se considere afectado por los problemas sociales sea excluido de la construcción colectiva de solución a los problemas comunes, ni de la búsqueda de estrategias promoviendo formas participativas interculturales en función de minimizar, erradicar y/o transformar los elementos estructurales de coerción; así como de cambiar el modelo político de Estado, las relaciones sociales de producción y las relaciones de poder.

En el caso ecuatoriano, la suficiencia orgánica, programática y discursiva del Gobierno que rige a partir de enero del 2007 se sustenta en el neoconstitucionalismo ideológico, teórico y metodológico; pero no lo connota ni lo usa como instrumento de articulación socio-política necesario para el cambio de modelo de desarrollo que el régimen promociona. Al margen de evidenciar que –teóricamente– Ecuador vive un régimen neoconstitucional o democracia constitucional, son recurrentes preguntas como las siguientes:

- ¿Cuál es el nivel de intersección del neoconstitucionalismo con el modelo denominado socialismo del siglo XXI; y que por otra parte no acaba por definirse?
- ¿Por qué el régimen, por una parte tiende a la subsunción del Estado en lo colectivo, y por otra, a la concentración del poder político y fortalecimiento del aparato estatal bajo esquemas de un institucionalismo y nacionalismo fuertes?
- ¿Por qué el Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional ecuatoriano no ejecuta a fondo la propuesta neoconstitucional, o explícita que ésta es una fase del experimentalismo político como transición al socialismo real?

En el sustrato teórico referido a la genealogía neoconstitucional se podrá advertir la correspondencia entre el Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional, con el enfoque socio-jurídico-político neoconstitucional. En esta perspectiva teórica Zagrebelsky (1997: 14-15) sostiene que en la sociedad pluralista:

(...) Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Estas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiere ser y preservarse como tal (...). La visión que muchos tienen en este período (...) es la de una gran desolación de ideales, ideologías y esperanzas truncadas que, en buena lógica, ya debería dar paso a un mortífero compuesto: en el plano económico, la competición ilimitada en el mercado de las cosas, de las ideas, de la política e incluso de los hombres y, en el plano cultural, la rivalidad destructora de las pequeñas identidades colectivas. Si así fuera, estaríamos dando un gran paso atrás.

También se puede colegir que las innovaciones constitucionales en las sociedades pluralistas impulsadas desde la perspectiva neoconstitucional (poniendo como ejemplo la sociedad pluralista, multicultural y plurinacional ecuatoriana) sirven a la consolidación de la democracia constitucional o jurídica, y a la superación de la cuestionada democracia electoral (representativa y excluyente) típica del inequitativo orden socio-económico-político impuesto desde el Norte, al Sur empobrecido.

Para correlacionar los temas tratados, es pertinente reiterar que la presente investigación aborda la problemática socioambiental en el ámbito interno ecuatoriano y supra-estatal, a partir del nuevo constitucionalismo latinoamericano (en clave neoconstitucional), no para suplantarlo a la dimensión holística del análisis socioambiental y mucho menos para posicionarlo como el único paradigma alternativo a la crisis de la modernidad y civilizatoria; sino para coadyuvar al fortalecimiento del Derecho ambiental (enfoque constructivista), y concomitantemente a la operacionalización de la Constitución, es decir: para que sea material, vívida y no meramente formal (de papel) parafraseando a Lassalle²⁰.

La utopía radica en tratar que Ecuador mute a la democracia constitucional y consolide el Estado constitucional de derechos, plurinacional: por-

20 Lasalle (1997) en su conocida obra “¿Qué es una Constitución?” contraponen la Constitución material (el efectivo reparto social del poder) con la Constitución formal, la obra escrita o el pedazo de papel, y advierte que las constituciones son en última instancia el resumen de los intereses de los Factores reales de poder.

que en estos tres elementos está la real diferencia con el Estado del *ancien régime* partidocrático. Las tres nociones básicas son ejes transversales de todas y cada una de las instituciones reconocidas y reguladas por la Constitución garantista, normativa y rígida, típica del neoconstitucionalismo y en el que rige la institución de control constitucional. Este control y las tres nociones básicas antes referidas, permiten destacar los cambios paradigmáticos del actual modelo de Estado constitucional de derechos, plurinacional ecuatoriano, frente al antiguo Estado de derecho (legiscéntrico); además coadyuvan a visualizar las innovaciones a nivel de la Teoría del Derecho y el modelo político de Estado. Tal cual lo señala Ávila (2009: 405):

El <i>Estado constitucional</i> ayuda a responder preguntas sobre:
¿Quién es la autoridad?
¿Cómo se hacen las normas?
¿Qué contenido deben tener?
El <i>Estado de derechos</i> por su parte permite dar respuesta a:
¿Dónde se encuentran las normas?
¿Para qué se las expide?
El <i>Estado de justicia</i> resuelve el problema del:
¿Por qué del Estado?

En materia ambiental son indispensables respuestas certeras a las preguntas formuladas; respuestas que expresen además la comprensión integral de la problemática socio-económico-política de la realidad nacional, desde la perspectiva holística como forma de expresión del conocimiento y que explica dicha realidad en base a los cuatro saberes: el *saber-qué* a partir de la investigación científica; el *saber-cómo* de la tecnología; el *saber-quién* en el marco de las instituciones sociales; y el *saber-por qué* relacionado a los valores (Narváez, 2004: 17).

Tópico 3: Derecho ambiental supra estatal

Es ineludible aproximar el debate socioambiental a categorías político-jurídicas forjadas en la cotidianidad, a golpe de carencias, de utopías de mujeres y hombres desgarrados por el desquicio de un sistema socio-eco-

nómico-político voraz; frente a las categorías creadas en función del interés crematístico y racionalidad económica extractivista; para entonces ubicar y atacar los hechos generativos de la crisis ambiental actual, que es la crisis de la modernidad, crisis del conocimiento y por ende civilizatoria (Leff, 2002, Beck et al., 2007; Morín, 2007).

El orden socioeconómico-político vigente en gran parte del mundo está basado en el modelo liberal-capitalista, y una vez desaparecido el “socialismo real” de planificación centralizada, este capitalismo global –insostenible ambientalmente y generador de inequidades– pervive a pesar de la crisis que lo acosa. Si Max Weber encontró a principios del siglo XX el espíritu del capitalismo en la ética protestante y la producción, para el siglo XXI dicho espíritu se encuentra en el consumo y la extracción, bases del crecimiento económico que sigue siendo determinante en el desempeño de cualquier Gobierno; en consecuencia, el modelo capitalista intrínsecamente está sujeto a la expansión y el crecimiento, y en la medida en que expansión y crecimiento dependen en gran parte de la extracción de recursos naturales no renovables, la naturaleza que es la base de tales recursos está condenada a ser explotada hasta la extenuación.

A lo expuesto se suma la decisión de las elites dirigida a impulsar el crecimiento, por lo que aparentemente queda poco margen para un cambio sustancial del modelo económico liberal capitalista. Por otra parte, la convocatoria a un estilo de vida austero y respetuoso con el medio ambiente apenas trasciende pequeños ámbitos y queda confinada en pequeños grupos, pero en cambio todos se preparan para crecer y competir; en consecuencia decrecer cuando los demás crecen suena a suicidio. De ahí se afirma que el modelo capitalista no tiene alternativa en el corto plazo; en consecuencia, en el marco de la racionalidad económica-instrumental se tornan inalcanzables la cohesión social y el respeto al medio ambiente.

Bajo tales circunstancias y conforme se verá en acápites posteriores, desde la Segunda post guerra mundial son más frecuentes cónclaves internacionales, por ejemplo: las conferencias convocadas por Naciones Unidas para analizar y decidir sobre aspectos socioambientales de carácter global, y de los cuales sobrevienen convenios y tratados que cuando son ratificados por el Estado, también son asumidos a manera de legislación interna o como insumos de la normativa ambiental pública. Tales eventos

no han sido convocados por mera formalidad, sino por la necesidad de diseñar alternativas para enfrentar los denominados “problemas globales”. Así lo sustentan (Martín Mateo, 1977; Deléage, 1993; Leff, 2002; Beck et al., 2007; Morín, 2007; aquellos problemas reflejan la crisis ambiental, que es una crisis del conocimiento y civilizatoria.

A partir de lo expuesto cabe inferir que el Derecho ambiental actual es una disciplina que evoluciona vertiginosamente. Científicos sociales y juristas no dudan en afirmar que el Derecho ambiental es una novísima disciplina jurídica de matriz desconcertante, cuyo contenido es predominantemente social, aunque a la par es considerado un derecho personalísimo; y constituye un derecho subjetivo privado/público con base constitucional. Además está de por medio la naturaleza compleja de su tipología difusa, grupal, colectiva, comunitaria, característica de los denominados derechos de incidencia colectiva (conocidos por la doctrina procesal como intereses difusos). Esto deriva en que pueden, de modo fungible, incidir en situaciones en las que estén en juego derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples.

Es un nuevo derecho transmutante y por lo tanto es “invasor”, “abarcativo”, que instalado como una problemática de urgente solución, produce disfuncionalidades –por la insuficiencia adaptativa– en los institutos ortodoxos, clásicos, históricos, del derecho de tradición romana y liberal de base individualista (positivismo jurídico); transformándolos, cambiándolos, flexibilizándolos y modificando su impronta genética, para satisfacer necesidades generales de amplios sectores sociales que demandan respuestas ineludibles.

Todo esto le asigna al Derecho ambiental un carácter de “insurgencia” contra el enfoque civilista clásico, en la medida en que lo compunge a una inminente adaptación a las nuevas realidades socio-económicas, jurídico-políticas y ambientales.

Se argumenta además que es un Derecho solidario con interdependencia de los derechos a la vida, salud, libertad e intimidad y en franca simbiosis con el desarrollo económico sustentable. Es un Derecho subordinado que vela por intereses colectivos o difusos, sobre bienes de uso y goce colectivos. Su singular teleología asume “la calidad de vida” como valor y el reconocimiento a la dignidad humana como fin.

Crespo (2011: 37) argumenta que el derecho es una de las herramientas claves de política ambiental. Pero el Derecho ambiental no funciona en el vacío y debe complementarse con otros medios como la educación ambiental para lograr el cambio de valores, con la economía ambiental para incorporar instrumentos económicos e incentivos y con la planificación territorial para aplicar el enfoque ecosistémico, entre otras disciplinas. En este sentido, relaciona al Derecho ambiental con las políticas ambientales asumidas como el conjunto de objetivos, principios, criterios y orientaciones generales para la protección del ambiente, y el Derecho ambiental es uno de sus instrumentos.

Lo relevante radica en evidenciar la diferencia entre el marco jurídico ambiental asumido por el positivismo jurídico y el asumido a partir de la constitucionalización del Derecho ambiental (en clave neoconstitucional). En este sentido, se prioriza el enfoque neoconstitucional porque es expresión de la nueva cultura jurídica y por su importante rol en la activación de la conciencia ambiental: sea que actúe como dispositivo político de resistencia²¹ a la degradación de la naturaleza que conlleva al aceleramiento del cambio climático, sea como resistencia a la inequidad y la pobreza, a la exclusión y al nihilismo neoliberal. Entendida la resistencia en clave neoconstitucional, es una forma de ejercer la libertad y un conducto hacia la democracia constitucional. Este elemento (político) simbólico permite abordar un nuevo tópico a partir de las siguientes preguntas:

- ¿Libertad para qué? ¿Para decidir un “Orden normativo” o sistema jurídico que exprese la dialéctica concreta de una sociedad determinada, en condiciones políticas específicas y dentro de ciertas directrices supra-estatales propiciatorias de los derechos de la naturaleza, del *sumak kawsay* y del respeto a la otredad?
- ¿Libertad para asumir además: las (políticas) teorías de la distribución y el reconocimiento, de las diferencias y de la tolerancia, en función

21 El Art. 98 de la Constitución Política de la República (2008), prescribe: Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.

de concretar la democracia constitucional? (Taylor, 2001; Fraser y Honneth, 2003; Young, 2001; Walzer, 1998; Ferrajoli, 2004).

Desde las cuestiones acotadas y para proponer nexos conceptuales que guíen la aproximación al Derecho ambiental en el marco jurídico-institucional del Estado constitucional de derechos, se desarrolla una tercera constatación.

Constatación

El Derecho ambiental no es la base legal de un Estado ambiental de derecho, porque no existe un Estado con esa denominación; sin embargo, constituir un “Estado constitucional y ambiental de derechos”, es una opción históricamente justificable. Hoy se habla del Estado ambiental como fórmula superadora de la fórmula constitucional (después del Estado de derecho y del Estado social de derecho), pero ya se empieza a hablar de la superación del (Estado constitucional de derechos) para significar que la preocupación ambiental es determinante en la forma de Estado de los tiempos actuales. Constituir el “Estado constitucional y ambiental de derechos, plurinacional” no es sólo una apuesta ideológica, todo lo contrario, supone importantes consecuencias prácticas²². Por ejemplo: la juridificación de los conflictos ambientales y la afirmación del principio de constitucionalidad ambiental como fase superior del principio de la legalidad típico del proscrito Estado de derecho, en el caso ecuatoriano. De todas formas, el Derecho ambiental es multidisciplinar y se sustenta en la iusfilosofía, filosofía política, teoría general del Derecho, ecología, sociología, química, economía ambiental, biología y otras ciencias naturales y sociales. Es producto de la constante evolución de las normas jurídico-administrativas ambientales a nivel supra-estatal, nacional y local en circunstancias históricas específicas.

La alusión histórica al ordenamiento jurídico es pertinente para referir su relación con el Estado moderno y sistema socio-económico-políti-

22 Por ejemplo, se sugiere ver el desarrollo sostenible como una cláusula de interpretación finalista y título de intervención; y en lo ambiental, un elemento de restricción de la discrecionalidad administrativa a tener en cuenta en toda decisión con efecto o repercusión ambiental.

co que lo caracteriza, y cuyo origen se registra con la revolución burguesa de 1789, y es útil para evidenciar cómo la dimensión jurídica es elemento clave para la consolidación de los objetivos económicos y patrimoniales personales, que vienen desde la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, en cuyo contenido consta el carácter sagrado de la propiedad; también típico del Estado liberal de derecho.

La sinopsis de los modelos de Estado: liberal, social de derecho y democrático social de derecho; sirve para enfatizar que cada uno de ellos posee características específicas conforme a las circunstancias históricas en las que tuvieron y tienen vigencia, no obstante, la descripción de sus características comunes está hecha para designarlos con el nombre de “Estado de derecho”²³ y para sustentar que bajo este modelo sí existe una normativa ambiental, pero que no es determinante, como sí lo es en el Estado constitucional de derecho(s) auspiciado por el nuevo constitucionalismo latinoamericano (en clave neoconstitucional).

Para enfocar el tema desde este punto de vista, cabe tener en cuenta que en el Estado liberal se establecen los derechos del hombre y del ciudadano (civiles y políticos); en el Estado social de derecho permanecen estos y se promulgan los derechos económicos, sociales y culturales (DESC); en el Estado social democrático de derecho se concretan los denominados derechos colectivos y difusos, relacionados a los recursos naturales comunes como el aire, el agua o los del subsuelo como el petróleo, por ejemplo; y en el Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional, prevalecen los derechos fundamentales y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. En este punto, procede tomar en cuenta que conforme a la CRE, Art, 11, numeral 6: todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Es decir, son derechos fundamentales justiciables y exigibles.

23 En *lato sensu* corresponde tener en cuenta los diversos modelos de Estado históricamente registrados: Estado liberal, Estado social de derecho (Estado de bienestar), Estado social democrático de derecho, Estado socialista, Estado constitucional de derechos intercultural y plurinacional; sin embargo, en el presente trabajo se hace énfasis en la caracterización del “Estado de derecho” como noción descriptiva de las cuatro primeras categorías, a fin connotar las diferencias sustanciales con el “Estado constitucional de derechos”, particularmente en materia ambiental.

Un énfasis radica en que por primera vez en el mundo se prescribe constitucionalmente el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, Arts. 71, 72, 73, 74 de la Constitución ecuatoriana de 2008. De ahí que un tópico complementario consista en el estudio del rol del Estado en materia de legislación respecto a la naturaleza jurídica de la naturaleza²⁴, y en función de observar el tratamiento patrimonialista y mercantilista que históricamente le asignaron a la naturaleza los ordenamientos jurídicos de los diversos modelos de “Estado de derecho” (sobremanera el de corte liberal en su fase originaria), argumentando que el fortalecimiento de la dimensión ambiental podía obstruir la libertad que requerían los negocios privados, y lo que es más, podía debilitar u obstruir el proceso de acumulación de capital.

Esta clásica pretensión de apropiación privada de los bienes comunes haciendo prevalecer el concepto de los derechos reales, choca frente a la tendencia actual que boga por los derechos colectivos e intereses difusos, por los derechos de la naturaleza y el *sumak kawsay*²⁵, por el énfasis en el principio precautorio e interés general ambiental y por la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba en los procesos legales ambientales.

Ciertamente la constitucionalización de la dimensión ambiental está directamente ligada a la constitucionalización de demandas sociales claves, tales como: la interculturalidad, la plurinacionalidad, la territorialidad y autodeterminación de los pueblos indígenas, la participación ciudadana y el control social de la gestión ambiental pública, además del *sumak kawsay*, lo que connota la evolución del pensamiento político-jurídico

24 Derechos de la naturaleza: CRE, 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” (Art. 71). Se reconoce que la naturaleza no es objeto de explotación sino el espacio donde reproduce y realiza la vida.

25 El *sumak kawsay* (buen vivir) como estructurador de la nueva Constitución implica el reconocimiento de las concepciones de sustentabilidad y respeto a la naturaleza promovidos por las sociedades indígenas (...). Es utopía de un proyecto de vida en común a ser ejecutada por la acción de la ciudadanía (Acosta, 2008: 33).

socio-ambiental²⁶ claramente visible en el modelo de Constitución garantista, normativa y rígida. En todo caso, al margen de las constataciones hechas, cabe preguntar:

- ¿Las pretensiones socio-político-ambientales de los movimientos sociales alcanzadas hasta ahora, ponen coto o agotan un ciclo de confrontación política (Estado-pueblos) para dar paso a una democracia deliberativa (consensuada) en función de la operacionalización de los derechos?
- ¿Cuáles serían los mecanismos político-sociales instrumentales que rijan en la etapa de post-constitucionalización de los derechos, y que puedan ser usados como dispositivo para su concreción, o para llegar a acuerdos y negociaciones inter partes (Estado y actores subalternos)?
- ¿Cómo asegurar que la participación ciudadana y el control social de la gestión pública vayan de la mano con procedimientos deliberativos, de acceso a la información ambiental, toma de decisiones trascendentes para el país y en función de la “subsunción del Estado en lo colectivo”?

Finalmente, para aportar a la reflexión sobre los temas y preguntas planteados, es pertinente hacer referencia a un aspecto importante que alude al “sentido ambiental socialmente determinado” y subsumido en varios tópicos técnicos relacionados a la problemática socioambiental global. El objetivo de los tópicos es evidenciar que no existe ninguna ciencia que permita dar un enfoque global del ambiente como totalidad, en la que lo inerte y biótico interactúan, se inter influyen y condicionan mutuamente formando ecosistemas dinámicos y cambiantes, en el marco de un mundo que enfrenta desafíos socio-económico-políticos y ambientales de gran envergadura y que demanda cambios en los valores, en las instituciones, en el comportamiento de los agentes económicos transnacionales e internos de cada país, de los propios estados y del sistema mundial.

26 La nuevas constituciones garantistas prescriben la defensa y preservación ambiental, consideran a los recursos como bienes a proteger por y para las presentes y futuras generaciones, lo que muestran atención a lo que ha dado en llamarse las bases materiales del constitucionalismo.

En todo caso: el creciente desarrollo del Derecho ambiental internacional desde los años setenta ha traído, en paralelo, la proliferación de instituciones internacionales y organizaciones que trabajan en esta área. Hay actores que participan en aspectos relativos al orden jurídico internacional ambiental, respecto a la negociación, aplicación y cumplimiento de los acuerdos ambientales internacionales. Al mismo tiempo, la complejidad de los problemas ambientales ha demandado la participación de entidades económicas, asociaciones profesionales, científicas y redes de ONG. Pero son los estados los principales sujetos del derecho internacional ambiental. Son los que crean, adoptan y aplican los principios y reglas, establecen las organizaciones internacionales y permiten la participación de otros actores en el proceso jurídico internacional. Su papel depende de la problemática abordada y de la relación que tenga esa problemática con los intereses estatales a nivel socio-económico, geo-político y científico-tecnológico.

Tópico 4: Derecho ambiental nacional

La industrialización iniciada hacia la década de los años treinta-cuarenta constituye un factor pionero de la crisis ecológica que vive América Latina. La incipiente industrialización tuvo como base la sustitución de algunas importaciones provenientes de la industria liviana, entre otras: textiles, metalurgia ligera, alimentación, cuero y calzado. Esta industrialización básica no significa que los países dejen de ser productores de materias primas, tal es el caso que la mayoría sigue dependiendo de la exportación agropecuaria, minera e hidrocarbúfera.

Por otra parte, la creciente urbanización significó un aumento de las actividades comerciales, financieras y de la construcción, generando graves problemas de transporte y comunicaciones. En este sentido, los procesos de industrialización y urbanización masiva incrementan la generación de desechos domésticos, efluentes, desechos tóxicos peligrosos; contaminación del aire, suelo y aguas, que constituyen la expresión de un proceso profundo de crisis ambiental; y por otra parte, el acceso paulatino a artefactos eléctricos de la más variada índole provoca un elevado con-

sumo de energía que es satisfecha, en gran medida: a partir del uso de recursos naturales no renovables, cuya extracción implica graves impactos negativos a la naturaleza.

El incremento de la extracción y producción y de las nuevas pautas de consumo es estimulado por la concepción “desarrollista”, más interesada en un tipo de “crecimiento” industrial que en un modelo sustentable de desarrollo; y en función de ese “crecimiento” se facilita el control de las industrias latinoamericanas por parte de las empresas transnacionales, reforzando la importación de tecnologías que acentúan las condiciones de dominación y dependencia de los pobres países de América Latina. En cada país hay epígonos que asumen y respaldan la racionalidad instrumental económica mundial, en función de sus propios intereses económicos y políticos.

A esa época y en tales condiciones: el continente latinoamericano adolece de una carencia legal ambiental inimaginable. No existe un ordenamiento ambiental que comprenda las normas legales básicas vinculadas al uso y conservación de los bienes y elementos que componen el ambiente, integrado a la vez por el entorno natural y sus componentes biológicos y los recursos naturales abióticos, además del entorno creado, cultivado o edificado por el hombre. Tampoco existe una normativa suficiente de control de gestión de los procesos industriales, productivos, de urbanización y de manejo de desechos, etc., ni la tipificación de delitos o contravenciones penales ambientales. Ello equivale a decir que no existe un Derecho ambiental propiamente dicho, ni doctrina suficiente para su formulación, mucho menos decisiones jurisprudenciales correlativas. Pero sí son evidentes ciertas normas técnicas conexas a la seguridad industrial y salud ocupacional para la preservación de la infraestructura y vida de los trabajadores, relativamente pocas normas sanitarias y muy pocas para la gestión y protección ambiental. De estas condiciones generales no escapa Ecuador, y por el contrario, algunos aspectos son mayormente críticos. Una aproximación a la dimensión ambiental ecuatoriana sostiene que:

(...) ésta ha sido trabajada desde dos perspectivas: la conservacionista y la utilitaria. La primera asumía que los espacios naturales debían mantenerse totalmente apartados de la dinámica social, lo cual ocasionaba islas de

conservación y generaba la concepción de que los recursos naturales son obstáculos para el desarrollo. La perspectiva utilitaria consideraba que la naturaleza existía como un medio para servir a las necesidades económicas, por lo que la destrucción de los ecosistemas se convertía en una externalidad necesaria. A estos enfoques se suma una débil acción ambiental y una esporádica participación social en estos temas (Albán-Martínez, 2009 citado en Narváez Iván, 2011: 172).

Dadas las circunstancias descritas, desde la década de los años cuarenta ya es emergente un enfoque de gestión que gire en torno a tres ejes principales: manejo institucional del tema ambiental, límites físicos de los ecosistemas, y la participación social en la formulación del marco normativo, institucional de políticas, y control social de la gestión ambiental pública, pero tuvo que pasar mucho tiempo para situarse en los términos que se detallan.

Constatación

El ámbito legal ambiental evoluciona paulatinamente en los últimos cincuenta años y en Ecuador es evidente en tres etapas que se suceden: la sanitaria, la conservacionista y la ambiental. Cada una de ellas está marcada por específicas circunstancias de carácter económico, político y tecnológico. No obstante, uno de los factores que incide sobremedida en la configuración del Derecho ambiental es el marco normativo internacional, particularmente impulsado por las instituciones del Sistema Mundo, que han permitido establecer políticas ambientales y sus instrumentos para el manejo sostenible de los ecosistemas, los cambios administrativos en general, y los instrumentos que tienen que ver con la aplicación de la normativa ambiental que han sido incorporados progresivamente en los diferentes planes nacionales de desarrollo, cuyo horizonte cubre el corto, mediano y largo plazo.

Con relación a los principios de la política ambiental, responden a un estándar internacional que ha puesto énfasis en el principio precautorio, en cuanto punto nodal de la Declaración de Río 92, y base de lo que com-

prende el desarrollo sustentable. Algunas novedades de política ambiental aparecen más bien en la legislación sectorial, a veces como criterios complementarios de las políticas generales, tal como sucede con la Ley de Biodiversidad ecuatoriana, por ejemplo (Narváez Iván, 2011:178), pero los avances constitucionales más sobresalientes a partir de 2008 pueden ser: el establecimiento del *sumak kawsay*; el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos; establecimiento del agua como derecho humano; determinación de los principios: de subsidiariedad del Estado, de prevención, precaución, *induvio pro natura*, *reparación in natura*; la imprescriptibilidad de acciones por daños ambientales, intangibilidad de las áreas protegidas; establecimiento de un sistema de áreas naturales protegidas; la función ambiental de la propiedad; constitucionalización del sistema nacional de descentralización de la gestión ambiental; creación de la superintendencia del ambiente y la ampliación de los regímenes especiales; Amazonía y los marino-costeros; la responsabilidad objetiva e inversión de la carga de la prueba para demandar por daños ambientales.

La adopción de estos elementos político-jurídicos responden a la incidencia de las luchas sociales y del nuevo constitucionalismo latinoamericano, y se inscriben dentro de un modelo de desarrollo socioeconómico y político neonacionalista e institucionalista radical, que ha iniciado un proceso de creación y reformas legales acopladas al mandato constitucional, sin precedentes en la historia del país. A partir de la dicotomía del desarrollo económico (social y ambiental), Ecuador se plantea un dilema que se manifiesta en las siguientes preguntas:

- ¿Cómo lograr un crecimiento económico sin ir en contra de su capital natural?
- ¿Cómo lograr un real desarrollo sustentable en el cual se armonicen el crecimiento económico, la equidad social y la sostenibilidad ambiental?
- ¿Cómo construir un desarrollo socio-económico basado en el uso sostenible de su capital natural?

Las respuestas a estas interrogantes van desde políticas sectoriales basadas en la promoción del desarrollo territorialmente equilibrado, hasta la participación ciudadana y el uso de criterios técnicos de cara a decisiones

sobre el manejo adecuado de recursos. Para el efecto, estos elementos constan en el Plan Nacional de Desarrollo ecuatoriano, y se requiere el desarrollo de políticas más específicas que permitan alcanzar los 12 objetivos allí planteados. De tal forma que son las políticas sectoriales de corto y mediano plazo las que inciden en los aspectos más críticos que conforman la falta de igualdad de oportunidades de los territorios (Senplades, 2010; MAE, 2010a: 4; Narváez, Iván, 2011: 184-185).

Tópico 5: Extractivismo y etnocidio

En la década de los años setenta, Ecuador acelera la extracción de materias primas para la exportación, se insiste en el proceso de industrialización como fomento al modelo de sustitución de importaciones para satisfacer la demanda interna de bienes y servicios y acelerar la inserción de la economía ecuatoriana en el mercado internacional. Entonces el energético fósil descubierto en la Amazonía norte hacia 1967 se convierte en 1972 en uno de los principales rubros de exportación generador de divisas que demanda el Estado para el desarrollo del país, con ello, ratifica su condición de productor de materias primas requeridas por el mercado mundial, sino en iguales, quizá en peores condiciones de dominación y dependencia que en períodos históricos anteriores.

De lo expuesto se deduce y no hay duda respecto a que el espacio ecuatoriano pertenece desde hace siglos a la periferia dominada, en consecuencia ha sido y continúa siendo dependiente de los centros hegemónicos del poder mundial, y en este sentido hay razón para asumir lo que fundamenta Deler (1996: 122): (...) una importante fracción del espacio ha estado siempre organizada en función de las necesidades externas, en consecuencia, la historia económica del espacio ecuatoriano está jalonada de ciclos de producciones especializadas, con sus fases de exportaciones "milagrosas" en las cuales las elites han creído, periódicamente, ver realizada la prosperidad que habría podido aportar, al alba de la colonización, la búsqueda del Dorado mítico; de ahí una sucesión de edades de oro en la memoria colectiva de las clases dominantes en diferentes épocas: ciclo del oro del siglo XVI; ciclo del vellocino de oro del siglo XVII; ciclo de la

pepa de oro (cacao) entre 1880 y 1920; ciclo del oro verde (banano) entre 1948 y 1960; ciclo del oro negro (petróleo) desde 1972 en adelante; en el siglo XXI se vislumbra el ciclo del oro azul (agua) y la minería emula al ciclo del vellocino (Narváez, 2009: 136).

En medio de este espejismo aurífero, la región amazónica ecuatoriana es una fracción y prolongación de la periferia dominada, y la explotación petrolera la ha convertido en un espacio banal de interrelación compleja donde (en diferentes momentos) se expresan intereses que reflejan contradicciones antagónicas entre el Estado; empresas transnacionales (TEXACO, MAXUS, OCCIDENTAL, CITY, ENCANA –Andes Petroleum, YPF–REPSOL, PETROBRAS, PERENCO, AGIP, por ejemplo); pueblos indígenas, organizaciones sociales, ONG, organismos seccionales, instituciones de investigación y militares, comerciantes furtivos, iglesias y lumiares. Estas contradicciones han sido tamizadas por fenómenos socio-económicos, políticos y ambientales relacionados al proceso extractivo.

Pero es el Estado el principal (des)constructor del espacio amazónico, ya como responsable de la política económica del país, de su organización físico-espacial e integración, o para tutelar los derechos colectivos de los pueblos indígenas al territorio y autodeterminación o de la naturaleza como sujeto de derechos. Pero hacia 1970 el crecimiento económico que pretende impulsar el Estado se basa en un modelo tecnológico-industrial, que demanda modernización y capital para acentuar la hegemonía político-empresarial en función de la internacionalización de la economía²⁷; y el petróleo extraído de la Amazonía es una fuente de recursos económicos que el erario demanda y dispone para aquello. En tales condiciones la Amazonía es el área alternativa de dominio extractivista y desarrollo agro-industrial forjada por el propio Estado, en función de los objetivos antes mencionados y para enfrentar las deficiencias estructurales e insuficiencias económicas públicas que agravan la inequidad que caracteriza al país.

Con la consolidación de la industria petrolera el Estado ecuatoriano controla el proceso extractivo y marca los diversos cambios fundamental-

27 Si la arquitectura de gobernanza global de la economía mundial, va más allá del mercado y de la intergubernamentalidad y toca los campos de acción regionales y locales, también la arquitectura de la gobernanza global ambiental actúa sobre la intergubernamentalidad y llega a los campos de acción regionales y locales, actuando como instrumento funcional a la globalización (Narváez,

mente en los sectores financiero, comercial, industrial, de la construcción, en la generación hidroeléctrica, en los medios de comunicación, parque automotor, etc., que como nunca antes obtuvieron un alto índice de crecimiento, lo que confirma que el mayor porcentaje de los ingresos petroleros fueron destinados a dichos sectores²⁸, y un porcentaje muy significativo al pago de los servicios de la deuda externa. El proceso extractivo amazónico ecuatoriano se inicia y permanece por casi dos décadas sin un sustento legal e institucional ambiental que permita el control de la gestión empresarial privada y pública a nivel físico, biótico y social dentro de especificaciones técnicas.

Constatación

No obstante la bonanza económica petrolera de los años setenta sobreviene la crisis, y varios analistas consideran que ésta es producto del crecimiento del Estado, de la burocratización; otros sostienen que es socio-económica y que hay que entenderla por el lado de la dependencia y concentración económica, cuya evidencia objetiva se expresa en el intercambio desigual, en el aumento permanente de la deuda externa, por ejemplo. Un tercer enfoque está dado por los sectores que impulsan el modelo neoliberal, la globalización, la privatización de la riqueza pública, y aducen que las crisis se acentúa por el sobredimensionamiento del Estado y su intervención en el proceso económico; el cuarto enfoque es opuesto

28 En la década del auge petrolero el Ecuador experimentó un proceso de transformaciones económicas, sociales y políticas que se consolidó con la implementación de la política “nacionalista y revolucionaria” del Gobierno militar presidido por el General Guillermo Rodríguez Lara (1972-1976), la cual entre otros objetivos buscaba ampliar la participación directa del Estado en el excedente productivo. Sólo entonces los recursos petroleros permitieron fortalecer el sector externo y ampliar los ingresos fiscales que repercutieron en el rápido crecimiento económico, inyectaron dinamismo al sector financiero, industrial e impulsaron el proceso de modernización de la estructura social. La bonanza petrolera generó un creciente desequilibrio entre las exportaciones que se multiplicaron por 7 entre 1971 y 1980, mientras las exportaciones de productos no petroleros se multiplicaron por cuatro. La participación del petróleo en las exportaciones pasó de 18,5% al 62% entre 1972 y 1980 y en 1985 alcanzaba el 62,5% del PIB. Por otra parte, el crecimiento de la deuda externa tuvo como consecuencia el aniquilamiento del excedente comercial (Bocco, 1987: 2).

al anterior y está sustentado por los movimientos sociales y actores políticos de tendencia nacionalista, argumentando que las condiciones en las cuales se extrae el energético²⁹, únicamente favorece a las transnacionales y grupos internos del poder, en desmedro del interés social incidido por la vorágine de una crisis reflejada en el incremento de la desocupación, desmejoramiento de la calidad de vida, migración indiscriminada, y exclusión socio-económica-política de los sectores urbano marginales y mayormente dramática para los pueblos indígenas y la biota amazónica.

El BID hacia el 2004 ya registra que las crisis política y económica recientes combinadas con los desastres naturales y choques externos han tenido un fuerte impacto sobre la población más vulnerable. El porcentaje de la población en situación de pobreza aumenta del 34% en 1995 a 56% en 1999. La incidencia de la pobreza es más fuerte en las zonas rurales (77%) y en las poblaciones indígenas (78%) y afroecuatorianas (más del 70%). Los pueblos indígenas, las comunidades afroecuatorianas y las mujeres son los más afectados por la falta de oportunidades. Sólo el 53% de la población indígena accede a la educación primaria, 15% a la secundaria y menos del 1% a la superior. El 13,8% de mujeres mayores de 15 años son analfabetas frente a un 9,5% de hombres y el 9,9% de niñas no se matriculan en secundaria por el trabajo doméstico (BID, 2004: 10). En el área urbana el 82,1% de las mujeres no acceden a la formación universitaria frente al 76,8% de los hombres. En el área rural, esta proporción es del 96,7% de mujeres frente al 95,3% de hombres. En función de aproximar al contexto nacional la problemática amazónica, procede anticipar que las provincias de esta región muestran un índice de necesidades básicas insatisfechas, así como un dinamismo demográfico más alto que el observado en las otras regiones del país (Narváez, 2009: 91).

Lo cierto es que al margen de la riqueza petrolera: 6 de cada 10 ecuatorianos y ecuatorianas han cumplido la primaria; 8 de cada 10 no asisten a la secundaria; 9 de cada 10 niños, niñas y adolescentes matriculados

29 La política neoinstitucional en el sector petrolero se inclina hacia la apertura (mayor participación del capital privado transnacional), en base a programas formulados desde su auto-referencia, sin embargo, el país no alcanza un desarrollo extractivo que lo convierta realmente en país petrolero, y cuando ya se ha consumido más del 50% de las reservas, resulta difícil propiciar un boom extractivo.

en la zona rural pertenecen al sistema hispano y 1 de cada 10 pertenece al sistema intercultural bilingüe. En este marco, en la década de los noventa se aplicaron los programas de ajuste estructural que tuvieron efectos negativos en la inversión pública y el gasto social que cayó de 12,1% del PIB a principios de los ochenta, a 5,2% en 1995, es decir, una caída de más del 50%. Estos datos muestran los niveles de exclusión en que se encuentran particularmente los pueblos indígenas, debido en gran parte al rompimiento de los espacios formales de relación Estado-pueblos indígenas. (Escuela de Gobierno y Políticas Públicas, 2007: 10). Comparando la información anterior con datos preliminares del censo del 2010, aquellos datos no han cambiado sustancialmente.

• Pueblos indígenas

El actor relevante erigido como contrapoder y legítimo contradictor del modelo extractivista en la Amazonía son los excluidos, pueblos indígenas organizados en centros y/o comunidades a nivel local, en federaciones provinciales y en la confederación regional CONFENIAE, que gira en torno al enfoque político de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) y de la cual es filial.

Los pueblos indígenas activaron el dispositivo político de la reivindicación amazónica desde una perspectiva plurinacional, tratando de hacerla prevalecer desde su propia cosmovisión. Su discurso ha estado construido en torno a un marco ideológico, político, jurídico y moral emancipatorio y vindicativo del reconocimiento de la diversidad y las diferencias, de la tolerancia y pluralidad jurídica, de la inclusión y la equidad, de los derechos de la naturaleza y el *sumak kawsay*; particularmente por la redefinición del Estado y el cambio de las relaciones de poder; pero han coadyuvado al establecimiento del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional, y respaldan un nuevo modelo de desarrollo no sustentado en la extracción de recursos naturales no renovables.

En igual forma, es explícita su oposición a la distribución inequitativa de la renta petrolera, a los procesos industriales contaminantes, a la deficitaria gestión ambiental, al relacionamiento comunitario empresarial transnacional convertido en instrumento de cooptación, control, vigilan-

cia y castigo indígena: todos mecanismos que propician la perpetuación de la colonialidad de la que han sido víctimas como sujetos individuales o como pueblos y nacionalidades; dicha colonialidad se expresa en las políticas de Estado, en la ausencia de equidad entendida como igualdad y unidad en la diversidad y en cuanto problema estructural histórico e integral que se manifiesta en tres condiciones relacionadas a la realidad indígena: inequidad económica, discriminación cultural y exclusión política (CODENPE, 2004 en Metz, 2006: 20).

Si bien es cierto las vindicaciones indígenas han sido planteadas y constan en el marco jurídico-constitucional, lo grave es que no se operacionalizan tal cual están prescritas, es decir: la ineficacia garantista y tutelar pública pone en riesgo derechos fundamentales, y particularmente los derechos colectivos y los de la naturaleza. Por ejemplo: la extracción de recursos naturales no renovables en áreas naturales protegidas y en territorios indígenas continúa; la declaratoria de zona intangible para preservar la integridad de los pueblos en “aislamiento voluntario” es irrelevante por falta de control y sanción de la explotación furtiva de flora y fauna; la vida de los pueblos libres tagaeri y taromenane garantizada en los ordenamientos jurídicos interno y externo, está en riesgo frente a la irreversible expansión extractivista auspiciada por agencias gubernamentales sectoriales y visión tecnocrática eminentemente crematística, que por estar investida de poder burocrático cree tener derecho a decidir la extracción a nombre del interés general (asumido como interés nacional), generalmente haciendo caso omiso de las normas y regulaciones ordinarias relativas al control social y participación ciudadana, y aún de la propia Constitución del 2008 que se caracteriza por ser garantista, normativa y rígida (ecológica).

Es fundamental tomar en cuenta que la inobservancia de los derechos al control social de la gestión pública y la participación ciudadana; consulta libre, previa e informada; operacionalización del derecho indígena al territorio y autodeterminación; es atentatoria a los derechos fundamentales y en consecuencia a los derechos colectivos y al derecho a la vida de los pueblos indígenas mayormente vulnerables. Toda inobservancia jurídica da lugar a la configuración de diversos delitos; y en el caso de una decisión política tecno-burocrática violatoria de la Constitución garantista,

normativa y rígida, o de los convenios y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador da lugar a presentar ante los tribunales y cortes nacionales e internacionales demandas en contra del Estado, por delitos inconfesables de lesa humanidad como la desterritorialización o el etnocidio.

- El etnocidio

Este fenómeno es mayormente visible en estados donde existen pueblos diversos, pueblos indígenas que constituyen un caso especial de grupos étnicos y que se consideran en general minorías demográficas, habida cuenta de las circunstancias históricas de su conquista e incorporación a las nuevas estructuras estatales, así como de su apego a la tierra y al territorio y de su resistencia secular al *genocidio*, al *etnocidio* y a la *asimilación* (Stavenhagen, 1988, 2006, 2008; Albó, 2005; Díaz-Polanco, 1991; Anaya, 2005; Burguete Cal y Mayor, 2010; Ortiz, 2010; Chirif, 2010).

Los diversos tratadistas han definido al etnocidio como: represión, deslegitimación o exterminio de los rasgos culturales de los pueblos indígenas y afro descendientes, aunque sus miembros sobrevivan como individuos. El etnocidio provoca la muerte de la diversidad cultural e implica la lenta desaparición de la especificidad de los hombres y de los pueblos. La vieja colonización violenta ha dado paso a un neocolonialismo pacífico y mercantil, que pretende imponer por todas partes su visión del mundo. Para ello lo primordial no es dominar física, psíquica y culturalmente a las poblaciones de las potenciales áreas de expansión productiva o extractivista. El agente privilegiado de este neo-colonialismo es el *etnocidio*, fenómeno que se puede definir como un genocidio cultural, genocidio de “buena conciencia”, ejercido “por el bien del salvaje”, conforme a la visión del neo-colonizador.

Los resultados del etnocidio son tanto o más atroces que los de la exterminación física. [Recorre a] la repudiación [que] consiste en que la relación de un grupo con el otro se interpreta según el esquema dualista naturaleza/cultura. La “sociedad civilizada” juzga a la “sociedad salvaje” como inferior, infra-humana. Las culturas diferentes a la de uno pasan a ser con-

sideradas “infra-culturas”, naturas. En esta lógica, las culturas “salvajes” están destinadas de ser “elevadas”, “redimidas” mediante la dominación. Esta dominación no excluye la violencia física o la aniquilación de una raza (genocidio); tampoco excluye el etnocidio, pero aquí este se produce como consecuencia directa del ejercicio de la dominación violenta, lo que la diferencia de la otra manifestación de alterofobia: la asimilación [El otro recurso es] la asimilación, una manifestación alterofóbica más sutil, menos polémica. Consiste en la negación de la diferencia mediante la asimilación a sí mismo (Stavenhagen, 1988).

El otro es idéntico a uno mismo, lo que evita plantear el problema de la diferencia de la otra cultura. La distancia es censurada. Se trata de un etnocidio con “buena conciencia”, que corresponde al fenómeno neocolonialista de nuestros días. El etnocidio actúa en dos movimientos consecutivos: la aculturación, que genera una heterocultura; y, la asimilación efectiva, el etnocidio propiamente dicho. El etnocidio comparte con el genocidio una cierta visión del otro, pero no adopta una actitud violenta, sino, al contrario, una actitud “optimista”; los otros, sí, son “malos”, pero se les puede “mejorar” obligándoles a transformarse hasta devenir idénticos al modelo que se les impone; el etnocidio se ejerce “por el bien del salvaje” (Stavenhagen, 1988).

Estando de acuerdo con Stavenhagen, la actitud etnocida por él descrita se inscribe en el axioma de la unidad de la humanidad, en la idea del hombre universal y abstracto, en el arquetipo del hombre genérico –arquetipo que basa la unidad de la especie en un dato zoológico– con lo que la cultura es reconducida a la naturaleza: es una especie de regresión anticultura. Bajo este criterio la etnología como disciplina derivó de esta idea; y desde esta perspectiva, por ejemplo: se estima que la indianidad no es algo constitucional del indio, sino que, al contrario, es un obstáculo para la dignidad del individuo indio (que pasa a ser, simplemente, un “ser humano de color”); despojado de su identidad (la indianidad), el indio accederá a la “dignidad de hombre”, se occidentalizará (Stavenhagen, 1988). A nivel socio-económico el proceso descrito se manifiesta en tres fases:

Espectáculo: las poblaciones entran en contacto con el modelo a imponer, y el instrumento son las elites occidentales, que actúan como vitrinas del progreso.

Normalización: se eliminan las “escorias” culturales indígenas, relegándolas a zonas “retrasadas” o “subdesarrolladas” que previamente se ha contribuido a crear, y el instrumento de penetración es la ideología humanitaria de la pretendida lucha contra la pobreza.

Consolidación: propia de los países industriales, la cultura dominante se incorpora totalmente a la economía, y los instrumentos son las modas de masas, la ideología del bienestar, entre otras.

En este sentido, el etnocidio es la negación de la identidad cultural y de su exclusión de la sociedad por parte de la clase dominante; implica el afianzamiento del concepto hegemónico de nación. Es decir, el etnocidio es la exclusión de los pueblos con identidad cultural propia y constituye una de las formas más persistentes de discriminación y violación de los derechos de los pueblos indígenas. El genocidio cultural como también es conocido el etnocidio, al excluir con toda intención a los indígenas como tales del modelo de nación y al mantener una rígida estratificación étnico-social en la cual estos pueblos estaban relegados a los estratos más bajos, dio lugar a que los estados nacionales practiquen durante largos decenios una política efectiva de segregación semejante al apartheid, aún cuando no estuviera sancionada por el sistema legal vigente (Stavenhagen, 1988), la exclusión indígena de la polis sólo logró fortalecer la auto-percepción de las elites dominantes como naciones sin indios (Stavenhagen, 1988).

Stavenhagen citando a Guillaume Faye, refiere que como consecuencias de este proceso:

...a la par que los individuos se despersonalizan en una existencia narcisista e híper-pragmática, las tradiciones de los pueblos devienen en sectores de un sistema económico y técnico. Hay recuerdo, pero no memoria. El pasado es visitado, pero ya no es habitado. Un verdadero pueblo interioriza su pasado y lo transforma en modernidad. El sistema lo transforma en adorno mediatizado y aséptico (Vistada el 14.01.11, en www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades).

En Ecuador por ejemplo: ha sido común que epígonos de empresas extractivistas transnacionales enquistados coyunturalmente en espacios de decisión del aparato burocrático, pugnen por ampliar la frontera extractiva ignorando las normas legales que rigen respecto a la consulta libre previa en informada a la que tienen derecho las comunidades y pueblos indígenas ubicados en el área de influencia extractiva. Aquellos, embebidos del poder burocrático aducen que los intereses del Estado están por sobre los intereses colectivos o de grupos, sin siquiera informarse que en el Estado constitucional de derechos, plurinacional; la Constitución garantista, normativa y rígida establece en el Art. 11, numeral 6, que: “(...) todos los principios y derechos son de igual jerarquía.”: en consecuencia exigibles y justiciables.

Tópico 6: El enfoque metodológico de la investigación

A partir del enfoque jurídico-político-ambiental se pretende elucidar el ejercicio del poder: el dominante y disciplinario basado en las ciencias, y en especial el declinante poder jurídico centrado en el Estado y el Derecho, y por qué los dos se encuentran fragmentados y desorganizados. En principio porque es evidente que el poder disciplinario resulta ser cada vez más un poder indisciplinario a medida que las ciencias van perdiendo seguridad epistemológica y se ve obligado a dividir el campo del saber entre conocimientos rivales capaces de generar distintas formas de poder (de Sousa Santos, 2003). Con base en lo expuesto, la propuesta metodológica para estudiar el Derecho parte del tradicional análisis del positivismo jurídico recurriendo a los presupuestos del positivismo científico, es decir: identificación del objeto y aplicación de un método. El objeto del Derecho son las normas jurídicas de cada rama: Derecho penal-normas penales; Derecho civil-normas civiles; Derecho ambiental-normas ambientales, y respecto al método: los diversos métodos de las ciencias, además de los peculiares de la disciplina jurídica como el comparativo, exegético, teleológico y lógico normativo.

No obstante, cuando surgen otras disciplinas como la Medicina legal, la Sociología del derecho, el Derecho informático, el Derecho económico

o el propio Derecho ambiental, los teóricos del Derecho no logran establecer el objeto de cada uno de ellas, toda vez que interactúan sobre distintos objetos, y lo que hacen es calificarlas como disciplinas auxiliares del “Derecho clásico”, cuyo origen data de la época de formación del Estado moderno y que es concomitante a las Revoluciones liberales americana (1776) y francesa (1789).

En el caso de la Sociología del derecho y el Derecho ambiental hay un doble objeto (objeto sociológico y objeto jurídico; objeto ecológico y objeto jurídico). En este sentido, si la Sociología del derecho estudia la propiedad, y la propiedad es parte del objeto del Derecho civil, se considera que no tiene objeto propio, por lo tanto no es científica. Este es el razonamiento aplicado para establecer el carácter científico o no de las distintas ramas del Derecho (Huanca Ayaviri, 2008: 19).

Lo enunciado refleja la crisis epistemológica de los años ochenta del siglo XX, crisis de la ciencia que ha puesto en cuestión presupuestos aparentemente irrefutables como el objeto y método para establecer el carácter científico de una disciplina (Pensamiento crítico de la escuela Frankfurt, y crisis de paradigmas - Khun, Lakatos, Fayeraben). Pero resulta que en adelante surgen nuevos presupuestos teóricos como los campos de investigación y la interdisciplinariedad o pluralismo metodológico, que sustituyen el objeto (parcela del conocimiento) y método (método positivista) en cuanto presupuestos del positivismo científico. Ello implica que hay nuevos paradigmas que permiten explicar los fenómenos y procesos naturales o sociales, es decir, disciplinas que son posibles de explicar a través de los nuevos presupuestos, toda vez que se está frente a conocimientos interdisciplinarios y críticos difícilmente abordables y comprensibles bajo el enfoque positivista clásico.

Siguiendo a Huanca Ayaviri: la crisis del positivismo científico mayormente evidente en las tres últimas décadas, y el advenimiento de un innovado paradigma científico que surge tras el constructivismo y el análisis interdisciplinario ligado a la Teoría general de sistemas, permiten inferir que las nuevas disciplinas adolecen de la falta de un objeto de conocimiento propio y autónomo, en tal sentido la Sociología del derecho, el Derecho ambiental, el Derecho económico estudian el Derecho en su totalidad, como un sistema jurídico, y sus interacciones con los diferentes factores

sociales, políticos, culturales, económicos, en todo caso, un enfoque interdisciplinar: sociológico, antropológico, económico o ecológico³⁰ implica, tanto los aspectos económicos, políticos, biocéntricos, prácticos y los ético-valorativos, más allá de las iniciales posturas radicalistas de los inicios del siglo XX (2008: 20-21).

La explicación del por qué el Derecho ambiental es multidisciplinar permite reiterar que no tiene un sólo objeto, con relación al objeto formal del conocimiento, y tampoco un método específico de aproximación, sino que recurre a la instrumentación metodológica y técnica de otras disciplinas. En este sentido el constructivismo rompe con la separación del sujeto y objeto, y establece que lo único que existe es el sujeto que razona, construye el conocimiento y la realidad, en consecuencia no existe verdad; y ello implica que no es posible analizar algo en el contexto de *verdadero y falso*, sino en el marco del principio básico de la utilidad del conocimiento, es decir, en el contexto de *útil e inútil* (Huanca Ayaviri, 2008: 22).

En la presente investigación se reitera este particular y se enfatiza en la incidencia del nuevo paradigma jurídico-político denominado neoconstitucionalismo, para elucidar la compleja transición del Estado de derecho al Estado constitucional de derechos, plurinacional vigente en países de la región andino-amazónica. La transversalización del enfoque neoconstitucional implica abordar el estudio del Derecho ambiental considerando las diferentes dimensiones de la realidad material de la sociedad: económica, política, social, cultural, ética, ambiental, etc., y por otra parte, relevando que el Derecho ambiental no es posible analizarlo separando los ele-

30 La ecología tradicional, surgida como rama auxiliar de las ciencias naturales a finales del siglo XIX, no ha podido superar sus limitaciones, a pesar de los esfuerzos de los ecólogos integralistas. Las ciencias llamadas exactas, naturales y sociales han logrado importantes avances, pero sus análisis tan específicos han reforzado la tendencia al parcelamiento de la realidad. El proceso de proliferación de ciencias súper especializadas es relativamente reciente; para ser más precisos data de fines del siglo XIX (Canguilhem, 1976: 101). Los griegos tenían una concepción global para el estudio de la realidad. Los presocráticos, como Anaximandro y Anaxágoras, explicaban la totalidad a través de las fuentes energéticas, como la luz solar, el agua y otros elementos de la naturaleza, por ejemplo. Platón, Aristóteles y, más tarde, Galeno “consideraban el universo como un organismo, es decir, un sistema armonioso y regulado a la vez según las leyes y los fines. Ellos mismos se concebían como una parte organizada del universo, una especie de célula del universo-organismo.” (Canguilhem, 1976:101).

mentos bióticos: flora y fauna; abióticos: aire, agua, suelo; y social, conforme a la visión positivista; porque todos los elementos interactúan para la existencia del “todo” ambiente integral, es decir: el ambiente es adecuadamente estudiado en cuanto al contenido y funciones desde el análisis sistémico. Esto equivale a asumir que desde la interdisciplinariedad no hay “objeto de investigación” en sentido positivista, sino campo de investigación o campos de investigación comunes cuya intersección analítica puede ser sincrónica o diacrónica, u holística.

Como corolario a los diversos tópicos y constataciones planteados: no se trata de proponer recetas sencillas a problemas complejos o alternativas inviábiles a demandas históricamente postergadas; sino de problematizar (en términos de Foucault)³¹ el debate político-ambiental planteado a nivel de grupos relevantes de la sociedad, el Estado y otros actores, y desde la complejidad de esta dialéctica elucidar la tensión que se genera entre ellos, cuando la administración trata de operacionalizar las políticas socioambientales únicamente desde su lógica y racionalidad burocrática, menoscabando la posibilidad de la subsunción del Estado en lo colectivo.

31 La noción problematizar (problematización) está asumida en el sentido foucaultiano, es decir: la emergencia históricamente condicionada de nuevos campos de experiencia en los cuales se instauran determinadas relaciones entre individuos y prácticas de gobierno (Ramírez Gallegos, 2002:107).

Capítulo I

Formas de Estado y genealogía neoconstitucional

Introducción

La historia registra que en el mundo moderno se han sucedido diversas formas de Estado; legislativo o de legalidad (legiscéntrico); social de derecho (que deviene en un sistema de economía social de mercado); social y democrático de derecho (Estado constitucional), el constitucional de derechos, plurinacional, y el socialista¹. Para efectos de la presente investigación se analizarán las primeras cuatro: a éstas les es común una concepción monopólica y centralizadora del poder, la distinción entre nacionales y extranjeros y entre diferentes categorías de nacionales, la creación y control de fronteras, la universalidad de las leyes a pesar de las exclusiones que ellas mismas sancionan; una cultura, una nacionalidad, una religión; organización burocrática del Estado y de sus relaciones con las masas de ciudadanos, división entre los tres poderes de soberanía y con asimetría entre ellos, pero con hegemonía del Poder Ejecutivo (de Sousa Santos, 2010: 99). Es decir, les es común la soberanía estatal, el legiscentrismo e interpretación formal del derecho y la apropiación del monopolio de la fuerza (Weber, 2004: 1056); y aún cuando el Estado no tiene el monopo-

1 En cada una de estas formas de Estado se han reconocido derechos, dando lugar a tres generaciones de ellos, y conforme ilustra Torbisco (2001: 22), esta sola división de los derechos humanos ha sido objeto de críticas, pero es útil para analizar la consagración jurídica de los derechos humanos en cada forma de Estado y su controvertida adecuación empleada para establecer prioridades o grados de importancia entre las tres categorías.

lio de la violencia, su violencia es de un rango superior una vez que puede usar contra “enemigos internos” las mismas armas diseñadas para combatir a los “enemigos externos.”

En la doctrina también se refiere al Estado moderno desde un filo genético histórico-político (Heller, 1987; Jellinek, 2004), y otro relacionado a los distintos órdenes constitucionales, que conforme a de Sousa Santos (2010: 98) corresponden a las formas de Estado: liberal, social de derecho, colonial o de ocupación, soviético, nazi-fascista, burocrático-autoritario, desarrollista, de apartheid, religioso y el denominado Estado de mercado. En la presente investigación, se analizan las categorías que han coadyuvado a profundizar el Estado latinoamericano y que en mayor o menor grado está impregnado del constitucionalismo originario norteamericano, del histórico o consuetudinario inglés y del revolucionario francés. El enfoque teórico tiene sustento en los autores antes referidos y se respalda en uno actualizado de Benz (2010), complementariamente se acude a autores periféricos para dotarle de mayor profundidad al análisis.

El énfasis analítico gira en torno al Estado (liberal) de derecho; Estado que surge al fragor de las revoluciones del siglo XVIII como alternativa al Estado absoluto (*Ancien Régime*) o régimen de fuerza, y representa el primer paradigma dentro de la teoría jurídica y la filosofía política. El Estado liberal dispone de un poder hegemónico que lo hace diferente a cualquier otra institución. En el análisis de las personas jurídicas lo primero que aparece es el Estado como la máxima realidad político-social organizativa del interés general, denominándosele por ello institución de instituciones.

Este Estado o sociedad jurídica y políticamente organizada presupone la existencia de varios elementos: población humana; territorio dentro del cual ejerce imperio a través de un sistema normativo que estructura y regula la vida social; soberanía, autoridad y un fin (Borja y Borja, 1977: 49; Jellinek, 2004: 397; Heller, 1987: 79; Bobbio, 2006: 69-74)². El poder del

2 La comprensión del Estado por parte de estos autores, en general difiere de aquella asumida por Weber a partir de la formación del concepto según “tipos ideales”. El concepto tipo-ideal para Jellinek, por ejemplo: no es un concepto concreto, no representa una realidad sino sólo el resultado de una abstracción que aísla y, a la manera lógica idealiza. Pero a diferencia de Weber (2004: 16-17) para quien la Sociología debe formar tipos ideales, en lo posible “puros”, y buscar las “reglas generales del acontecer”. Para Jellinek el tipo-ideal de Weber no puede representar al Estado como una estructura objetiva de la realidad, ya que por Estado entiende sólo una síntesis

Estado está dotado de fuerza para dominar. La dominación es la cualidad que diferencia al poder del Estado de todos los demás poderes (Jellinek, 2004: 397). El poder del Estado es una categoría absoluta que reconoce a los individuos y a todas las asociaciones un cúmulo de libertades limitadas por leyes, pero no puede reconocer, a causa de su propia esencia, un derecho de dominación sustantivo, propio, infranqueable para él. El punto de vista opuesto es irreconciliable con el moderno concepto de Estado, que lo especifica como el depositario exclusivo del poder de dominación (Jellinek, 2004; Heller, 1987) y de la violencia legítima (Weber, 2004: 1057).

El Estado moderno para asegurar y garantizar un desarrollo social determinado y el respeto a las instituciones jurídicas, ha generado diversas formas o sistemas de gobierno que generalmente están previstas en la Constitución, por ejemplo: el parlamentario o el presidencial. El sistema presidencialista es un “modelo ideal” que ostenta características específicas, no se expresa en forma pura ni es capaz de contener toda la compleja realidad de la sociedad. El Jefe de Estado y de Gobierno es el Presidente de la República y por tal condición Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas y rector de las relaciones internacionales.

De las tres Funciones que lo conforman: Ejecutiva, Legislativa y Judicial, la Ejecutiva es hegemónica, al margen de que la Constitución establece una distribución de funciones y competencias tendientes al equilibrio de poderes, que casi nunca se da y en consecuencia es evidente una atrofia, excepcionalmente hasta una hipertrofia de una u otra de esas Funciones³.

realizada arbitrariamente por el sujeto de conocimiento. Al concepto de Estado según el tipo ideal no corresponde ninguna unidad real, sino que es una ficción o síntesis mental que el estudioso, procediendo soberanamente, puede construir o abandonar a su placer.

Heller (1987: 79) pone en evidencia el trasfondo gnoseológico de tal modo de formar conceptos, que es una posición antidialéctica y reñida con la realidad, y fundamenta que el hombre real no vive la realidad como algo impreciso, sino como una estructurada conexión efectiva y de la que es parte, y en consecuencia el hombre no crea el Estado mediante una síntesis subjetiva, sino que se lo encuentra como una formación objetiva y real. De esta forma rechaza el subjetivismo anárquico, para el que no existe una formación objetiva de la realidad social.

3 La experiencia latinoamericana en los siglos XIX, XX y XXI ha sido muy crítica, ha pasado por toda clase de vicisitudes: gobiernos de caudillos intolerantes, guerras civiles, golpes de Estado, dictaduras militares, y de cuando en vez gobiernos democráticos. En todo caso, siempre el problema gira en torno del sistema de gobierno y se expresa como: bloqueos de gobernabilidad, escasa legitimidad, excesivo control de los poderes públicos, etc.

La concepción filosófico-jurídica de que los tres “poderes” están por naturaleza y por esencia separados, es discutible. Dicha teoría constituye una justificación ideológica para un objetivo muy concreto: debilitar a los gobernantes en su conjunto, haciendo que se limiten recíprocamente. Bajo esta perspectiva la separación de poderes lleva consigo dos aspectos distintos que se sitúan en planos diferentes: En un plano está la separación del Parlamento o Congreso frente al Gobierno, y afecta a los gobernantes en el sentido amplio del término, y en otro: la separación de las jurisdicciones con relación a estos gobernantes, que permite su control por jueces independientes (Duverger, 1970: 179). A partir de esta introducción, se procede a estudiar las formas de Estado específicas.

Formas de Estado

El Estado legislativo o de legalidad

Es la primera forma concreta de Estado de derecho, apostó por la soberanía estatal, el legiscentrismo e interpretación formal del Derecho y por la apropiación del monopolio de la fuerza. Surge de los procesos revolucionarios de finales del siglo XVIII, y se consolida en el siglo XIX; el poder estatal es ejercido conforme a las disposiciones de la ley (*sublege*) a través de leyes (*per legem*). Es legislativo por la supremacía del Parlamento o Función Legislativa que tiene el monopolio de la producción normativa (legal). La dimensión jurídica se identifica con lo legal, es decir, el derecho se agota en la ley, la ley es el único derecho que obliga (la ley limita el poder). Por su parte la Constitución se diferencia de las leyes en base a su jerarquía y por ser el máximo Estatuto de organización del poder del Estado⁴.

⁴ Al margen de que en la actualidad el concepto Constitución se ha complejizado, bien cabe tener en consideración lo que sustenta Dippel (2005), que para el constitucionalismo moderno, una verdadera “constitución” sólo era aquella de acuerdo con la cual se establecían ciertos principios inequívocos, entre otros: la soberanía popular, la vinculación de la constitución a principios universales, los derechos humanos, el gobierno limitado, la supremacía normativa de la constitución, la forma de gobierno representativa, la separación de poderes, la responsabilidad y la obligación de rendir cuentas de los gobiernos, la independencia de la justicia, y el poder del pueblo para enmendar la Constitución (Salvador Martínez, 2009: 533).

En este modelo legiscentrismo la función del juez se reduce a una operación de subsunción lógica en el que queda excluida toda consideración o interpretación histórica, sociológica o ética (se positiviza), y el juez es la boca de la ley; en general todas las autoridades públicas obedecen al derecho y están sometidas a él. En el Estado de derecho, los derechos civiles y políticos (individuales) de los ciudadanos se subordinan a la ley, sólo existen en tanto están consagrados en ella.

Respecto a los “derechos humanos”, el verdadero problema no está en el concepto, sino en la relación de causalidad jurídica de los derechos fundamentales. Una posición asume que la existencia de estos derechos requiere del reconocimiento de ellos por parte del Estado, y que sean consagrados por el sistema jurídico. Otra sostiene que tales derechos son anteriores a la organización estatal e independientes de su sistema jurídico, porque pertenecen por naturaleza a todo ser humano. A esta teoría del derecho natural se contraponen la tesis positivista de que el Derecho es creación social humana y no un atributo natural, desde esta perspectiva, por ejemplo, la naturaleza jamás podría ser sujeto de derechos, al contrario de lo que prescribe la Constitución ecuatoriana del 2008.

En todo caso la declaración universal de los derechos individuales civiles y políticos, o de primera generación como: libertad de credo, libertad de expresión, derecho de voto, derecho a no sufrir malos tratos, etc.; son derechos humanos en los que prima la reivindicación de un espacio de autonomía y libertad frente al Estado, es decir, la no interferencia del Estado en la vida de los ciudadanos. Tienen su base en acontecimientos sociales que a lo largo de la historia fundamentaron el poder de la burguesía y gestaron una conciencia burguesa de tales derechos, producto de las doctrinas del derecho natural, del contrato social, de la soberanía popular y la división de poderes, materializados en forma específica como *derechos o garantías individuales* en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, promulgada por la Asamblea Nacional Francesa de agosto de 1789: cuyo Art. 16 prescribe: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

De esta clase de derechos forman parte ciertas normas que conceden a los individuos facultades o derechos subjetivos para exigir el cumplimiento

to de las obligaciones que imponen al Estado las otras normas constitucionales llamadas “derechos humanos”⁵, y entre los principales constan los derechos: de petición, de *Habeas Corpus*, acción de amparo (ahora acción de protección); el recurso de inaplicabilidad de la ley, el de inconstitucionalidad, y el derecho de resistencia a la opresión conforme a la Declaración Francesa de 1789; en la Constitución ecuatoriana del 2008, Art. 98 consta como derecho a la resistencia.

Lo de fondo radica en que estos derechos desde su génesis reflejan dos ideas importantes: el que la dignidad es inherente a la persona, y el establecimiento de límites al poder. Si el poder público se expresa en la coacción física, no es de extrañar que el primer límite al Estado tenga por objeto circunscribir su capacidad de compulsión física sobre los individuos. En consecuencia, estos derechos tutelan la dignidad de la persona humana y ponen límites al poder omnímodo estatal, pero con el tiempo se tornan insuficientes y hacia fines del siglo XIX empiezan a ser ampliados o complementados.

El Estado social de derecho

Para este modelo el orden social no es algo naturalmente dado, y tiene que perfeccionarse a través de la actuación misma del Estado. A su vez la

5 Siempre ha sido difícil disponer de concepciones jurídicas claras que permitan diferenciar con absoluta objetividad unas de otras, es decir, los diferentes tipos de derechos objetivos, y al no hacerlo, no se cae en cuenta que un mismo bien jurídico, por ejemplo: la libertad o la propiedad, etc., está protegida por distintas clases de normas y no sólo por los llamados derechos humanos. Para ilustrar el caso: la libertad es un bien jurídico protegido por las normas constitucionales fundamentales, las cuales imponen al Estado la obligación de respetar y garantizar la libertad de todos los individuos. Pero el bien jurídico “libertad” también está protegido por normas penales, civiles o laborales.

Conforme sustenta (Arévalo, 2001: 61), si una autoridad priva arbitrariamente de su libertad a una persona, viola las normas constitucionales fundamentales, es decir los derechos humanos en cuanto derecho objetivo, porque incumple su obligación de respetar y hacer respetar la libertad de los ciudadanos. Pero si es una persona particular la que priva de su libertad a otra persona, lo que viola es una norma penal y comete un delito que puede estar tipificado como secuestro, rapto u otra figura delictiva, según sean los supuestos jurídicos que materialice con su conducta delictiva. En los dos casos se atropella el mismo bien jurídico, pero la norma infringida es distinta. Lo mismo suele decirse de la propiedad, de la igualdad y los demás bienes jurídicos.

Constitución se transforma en una norma programática que expresa los objetivos del Estado; la ley pierde la centralidad frente al reglamento administrativo; el juez es un coadyuvante de la administración en la aplicación del programa político establecido en la Constitución; el Estado es intervencionista y el Poder Ejecutivo continúa siendo el poder dominante. La realización de las tareas administrativas en ciertas circunstancias implica: la limitación de los derechos de las personas en función del llamado “interés general” o “bien común”.

El Estado social de derecho asume directamente la responsabilidad de satisfacer las necesidades sociales, y para hacerlo requiere la organización de un aparato administrativo que actúa autónoma y paralelamente a la ley, esto evidencia una contradicción con el principio de legalidad del Estado de derecho. En el Estado social los derechos económicos y sociales no son normas legales, sino simplemente máximas de optimización, o derechos prestacionales cuya concreción sólo es posible si el Estado dispone de recursos económicos previamente presupuestados. Al respecto, desde mediados del siglo XIX países industrializados se dieron cuenta que frente al deterioro de la salud, de la cultura y la represión estatal en contra del movimiento obrero organizado, arrojaba a trabajadores a la delincuencia y la violencia, por tal razón, les era más conveniente guiar la inconformidad laboral por cauces legales proveyendo medios jurídicos para la demanda de derechos. Por otra parte la ideología socialista empieza a calificar los derechos civiles y políticos como simples “libertades formales”, asumiendo que la dignidad humana descansa en el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales (acceso a la salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, etc.).

Esta segunda generación de derechos ya no se conforma con el papel meramente pasivo del Estado y le exige una actividad positiva de hacer, de poner en práctica tales derechos; así se asiste –con base en el keynesianismo económico– al advenimiento del Estado intervencionista, que empieza a crear leyes proteccionistas que consagran nuevos derechos. Por ejemplo: hacia 1917 México fue el primer país en el mundo que elevó esos derechos a rango constitucional. Este nuevo catálogo de derechos fue concebido como base de sustentación para hacer realidad las garantías

individuales, y se los llamó “sociales”, porque admiten la legitimidad de la acción colectiva de los trabajadores y porque están concebidos en interés de toda la sociedad y no de individuos aislados. Siguiendo a Arévalo (2001: 107), entre los nuevos derechos sociales “de segunda generación” y los individuales o de “primera generación” no existe ninguna diferencia esencial, y al contrario, derechos sociales como la seguridad social, trabajo, remuneración justa, descanso laboral, asociación sindical, huelga, seguros sociales, maternidad, invalidez, vejez, orfandad, salud, educación, cultura, bienestar social, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, asistencia a la niñez y a la tercera edad, entre otros; son el complemento necesario de los derechos individuales.

A partir de los años setenta del siglo XX se produce una crisis del Estado social de derecho en países donde lo habían implementado, debido a la imposibilidad de mantener los niveles de gasto público necesarios para satisfacer la demanda creciente de servicios sociales. Ante esta situación, se relativiza el principio de generalidad de los derechos sociales y se establecen criterios de productividad de corte neoliberal (de mercado) en la oferta de los servicios públicos más importantes y sensibles (Arévalo, 2001: 107).

En tales circunstancias el Estado social de derecho ya no tiene mayor identidad con el Estado social instaurado en Europa a partir de la Segunda posguerra. Y fue en esta etapa de decadencia del modelo que llegó a América Latina. En estricto sentido técnico, el Estado social de derecho ya no podía llamarse Estado social, sino Estado de economía social de mercado en el marco del modelo (neoliberal), tal cual sucedió en Ecuador al asumir la Constitución Política de 1998, conforme al Art. 244⁶. Entonces se

6 Constitución Política del Ecuador promulgada en 1998, Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:

1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones.
2. Formular, en forma descentralizada y participativa planes y programas obligatorios para la inversión pública y referenciales para la privada.
3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen. (...).

impulsa la privatización progresiva de lo público, se tiende a eliminar la identidad entre lo público y lo estatal; se genera el reemplazo de la ley por el contrato como principal instrumento de regulación social y se sustituye el debate parlamentario por el lobby corporativo. De tal forma que es evidente la incapacidad del Estado para garantizar jurídicamente los derechos de la persona, y particularmente los derechos sociales y económicos⁷.

Concomitantemente se invalida la ecuación Nación-Estado-Derecho en un contexto en el que irrumpe con fuerza la teoría del multiculturalismo y del pluralismo jurídico, produciendo la ruptura de la teoría jurídica liberal clásica, es decir, del positivismo jurídico, del derecho homogeneizador (estatalista) propugnador de la igualdad de todas las personas ante la ley; sin considerar la diversidad de pueblos y sus diferencias culturales, ni la existencia de otros ordenamientos como los de usos y costumbres correspondientes a cada nacionalidad indígena con sus formas propias y específicas de derechos, delitos y sanciones.

La crisis del Estado social de derecho delata su inviabilidad histórica y coadyuva al desafío de re-pensar el Estado, de proponer un nuevo modelo político de Estado, y a la par, un nuevo modelo de desarrollo. En tales circunstancias se dan condiciones objetivas y subjetivas que redimensionan el constitucionalismo latinoamericano, del cual deviene el Estado constitucional de derechos y plurinacional, impregnado del paradigma jurídico-político denominado neoconstitucionalismo.

El Estado social y democrático de derecho (Estado constitucional)

Es la expresión del actual paradigma de las democracias liberales contemporáneas y supera a las anteriores concepciones de Estado de derecho y Estado social de derecho: es una variante evolucionada de estos modelos y tiene vigencia en varios países de Europa. Su base teórica se identifica

7 Respecto a los derechos humanos fundamentales de la persona humana (primera y segunda generación), al margen de su aparición histórica, no se trata de ubicarlos como dos compartimentos estancos, o categorías autónomas, al contrario, las dos están profundamente interrelacionadas y esto es lo que se denomina la indivisibilidad e interdependencia de las dos generaciones de derechos.

en algún grado con las tesis del neoconstitucionalismo, y del “garantismo” o edificio de las garantías dirigido a asegurar la máxima efectividad de los principios constitucionalmente establecidos (Ferrajoli, 2006: 14)⁸. En este modelo se expresa la democracia constitucional, definida como un sistema jurídico articulado sobre dos dimensiones: la dimensión formal, fundada en el ejercicio de los derechos de autonomía, tanto política como civil, y la dimensión sustancial, fundada sobre la tutela de los derechos de libertad y de satisfacción de los derechos sociales.

Los derechos de autonomía (derecho-poder)⁹ tanto políticos como civiles y las relaciones entre derechos (de libertad y sociales) generan conflictos que afectan al núcleo de la democracia constitucional. Al respecto Ferrajoli (2006: 88-90) sostiene que no hay conflicto sino subordinación, entre el ejercicio de los derechos secundarios de autonomía y el conjunto de los derechos fundamentales primarios. Es decir, la jerarquía no existe entre los derechos secundarios de autonomía y los primarios, todos igualmente fundamentales e indisponibles por sus titulares. Por indisponibilidad activa se entiende la imposibilidad de que los derechos fundamentales sean objeto de actos de disposición por parte de sus titulares. La indisponibilidad es un corolario de universalidad. Si en un determinado ordenamiento se pudiera privar por vía negocial de tales derechos, estos dejarían de ser en él universales y, por tanto fundamentales, y se convertirían en derechos disponibles, desiguales y, por tanto, patrimoniales (Ferrajoli, 2006: 101).

Siguiendo a este autor, los derechos fundamentales establecidos en una Constitución, sino existen normas constitucionales que establezcan una rigidez absoluta o un grado de rigidez mayor que el previsto por las restantes normas constitucionales, son modificables a través de los procedi-

8 Luis Prieto Sanchís por su parte ha destacado el nexo entre garantismo y constitucionalismo, identificando en el Estado constitucional de derecho el único orden institucional en el que es posible realizar el proyecto garantista, por medio de los vínculos sustanciales que la positivización del “deber ser” constitucional impone al propio derecho positivo: “el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2006: 16).

9 El poder es entendido, en este acápite, por Ferrajoli: como cualquier facultad cuyo ejercicio, a diferencia de lo que sucede en los derechos de libertad, produce efectos jurídicos.

mientos normales de revisión constitucional. Pero a la vez aquellos derechos que se consideran vitales deben ser amparados por una rigidez absoluta, como ya sucede en varios ordenamientos (Ferrajoli, 2006: 102), por ejemplo: el Art. 79, apartado 3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949; el artículo 288 de la Constitución portuguesa, y el artículo 60 de la Constitución brasileña de 1988 declaran “intangibles” y ponen fuera del alcance del poder de revisión. Estos son algunos casos que refiere el autor en cita.

En el Estado social democrático de derecho (Estado constitucional) tiene lugar la *democracia constitucional*, entendida como aquella democracia que es inclusiva de un elemento de sustancia o de contenido, no sólo de un genérico fin de igualdad económica, sino en el sentido correlativo y consiguiente al de “validez sustantiva”, y no sólo “formal”, impuesta a las normas de grado jerárquicamente inferior a la Constitución como condición de su legitimidad constitucional.

El Estado constitucional se funda en un pacto constitucional que sirve de garantía para todos por igual, en este los derechos fundamentales son estipulados por la Constitución como límites y vínculos a cualquier poder. Cualquier poder por democrático que sea, en el paradigma de la democracia constitucional está sometido a los límites y vínculos, como lo son los derechos fundamentales, con el propósito de impedir su degeneración, por intrínseca vocación, en formas absolutistas o despóticas (Ferrajoli, 2006: 109).

En general se argumenta que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de derecho e incorpora un nutrido conjunto de valores o principios de naturaleza moral, (donde es evidente una conexión necesaria entre el Derecho y la moral), en consecuencia, la validez de las normas o decisiones ya no depende de su mera existencia u origen social, sino de su adecuación formal y sustantiva a la Constitución.

Luis Prieto Sanchís vigoriza la argumentación a partir de una reminiscencia histórica, desde la cual, lo fundamental no es la existencia de una Constitución de determinado tipo, sino la integración del individuo en la comunidad a partir del reconocimiento del igual *status* de ciudadano y del ejercicio de los derechos políticos; fórmula de integración que pretende servir de alternativa a los más tradicionales y emotivos rasgos nacionales o

étnico-culturales, precisamente allí donde estos entran en crisis o resultan inviables como sucedió en Alemania tras la experiencia nacionalsocialista, o como sucede hoy en las actuales sociedades multiculturales cuya cohesión no puede apelar como es lógico a una misma cultura (2009: 103). Efectivamente, este es el caso de América Latina y de Ecuador en particular, donde el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo originario indígena han sido el sustrato que propició el Estado constitucional de derechos, plurinacional y garantista de los derechos fundamentales y además, como expresión de la sociedad pluricultural y del pluralismo jurídico.

En este punto del análisis, debe quedar claro que el catálogo de derechos fundamentales regula con textura abierta asuntos que atañen a la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad, muy explícitamente en el caso de los conceptos de los derechos fundamentales a la dignidad, libertad e igualdad. Si a ellos se agregan los conceptos de los fines del Estado y los conceptos estructurales referidos a la democracia, al Estado de derecho y al Estado social, el resultado es un sistema de conceptos que comprende las fórmulas centrales del derecho racional moderno, y que se extiende al principio del Estado social que expresa las pretensiones de los movimientos sociales. En estricto sentido, estos continúan siendo conceptos fundamentales de la filosofía política. No obstante Alexy (2008: 11) sustenta que el campo de los derechos fundamentales es objeto de diversas teorías: históricas, filosóficas y sociológicas; y además de una teoría general que comprende: la teoría de los derechos fundamentales, una teoría jurídica¹⁰ y otra general.

En este modelo ya están consolidados los derechos ambientales, colectivos o difusos denominados de tercera generación o de la nueva frontera de derechos humanos fundamentales: al medio ambiente sano, a la paz, al desarrollo, a la asistencia humanitaria. Su mayor desarrollo se da a par-

10 Cuando se trata del estudio de la teoría jurídica de los derechos fundamentales de la ley fundamental, enfatiza sobre la importancia de considerar la “dogmática jurídica”, en la cual cabe diferenciar tres dimensiones: la analítica, la empírica y la normativa. Y esto es importante recalcar, en la necesidad de comprender al Derecho cumpliendo racionalmente una tarea práctica, para lo cual, la vinculación de las tres dimensiones es inevitable. La racionalidad aludida implica asumir tres presupuestos: claridad conceptual, la no contradicción y la coherencia; es decir, la claridad analítico-conceptual es una condición elemental racional jurídica y de toda ciencia (Alexy, 2008: 11).

tir del proceso descolonizador de los años sesenta que revolucionó la comunidad internacional y su ordenamiento jurídico en función de regularla. Así como fueron las revoluciones burguesa y socialista las que dieron lugar a la primera y segunda generación de derechos, fue la revolución anticolonialista la que dio lugar a la tercera. Otros factores determinantes que influyeron fueron la interdependencia y la globalización mayormente visible a partir de los años setenta. Los llamados problemas ambientales de carácter global tienen una dimensión colectiva y sus respuestas demandan la cooperación internacional. Pero está pendiente el reconocimiento de ellos mediante instrumentos convencionales de alcance universal, es decir vinculantes a partir de que sean ratificados por los estados, por ahora han sido convalidados por resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y ello implica la ausencia del valor jurídico de tales resoluciones, son (*soft law*); de ahí la necesidad de que exista claridad acerca de la estructura de los derechos fundamentales y de las normas de Derecho para alcanzar claridad en la sustentación del Derecho.

El Estado constitucional como fase superior del Estado de derecho

Considerando el debate generado en torno a los modelos: Estado de derecho y Estado constitucional de derecho, Ferrajoli (2003: 20) sostiene que la crisis del positivismo jurídico se expresa en la regresión a un Derecho jurisprudencial de tipo premoderno, y se evidencia por: el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción; y, la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes.

Lo expuesto expresa que la crisis afecta al principio de legalidad propio del Estado de derecho, y que es evidente en la inflación legislativa (decenas de miles de leyes) y la disfunción del lenguaje legal (cada vez más oscuro y tortuoso), frutos de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos.

Ferrajoli afirma que la crisis afecta al papel garantista de la Constitución en relación con la legislación, que es el rasgo distintivo del Estado

constitucional de derecho. Es una consecuencia del fin del Estado nacional como monopolio de la producción jurídica. Además cabe hacer constar el fenómeno de la globalización (integración económico mundial), que bien puede ser asumido como un vacío de Derecho público producto de la ausencia de límites, reglas y controles frente a la fuerza, tanto de los estados con mayor potencial militar como de los grandes poderes económicos privados (2003: 22).

A falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones el Derecho a la globalización viene modelándose cada día más, antes que en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, en las privadas del contrato, signo de una primacía incontrovertible de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública. De tal manera que la regresión neoabsolutista de la soberanía externa (únicamente de las grandes potencias está acompañada de una paralela regresión neoabsolutista de los poderes económicos transnacionales, un neoabsolutismo regresivo y de retorno que se manifiesta en la ausencia de reglas abiertamente asumidas por el actual anarco capitalismo globalizado, como una suerte de nueva *grund-norm* del nuevo orden económico internacional (Ferrajoli, 2003: 22).

Ansuátegui Roig (1993: 126) enfatiza en la posición de Prieto Sanchís (supra 48). Los filósofos jurídicos Zagrebelsky y Dworkin, sostienen que el sistema jurídico (constitucional) actual está compuesto por normas y principios: que las reglas se identifican principalmente con las normas legislativas, y que los principios lo hacen con las normas constitucionales sobre los derechos y la justicia. Desde esta perspectiva lo importante es distinguir las reglas de los principios, y conforme a Zagrebelski, ello implica distinguir la Ley de la Constitución. Como corolario se puede señalar que esta visión es peculiar del neoconstitucionalismo, o nueva cultura jurídica emergente, frente al deterioro del positivismo jurídico.

Alexy plantea la idea de la “pretensión de corrección del Derecho” en el propósito de fundamentar la existencia de una relación conceptual entre Moral y Derecho. En este sentido, los participantes del proceso de creación y aplicación del derecho tienen necesariamente una pretensión de corrección, básicamente moral. Es decir, de adecuación a pautas morales y un criterio básico de diferenciación del Derecho respecto a la pura

facticidad del poder, y en general sostiene que la conexión necesaria entre derecho no presupone una moral universal y compartida por todos, sino que admite la posibilidad de la disputa o divergencia moral. Hay quienes se oponen a la tesis de la relación conceptual necesaria entre derecho y moral y cuestiona la tesis de la pretensión de corrección necesaria, argumentando la inexistencia de una moral objetiva.

En concreto Alexy (2003: 31) caracteriza al Estado constitucional en base a seis principios fundamentales expresados claramente en la Ley Fundamental alemana: principio de la dignidad humana; de la libertad y de la igualdad; principios relativos a la estructura y los fines del Derecho, democrático y social. El autor enfatiza que entre los derechos fundamentales y los principios relativos a la estructura y fines del Estado existen íntimas relaciones y tensiones. Así por ejemplo, los derechos fundamentales en el sistema jurídico se caracterizan por cuatro extremos: máximo rango, máxima fuerza jurídica, máxima importancia del objeto y, máximo grado de indeterminación.

Refiriéndose a la relación de los derechos fundamentales con la democracia, Alexy (2003: 37) señala que existen tres formas de contemplar la relación: una ingenua, una idealista y una realista. Cada una de ellas con sus específicas características y diferencias, siendo la realista en la que se expresan constataciones opuestas: a) los derechos fundamentales son profundamente democráticos y, b) los derechos fundamentales son profundamente antidemocráticos. Su esfuerzo teórico radica precisamente en encontrar una vía media entre ambas posiciones extremas. Este autor considera que hay que ampliar la contraposición empleada hasta el momento entre derechos fundamentales y democracia al trío formado por derechos fundamentales, control de constitucionalidad y legislación parlamentaria (Alexy, 2003: 41). Las razones se fundamentan en contenidos filosóficos, morales y políticos, y en casos concretos en los que es visible la representación *argumentativa*, cuando triunfa esta representación, triunfa la reconciliación (Alexy, 2003: 40).

El Estado constitucional de derechos, plurinacional

Está vigente en países del Estado andino amazónico. Es producto del nuevo constitucionalismo latinoamericano, impregnado además, del aval ético-político de la lucha social indígena que dio lugar a lo que Narváez (2011) denomina el “constitucionalismo originario indígena”, porque expresa el contenido esencial del giro epistemológico evidente con la constitucionalización de la plurinacionalidad, del *sumak kawsay* y del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, además de los ya reconocidos derechos colectivos indígenas, entre otros, al territorio y a la autodeterminación. Este modelo de Estado apunta a cambios y transformaciones jurídico-institucionales y socio-económico-políticas a corto y largo plazo. Todos estos elementos son base fundamental de las condiciones objetivas y subjetivas para la consolidación del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional, plenamente vigente a partir de 2008 en países como Ecuador y Bolivia; y en menor grado en Colombia y Brasil, a partir de 1991 y 1998 respectivamente.

Conforme prescribe la norma del Art. 1 de la Constitución ecuatoriana:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. (...).

De la cita se puede inferir que esta norma no es una declaración retórica que intenta encubrir (a juicio de ciertos grupos de poder) un Estado concentrador, autoritario a usanza del que está implantándose en algunos países de América Latina por la vía del socialismo del siglo XXI. El concepto “Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional”, sintetiza un pensamiento crítico respecto a lo que ha sido el Estado en su versión de “Estado de derecho”¹¹ sujeto al positivismo jurídico, ya proscrito en el ordenamiento ecuatoriano.

11 Estado de derecho sometido a la “economía social de mercado”, en sociedades desiguales y marginadas como las de América Latina, totalmente diferentes a la desarrollada sociedad alemana donde la economía social de mercado ha regido a plenitud.

Este modelo reconoce la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales, reconocimiento que es correlativo a la creación de la Corte Constitucional (CC)¹² o tribunal especializado para la interpretación y concreción de la Constitución. Esta creación implica una modificación en el equilibrio de los poderes del Estado y en el sistema de fuentes del derecho, porque se atribuye fuerza vinculante y carácter de fuente del derecho a la jurisprudencia de la CC, que elevada a la cúspide del poder jurisprudencial establece la sujeción de los jueces ordinarios, incluidas las altas cortes, a la jurisprudencia de la CC. La CC es el escenario donde se define el rol de la nueva justicia constitucional y se ejecuta el sistema de control de constitucionalidad (CRE, Arts. 429, 431, 436), su principal atribución es garantizar el carácter normativo de la Constitución y promover el cumplimiento del fin primordial del Estado, como es el de proteger judicialmente los derechos establecidos en la Constitución.

La Corte Constitucional tiene un rol importante en la democratización del país a través del control de los estados de excepción; y por otra parte, los jueces (todos son jueces constitucionales) tienen la responsabilidad de actuar oportuna y eficazmente para evitar que la justicia constitucional se politice y dependa para mal de la Función legislativa, o lo que es peor, de los dictámenes y órdenes del Ejecutivo, en tales condiciones el proyecto de democratización y constitucionalización del país, y en última instancia el nuevo modelo político de Estado, correrían serios riesgos.

El Estado constitucional de derechos y plurinacional está vinculado a la realización material de la dignidad humana, la práctica del bien común y la perfectibilidad de la sociedad civil; los derechos (sociales) son el fundamento de su gestión a través de la existencia y aplicación de las garantías judiciales de los derechos. En tales condiciones no rige el *principio de*

12 La Corte Constitucional garantiza el carácter normativo y la supremacía de la Constitución, a través de la facultad de interpretar en base a la hermenéutica analógica, el bloque de constitucionalidad, y con carácter vinculante, las normas constitucionales. Tiene además un rol trascendente en la construcción y aplicación de la teoría de los derechos fundamentales y lo hace a través de la facultad de emitir jurisprudencia vinculante en materia de garantías jurisdiccionales de los derechos. Otra función esencial en el desarrollo institucional del Estado Constitucional de derechos radica en actuar como juez de última y definitiva instancia del control de la constitucionalidad de la ley y actos normativos.

legalidad, rige el *principio de juridicidad o constitucionalidad*; los jueces asumen un rol protagónico en la creación del Derecho y ya no son la “boca muda de la ley”, sino operadores jurídicos que argumentan, interpretan¹³, administran justicia y crean Derecho¹⁴.

Respecto a la interpretación: en el acápite sobre la hermenéutica analógica se afirma, que esta trata de evitar el monolitismo de los univocismos y el relativismo exagerado de los equívocismos, es decir, no sólo una interpretación es válida ni todas lo son, sino un conjunto de ellas, que está ordenado de tal manera que puede haber una jerarquía, según la cual sea posible decidir cuando una interpretación es verdadera o falsa, y, de entre las verdaderas, cuáles se acercan más al texto que otras. Este tipo de hermenéutica puede ser aplicada a la realidad multicultural y a la realización de los derechos humanos en ella (Beuchot, 2008: 35).

Así es como los jueces coadyuvan a la concreción de la nueva finalidad última del Estado que es la garantía de los derechos fundamentales, en función de una sociedad que respeta en todas sus dimensiones la dignidad de las personas y las colectividades. Y es que los derechos se articulan con la historia en cuanto responden a los nuevos paradigmas de la dignidad humana, que traducen nuevas necesidades y propósitos. Por ejemplo, hacia mediados del siglo XX el tratamiento digno de una persona no basta

13 La hermenéutica analógica trata de proteger lo más posible la pluralidad, pero sin renunciar a cierta universalidad. De hecho esa universalidad es exigida y garantizada por los derechos humanos fundamentales. Son los derechos humanos los que representan la universalidad, y la pluralidad está representada por las distintas culturas en las que tales derechos son realizados, de maneras distintas y plurales, pero no hasta el punto en que se rompa esa tensión y se pierdan esos derechos (Beuchot, 2008: 31-32). Los derechos humanos son el límite de tensión y resistencia de lo plural frente a lo universal y son la instancia que da universalidad a la justicia en la sociedad, pero viven del contenido y riqueza que les da la pluralidad cultural, es decir, la diversidad de pueblos y nacionalidades.

14 Se da por criticar a los jueces que toman en serio la potestad que les atribuye la nueva Constitución, cuando empiezan a dar vigencia a principios, que en otras circunstancias no tenían ninguna importancia, porque su capacidad de conformar la convivencia social era nula. La nueva Constitución asume la unidad nacional sobre la base de las diferencias, y asigna a los derechos fuerza para trascender la realidad y transformarla (Gaviria, 2010: 74). A diferencia de las tradicionales constituciones reduccionistas que pretendían conformar una nacionalidad sobre la base de coincidencias y analogías, no de diferencias, es decir, que todos hablen español, sean católicos, tengan una misma concepción de la vida, una misma cosmovisión y apunten a las mismas finalidades, en otras palabras una sola religión, un solo territorio, una sola patria, una sola nación.

con reconocer el derecho a la libre expresión, libertad de conciencia o libre desplazamiento; sino que apunta ya a la satisfacción de las necesidades, caso contrario la libertad política o de conciencia carecen de contenido. Siguiendo a Gaviria (2010), en eso consistían las críticas de Marx a las libertades burguesas.

En consecuencia, para que las llamadas libertades de primera generación sean posibles y viables, es indispensable la satisfacción de las necesidades básicas, es decir, de los derechos económicos, sociales y culturales, conforme se establece en el Preámbulo de la Constitución ecuatoriana de 2008. Constitución que es garantista, normativa y rígida; y además es norma jurídica de aplicación inmediata, por los elementos que la constituyen, más que por el sólo hecho de supremacía constitucional conforme a la teoría kelseniana.

El Estado constitucional de derechos, es un modelo que propicia la democracia de los jueces, coadyuva a la democracia constitucional y expresa el sentido genético de lo plurinacional e interculturalidad subsumidos en el proyecto político de los pueblos indígenas. Ha ratificado los derechos colectivos o difusos (derechos ambientales, derechos del consumidor, etc.) denominados de tercera generación, boga por la justicia constitucional y la justicia indígena, en el marco del pluralismo jurídico; y, lo inusual radica en que rompiendo el paradigma jurídico positivista, reconoce por primera vez en el mundo a la naturaleza como sujeto de derechos, incorpora el *sumak kawsay* como sustrato del entramado normativo constitucional y fortalece la democracia jurídica, en la que hasta lo político se subordina al derecho, al ordenamiento jurídico, a la Constitución.

Genealogía neoconstitucional

La arquitectura jurídica que diseña el ejercicio del Poder constituyente ha sido alterada por la penetración de los principios, normas e instituciones supranacionales e instrumentos de hermenéutica analógica y evolutiva, es decir, por la nueva teoría del Derecho o neoconstitucionalismo. Desde esta perspectiva, la forma de Estado constitucional ya no corresponde a la clasificación ortodoxa.

La vigencia de este nuevo paradigma jurídico-político neoconstitucional no implica la extinción del “ordenamiento jurídico” positivista; en otras palabras innovar, enriquecer y evaluar la teoría jurídico-política no es sinónimo de exclusión u olvido del acervo teórico y doctrinal que ha sido sistematizado en tantos siglos, pero sí connota que no existen conocimientos pétreos, y en este sentido, la idea misma de lo que es y debe ser la Constitución se ha transformado¹⁵; hasta el punto es que la Carta Fundamental ha pasado a ser, de sola manifestación de la suprema potestad estatal, a Constitución garantista, normativa y rígida; tutora de los derechos fundamentales que fluyen de sí, por tal razón los derechos (no el Derecho) son su proyección normativa.

En lo que tiene relación al régimen político, frente a la democracia representativa (electoral), es la democracia constitucional (jurídica) la vertiente política del paradigma neoconstitucional, superando de esta forma aquella democracia representativa hueca del *ancien régime* partidocrático, donde todas las reglas eran impuestas por las elites.

El neoconstitucionalismo es asumido como la expresión de la nueva cultura jurídico-política caracterizada por la inclusión de elementos materiales en la Constitución, y porque la Carta Magna, además de mecanismo de organización del poder o marco del derecho ordinario, proporciona un contenido sustancial al sistema jurídico, en la medida en que se erige sobre principios, entre otros la dignidad, la libertad, la equidad que se materializan con la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia del *principio de proporcionalidad*, y remplazando la subsunción de los hechos en reglas jurídicas, por una *ponderación que balancea valores y principios* constitucionales utilizados para resolver los más importantes casos

15 Viciano y Martínez (2010: 17) reiteran lo que asume Carbonell (2007: 9-10) respecto a que estas constituciones: “no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”. Las nuevas constituciones latinoamericanas cuentan con un amplio abanico de características materiales comunes, en las cuales ha incidido la dinámica constituyente: sus cimientos, por un lado, en la activación directa del poder constituyente para el avance de las sociedades y, por otro, en la necesidad de romper con sistemas anteriores propios del constitucionalismo débil. En este sentido, la principal apuesta del nuevo constitucionalismo latinoamericano es la búsqueda de instrumentos que recompongan la pérdida (o nunca lograda) relación entre soberanía popular y Gobierno (Viciano y Martínez, 2010: 34).

en el Derecho y que se adhieren a la tesis de la vinculación del Derecho y la moral¹⁶.

La pretendida nueva cultura jurídica o neoconstitucionalismo, sostiene Prieto Sanchís:

En cuanto que fórmula política, suele presentarse como herencia y al propio tiempo como cabal culminación del constitucionalismo revolucionario de finales del siglos XVIII, y sobre todo desde la perspectiva europea, representa una importante transformación del modelo legalista de Estado de Derecho vigente hasta mediados del siglo XX; una transformación que cifra en fenómenos tales como la crisis de la ley, la asunción por parte de los textos constitucionales de un amplio contenido material o sustantivo, la consiguiente “impregnación” constitucional de todo el sistema jurídico, la extensión de un control judicial que para muchos representa un intolerable deslizamiento judicialista, etc. (2003: 16).

Desde la perspectiva positivista del derecho, la fórmula neoconstitucional impone una profunda revisión de algunos aspectos centrales del positivismo jurídico a propósito de la teoría de la norma, que hoy está abierta seriamente a la consideración de los principios y de la teoría de las fuentes, que obviamente ya no puede girar en torno a la ley, y ello, por cierto, no sólo porque existan constituciones normativas; y quizás especialmente de la teoría de la interpretación, que ni puede regresar al mecanicismo de la era codificadora, ni puede sentirse tampoco satisfecha con una genérica apelación a la discrecionalidad judicial (Prieto Sanchís, 2003: 17), concluye el autor, alertando sobre la necesidad de evitar las posiciones unidimensionales.

Para la mejor comprensión de la problemática referida cabe tomar en cuenta la visión retrospectiva de la transición del Estado legislativo (legiscentrónico) al Estado constitucional, hecha en el primer acápite, y sólo entonces abordar el “garantismo constitucional” a la luz de la teoría neo-

16 La tesis de la vinculación del Derecho y la moral ha sido mayormente difundida por Dworkin y Alexy defendiendo los derechos individuales desde enfoques diferentes pero no antagónicos como se verá posteriormente. Dworkin (2002), por ejemplo, sostiene que los derechos individuales deben ser entendidos como los medios de protección con los que cuentan las minorías en función de defenderse de las agresiones o preferencias de las mayorías.

constitucional. En esta perspectiva, Aguilera y López (2005: 13 y ss.) reiteran que el derecho positivo tiene su fundamento en las revoluciones liberales inglesa, americana y francesa, que culminaron con el nacimiento del Estado moderno caracterizado por el monopolio de la producción normativa y vigencia del principio de legalidad, reafirmado a la vez en las Cartas constitucionales de cada Estado. Así es como el eterno conflicto entre el gobierno de hombres y leyes, quedó sintetizado en el imperio de las normas sobre los poderes del Estado. Poderes que debían estar divididos y obligados a colaborar entre sí, para llevar a cabo la premisa de la libertad jurídica, política, económica y social.

Aludiendo a Zagrebelsky (1997: 34), con la tesis anteriormente expuesta se realiza de la forma más completa el gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio considerado como una de las bases que fundamentan el Estado de derecho (legislativo); y que hoy sería problemático proponer de nuevo, con carácter general, la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio. Pues esta regla ya está erosionada en ambas direcciones, en relación con los particulares y con la administración.

Respecto al Estado constitucional contemporáneo, Ferrajoli refiere que hay que verlo en el marco de la evolución de tres paradigmas epistemológicos: “el derecho premoderno de tipo jurisprudencial doctrinal y correspondiente al antiguo régimen, el derecho positivo moderno de tipo legislativo perteneciente al Estado legislativo de derecho, y el derecho positivo contemporáneo subordinado a constituciones rígidas perteneciente al Estado constitucional de derecho” (Aguilera y López, 2005: 13).

Desde la perspectiva histórica, el Estado constitucional de derecho surge en la segunda posguerra, donde las constituciones van a representar “el intento por recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo” (Fioravanti, 2007: 163). El autor en cita señala que bajo esta línea interpretativa, la Constitución deja de ser sólo un sistema de garantías conforme a la estrechez del positivismo jurídico, y pretende ser también un sistema de valores, “una norma directiva fundamental”, y es a partir de la Segunda Postguerra— cuando se dan los presupuestos para una renovada soberanía del Estado (Fioravanti, 2003: 133). Por ejemplo, la

Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución española de 1978, entre otras.

Fioravanti (2003: 36) recuerda que la Edad moderna del siglo XVIII, es en la que se constituye la más formidable concentración del poder que la historia haya conocido, primero bajo la forma de Estado absoluto y después bajo el amparo del legislador revolucionario intérprete de la voluntad general. Por tal hecho, uno de los deberes fundamentales de las constituciones modernas, será precisamente el de garantizar los derechos y las libertades frente al ejercicio arbitrario del poder público estatal. Fioravanti (2003: 26-50) propone para el análisis, conforme se va configurando el Estado, tres fundamentos teóricos de las libertades:

1. El estatalista en donde “se admite y se afirma que el estado nace de la voluntad de los individuos, pero tal voluntad no puede ser representada por el esquema negocial y de carácter privado del contrato entendido como composición de intereses individualmente distintos” (Fioravanti, 2003: 50).
2. El individualista que “admite y quiere, al comienzo de la experiencia colectiva, la sociedad de individuos políticamente activos, con su autónoma subjetividad distinta y precedente al Estado, que impone respectivamente la presunción general de libertad y la presencia de un poder constituyente ya estructurado” (Fioravanti, 2003: 43).
3. El historicista, “consiste en la concesión de libertades por parte del Estado, mediante el tránsito pacífico del Estado medieval al Estado moderno inglés del siglo XVII, prescindiendo de la presencia de un poder político soberano altamente concentrado, capaz de definir las esferas de las libertades individuales” (Fioravanti: 2003: 31-33).

Este proceso evolutivo es definido por Ferrajoli (2002: 8) como “la sumisión del legislador a normas jurídicas positivas, como lo son los principios ético-políticos jurídicamente positivizados en las constituciones rígidas”. En dicho proceso se tiene una preponderancia especial en la coherencia de los contenidos de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2003a: 18). Por lo que se abandona el predominio de la forma estatal de producción de las normas (Aguilera y López, 2005: 13-14), es decir, se rompe el monopolio estatal de la producción normativa.

En este sentido, se puede resaltar una clara diferencia entre Estado de derecho y Estado constitucional¹⁷; *un Estado constitucional implica un Estado de derecho, pero no todo Estado de derecho implica necesariamente ser un Estado constitucional*. Esta delimitación es útil para expresar la legitimidad constitucional del actual modelo de Estado que propone la corriente neoconstitucionalista, cuyo eje principal de su gestión está marcado por la primacía, garantía y defensa de los derechos fundamentales. El Estado de derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, por su parte el Estado constitucional especifica que es a la Constitución a la que se somete el Estado (Aguilera y López, 2005: 14).

En el marco del neoconstitucionalismo, diversos autores¹⁸ han expresado sus posiciones, afirmando que han surgido nuevos paradigmas en la ciencia jurídica en general y constitucional, en especial, como las teorías de la argumentación y de ponderación judicial, las cuales son necesarias en la labor judicial que diariamente lleva a cabo el juez constitucional, todo esto, haciendo frente a la crisis del positivismo, el cual ha mostrado síntomas de agotamiento desde hace tiempo. Sin duda, se asiste ante un cambio de paradigma en el mundo jurídico, un nuevo modelo emerge tras los derroteros, ruinas y cenizas del neopositivismo, se trata del neoconstitucionalismo como nuevo paradigma que interpreta y entiende el Derecho ya no sólo por normas (visión normativista), sino como principios, valores (visión axiológica); más en concreto, aplicado al Derecho Constitucional, nos hallamos ante un nuevo modelo que entiende las constituciones no sólo desde una lectura meramente formal y normativa, sino dotadas de un denso contenido sustancial fundado en valores y principios (Aguilera y López, 2005: 14).

Tal cual expresa Zagrebelsky (1995: 65, en Aguilera y López, 2005: 14-15) el derecho se hace más flexible, dúctil y maleable, menos rígido y for-

17 “Estado constitucional de Derecho” y “Estado de Derecho” en sentido fuerte no son términos sinónimos, sino como bien ha señalado el profesor Luigi Ferrajoli, son dos modelos normativos diferentes. Véase (Ferrajoli, 2003^a, en Carbonell, 2003).

18 Al respecto puede verse: Alexy (1997); Prieto Sanchís (2002); Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi (2005).

mal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho. Por tanto, el Derecho que era un conjunto de normas externas, heterónomas y coactivas se va convirtiendo progresivamente en un conjunto normativo flexible, adaptable y móvil en el cual los principios de argumentación e interpretación, prioridad axiológica y deontológica van cobrando prioridad y primacía. La ley ha dejado de ser la única, suprema, y racional fuente del Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista. En igual forma expresa el profesor Jaime Cárdenas (2006: 14 en Aguilera y López, 2005: 15): “El Estado de derecho ya no es el “imperio de la ley” sino el “imperio del derecho”, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores”.

Por su parte Prieto Sanchís (2003:11 y ss.) respecto a la interpretación constitucional, sostiene, que sin abandonar el terreno de la racionalidad, la Constitución admite distintas interpretaciones, o lo que es lo mismo, distintas teorías éticas o filosóficas políticas. No obstante enfatiza en dos perspectivas: “la liberal, ilustrada o individualista que tiene una concepción artificial de la comunidad política e instrumental del Derecho y las instituciones; el Estado es el fruto de una decisión voluntaria de individuos y sólo de individuos; y el Derecho positivo a su vez, tampoco encarna ningún misterioso espíritu jurídico de la comunidad, sino que es tan sólo la formalización de sucesivos actos de voluntad”. La consecuencia de esta concepción instrumental de las instituciones es que éstas carecen de fines propios o de una justificación autónoma y que su legitimidad descansa por tanto en la protección de los individuos, de sus derechos e intereses; de las libertades y derechos sociales que procuran los bienes materiales imprescindibles para todos y para que la libertad no se convierta en una palabra vana, agrega Prieto Sanchís. De aquí se deduce –continúa el autor–:

...el papel subordinado de la política a la justicia. La política, que es lo que hacen las instituciones, a través del Derecho, se subordina lógicamente a la justicia, que es la rúbrica que comprende el conjunto de los derechos que son la razón de ser y la fuente de legitimidad de todo el entramado institucional. Si los derechos explican el por qué y el para qué del

Estado, resulta claro que la actuación de este sólo será aceptable en la medida en que satisfaga o, cuando menos, no viole los derechos que dotan de contenido a la noción compartida de justicia. Y esto en el plano jurídico, se traduce en una exigencia de constitucionalización y tutela frente a todos, incluido el legislador. Aquí reside a mi juicio el núcleo esencial de un constitucionalismo basado en los derechos, en el sometimiento de la política a un Derecho de orden superior que no sólo determina la organización del poder, y con ello, la dosificación de la fuerza, sino que hasta cierto punto establece también que puede e incluso que debe mandarse (Prieto Sanchís, 2003: 12).

Desde la perspectiva historicista, comunitarista y estatalista, sostiene Prieto Sanchís, el historicismo triunfó en el ocaso de la ilustración a partir del siglo XIX; el estatalismo se extendió en la filosofía política y en la ciencia jurídica europea a lo largo de esa misma centuria; y ciertos comunitarismos hoy se abren paso y reposan en unos presupuestos distintos, por ejemplo, frente a la idea de que la comunidad política y el Estado representan un artificio creado por el genio individual, las posiciones comunitaristas tienden a invertir los papeles, atribuyendo a tales construcciones la cualidad de frutos naturales nacidos de una colectividad cultural (generalmente de base lingüística, nacional o religiosa, dotada de vida propia y acreedora ella misma de la titularidad de derechos). En consecuencia para los comunitarismos:

(...) existe una constelación de bienes comunitarios a los cuales deben doblegarse los derechos individuales, y ello, entre otras cosas, porque la propia identidad de las personas se hace depender no de rasgos universales y comunes a toda la familia humana, sino por la pertenencia al grupo. Aquí termina siendo el Estado y no el individuo la fuente de la eticidad, y asumir sus valores representa una concisión de toda actividad intelectual valiosa, al menos en el ámbito del Derecho, la moral o la política. Y en fin, frente a la idea de que las normas y decisiones del poder recaban su legitimidad de un principio de estricta necesidad en orden a la protección de los derechos, ahora estos aparecen como incómodos estorbos para la consecución de unas presuntas metas colectivas.

Lo que conduce, en el mejor de los casos –es decir, en el caso de que tales estorbos no sean simplemente arrasados por una maquinaria estatal que se desenvuelve a veces por la parte de dentro, pero otras veces por la parte de fuera, de las fronteras constitucionales y legales–, a una consideración de los derechos como excepciones al principio general de libertad, de libertad del Estado por supuesto (Prieto Sanchís, 2003: 15).

Aunque suene paradójico –argumenta este autor– si este enfoque se lleva hasta sus más extremas consecuencias, resultaría que en lugar de decir que los individuos tienen derecho a hablar una lengua, a tener una nación, a practicar una religión o al desarrollo de una cultura, sería más apropiado afirmar que las lenguas, las naciones, las religiones y las culturas tienen derecho a poseer individuos (Prieto Sanchís, 2003: 15).

De los argumentos sustentados por los autores en mención se puede inferir que hay rasgos característicos de la corriente neoconstitucionalista, y son evidentes varios puntos de coincidencia, por ejemplo, que el modelo garantista o constitucionalismo contemporáneo, calificado por Ferrajoli (2000: 29) como rígido, tiene relación estrecha con lo que se ha llamado: “dimensión sustancial impuesta por los principios constitucionales y en particular, por los derechos fundamentales, que vinculan de igual modo al contenido de las leyes, condicionando la validez sustancial de éstas a su garantía”.

En el modelo norteamericano (originario) la Constitución es asumida como regla de juego de la competencia social y política, o pactos mínimos para que en un contexto de igualdad los individuos desarrollen sus planes de vida dentro del marco de un Estado neutral. En el modelo europeo, la Constitución es un proyecto político de transformación social y política que busca aproximarse a los ideales políticos de la Revolución Francesa, en el sentido de afirmar valores como los de libertad, igualdad, democracia¹⁹. Para Prieto Sanchís (2003: Cap.1), establecidas estas dos diferencias,

19 Los presupuestos ideológicos y doctrinales que están detrás de los dos grandes modelos de justicia constitucional y, por extensión también, de constitucionalismo: el norteamericano, claramente fiduciario del iusnaturalismo contractualista que alentó la formación del primer Estado liberal; y el europeo o kelseniano, lastrado por el legalismo en que desembocó primero la Revolución Francesa y más tarde (y en el mejor de los casos) el Estado de Derecho continental, y que de algún modo puede calificarse de positivista. (...). Prieto Sanchís trata de evidenciar que

lo usual es considerar que el neoconstitucionalismo expresa en gran medida la integración de los dos modelos constitucionales clásicos. Sin embargo, en la perspectiva de la presente investigación se aborda el tema neoconstitucional en un nivel todavía introductorio, pero suficiente para observar su complejidad y comprender que va más allá de dicha hipotética integración.

En primer lugar cabe reconocer que en los últimos sesenta años se ha venido consolidando lo que se conoce como constitucionalización del Derecho. El derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos, y conforme a Riccardo Guastini, en este proceso de constitucionalización del derecho tendente a superar, y en un sentido concreto a suplantarlo, sea al positivismo jurídico, sea al iusnaturalismo (Comanducci, 2005: 1-2), surge el neoconstitucionalismo como la teoría constitucional que se caracteriza por incluir elementos materiales en la Constitución, concretar una serie de fines sustanciales y por lo tanto, que la Constitución deje de ser la sola forma de organización del poder y establecimiento de competencias de las diversas funciones e instituciones públicas.

Guastini propone entender por “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, un proceso de transformación al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora (pervasiva, invidente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (2003: 49). Concluye el autor señalando que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento (2003: 250).

en dos instituciones con una finalidad aparentemente similar —el control judicial de la ley— pueden obedecer a planteamientos teóricos e ideológicos muy diferentes y servir también a objetivos políticos distintos (Prieto Sanchís, 2003: 16).

Según Guastini dichas condiciones son: una Constitución rígida, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la “sobreinterpretación” de la Constitución, la aplicación de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Y Ferrajoli (2007: 83; en Faralli Carla, 2007a) confirma esa tesis cuando sostiene que:

La constitución ya no es sólo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales.

Con este enfoque, científicos jurídico-constitucionalistas europeos (G. Zagrebelsky; M. Fioravanti, L. Ferrajoli, G. Pisarello, L. Prieto Sanchís. C. Nino) proponen, además de los derechos fundamentales, garantizar los derechos económicos y sociales; pero a la vez la corriente anglosajona representada por tratadistas como R. Dworkin, J. Rawls, entre otros, difiere de aquella, y más bien apunta a reconocer como garantizables los derechos civiles y políticos.

Por su parte Comanducci (2003: 77-78) refiere tres dicotomías que caracterizan al neoconstitucionalismo (constitucionalismo): la primera tiene relación con las pretensiones que lo hacen ver en sentido amplio y en sentido restringido; la segunda describe la diferencia que hay entre constitucionalismo de los contrapoderes y el de las reglas; y la tercera dicotomía es la que existe entre constitucionalismo reformista y constitucionalismo revolucionario.

Siguiendo a este autor (2003: 78-79) es difícil delinear las relaciones entre constitucionalismo de los contrapoderes y constitucionalismo de las reglas, porque parecen ser complementarios o incompatibles; y siempre queda el sentido de que la función de la Constitución a la vez que ofrece

sanción jurídica a un compromiso político estipulado por facciones que luchan para mantener o para conquistar el poder; por otra, la Constitución de las reglas (normas) se asocia a la idea del origen popular de la soberanía y de la tutela de los derechos fundamentales.

En todo caso Comanducci (2003) plantea abordar el neoconstitucionalismo como teoría, como ideología y como método, en función de hacer más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tipos homogéneos de positivismo y neoconstitucionalismo, y a la vez para lograr una diferenciación de este último con el positivismo jurídico²⁰. En todo caso el debate continúa, respecto a que el neoconstitucionalismo no se presenta solamente como una ideología y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista. En este sentido puede verse como una Teoría del derecho compatible con el positivismo jurídico, pero que atenta a los rasgos que caracterizan la evolución del ordenamiento jurídico de la democracia representativa.

El neoconstitucionalismo (como teoría)

El neoconstitucionalismo es una teoría del derecho antes que una teoría de la Constitución, entendida como la dimensión jurídica del constitucionalismo. En la doctrina se asume que la Constitución es la juridificación de las decisiones políticas fundamentales adoptadas por la soberanía popular, es el elemento de enlace entre política y derecho y el mecanismo de legitimación democrática de éste. En todo caso, siempre será necesaria una diferenciación conceptual entre neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo y constitucionalismo latinoamericano, lo que determina una perspectiva de un constitucionalismo en evolución (Viciano y Mar-

20 Al respecto –afirma el autor– el constitucionalismo ha sido una ideología dirigida a la limitación del poder, y a la defensa de una esfera de libertades naturales, o derechos fundamentales, teniendo como trasfondo, aunque no necesariamente, el iusnaturalismo que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre derecho y moral, y además como adversario directo el positivismo ideológico. Pero la teoría dominante en el siglo XIX y primera mitad del XX es la positivista (Comanducci, 2005: 3).

tínez, 2010: 16); y su fundamento es el análisis de la dimensión positiva de la Constitución, para lo cual no es necesario el análisis de la legitimidad democrática y de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente es trasladada a la voluntad constituida (Viciano y Martínez, 2010:17).

Retomando la argumentación de Comanducci, el neoconstitucionalismo como teoría:

- Busca describir los logros de la constitucionalización, o proceso de modificación de los grandes sistemas jurídicos ante el despliegue integral del proceso mismo. El modelo del sistema jurídico emergente neoconstitucional se caracteriza por la disponibilidad de una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia de principios y reglas en la Constitución, por peculiaridades de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley.
- Como teoría representa una alternativa respecto a la teoría iuspositivista de la tradición jurídica basada en el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica.
- Al interior de la teoría neoconstitucional se visualizan dos tendencias contrapuestas de pensamiento: la una insiste en la continuación del iuspositivismo con el mismo método, pero con un objeto parcialmente modificado; la otra asume que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico, centra su propio análisis en la estructura y en el papel que juega la Constitución en el sistema jurídico contemporáneo: Como “modelo descriptivo de la constitución como norma”, designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas). A veces como “modelo axiológico de la Constitución como norma.” En el segundo modelo, la “constitución” designa un conjunto de reglas

jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas) –hasta aquí se recalca la definición precedente–, “a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor”. En este modelo la Constitución está “cargada de un valor intrínseco: la Constitución es un valor en sí”.

- El neoconstitucionalismo como teoría establece la tesis según la cual la interpretación constitucional, en cuanto secuencia del proceso de constitucionalización del derecho, presenta ciertas peculiaridades respecto a la interpretación de la ley y según se adopte uno u otro modelo de Constitución: en el modelo axiológico de Constitución como norma el constitucionalismo no se presenta tanto como una teoría del derecho sino como una ideología; en el modelo descriptivo de Constitución como norma ésta presenta una característica común con la ley (la de ser también la Constitución un documento normativo). En este caso, la interpretación constitucional al igual que la de la ley es un género de interpretación jurídica, entonces la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley aparece como una cuestión de grado y no como diferencias cualitativas.
- En la realidad la situación es diversa y la actividad interpretativa de las Cortes Constitucionales varía, aunque no parecen comúnmente asumir el modelo descriptivo sino el axiológico de la Constitución (Comanducci, 2003: 3-4-5-83).

El neoconstitucionalismo (como ideología)

- Pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal, que en cambio era central en la ideología constitucionalista de los siglos XVIII y XIX.
- Pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. El poder estatal no es visto con temor y más bien apoya el Estado constitucional y democrático de derecho, que se está extendiendo a lo largo y ancho del planeta.

- El neoconstitucionalismo como ideología valora positivamente y propugna la defensa y ampliación de los logros del proceso de constitucionalización del derecho, tales como la institucionalización de los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales. Por otra parte destaca la exigencia de que las actividades de los poderes legislativo y judicial estén directamente encaminadas a la concretización, actuación y garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución (neoconstitucionalismo de las reglas).
- Considerando que autores como Alexy, Dworkin y Zagrebelsky entienden que en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos se produce una conexión necesaria entre derecho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico asume la obligación moral de obedecer la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución. En este sentido puede ser considerado una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley.
- Adopta el modelo axiológico de la Constitución como norma y pone en evidencia una radical especificidad de la interpretación constitucional respecto a la de la ley, y también de la aplicación de la Constitución respecto a la aplicación de la ley. Tales especificidades derivan de la diversidad del objeto de constitución respecto a la ley y se manifiestan sobre todo en relación a las respectivas técnicas de interrelación (Comanducci, 2003: 3-6-85).

El neoconstitucionalismo (como metodología)

- Las variantes del neoconstitucionalismo como ideología presuponen una toma de posición metodológica (a criterio del autor, lo llama arbitrariamente neoconstitucionalismo metodológico, a partir de elementos asumidos de Alexy y Dworkin).
- Tal denominación recuerda explícitamente él, y se contrapone al, positivismo metodológico y conceptual, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el Derecho como es, y distinguirlo por tanto del Derecho como debería ser. Esta tesis tiene, como

se sabe, al menos dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la de la no conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Desde mi punto de vista, la tesis positivista tiene también al menos un presupuesto: la aceptación de la gran división entre ser y deber ser, en su formulación lingüística, como distinción entre describir y valorar-prescribir. No tiene sin embargo, como presupuesto, la tesis meta-ética no-cognitivistica en el ámbito moral: por lo menos no necesariamente, aún si de hecho muchos teóricos positivistas son no-cognitivistas, y la mayoría de los críticos del positivismo son cognitivistas.

- El neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario –al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre el Derecho y la moral²¹– la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral (Comanducci, 2003: 7-87).

Principales líneas de evolución del neoconstitucionalismo

Pueden establecerse en base a criterios disímiles y diferir conforme al enfoque ideológico o técnico que se asuma. En la perspectiva del presente estudio se pergeñan las líneas más visibles y que caracterizan el sustrato formal neo constitucional, siguiendo a Prieto Sanchís (2003):

- Más principios que reglas o el valor superior de los primeros sobre las últimas: “La Constitución establece una regulación principialista, en la que se recogen derechos y deberes correlativos” sin especificar sus posibles colisiones ni las condiciones de precedencia de unos sobre

21 (Viciano y Martínez, 2010:17) insisten en reafirmar la tesis doctrinarias en las cuales se establece que el neoconstitucionalismo busca convertir al Estado de derecho en Estado constitucional de derecho, y que para el efecto, la presencia hegemónica de los principios como criterios de interpretación en el neoconstitucionalismo ha sido, la principal herramienta de ataque del neoconstitucionalismo al positivismo jurídico, y siguiendo a Sastre (1999: 145), sostienen que: “Estos principios, que aspiran a conceder unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han hecho inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación, que era uno de los pilares del positivismo teórico”.

otros; o donde se fijan objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado. Por ello, “se produce (...) una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles”. La Constitución es abierta y “habla con muchas voces” pero el legislador y el juez escuchan la misma voz.

- Empleo fuerte de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsumción: Es decir, la ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, en otras palabras, se establece cual de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.
- Omnipotencia judicial: Presencia relevante y activa de los jueces en lugar de autonomía del legislador ordinario. Carácter extensivo de la actuación judicial.
- Coexistencia de una constelación plural de valores: A veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de escasos principios coherentes entre sí. Y en torno a las sucesivas opciones legislativas (Reconocimiento del pluralismo valorativo).
- Constitucionalismo invasivo: Que penetra en todas las áreas jurídicas y conflictos relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria.
- Omnipresencia de la Constitución: Que ofrece un denso contenido (sustantivo) material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices de los poderes públicos, etc. Detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice. Esto ha provocado el denominado efecto de “impregnación” o “irradiación” del texto constitucional; de alguna manera todo deviene en Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos.
- La Constitución es una norma: que está presente en todo tipo de conflictos. La Constitución ofrece orientación en las más heterogéneas esferas y en la medida que están confiadas a la garantía judicial, el legislador lógicamente pierde autonomía. No es cierto que la ley sea una mera ejecución del texto constitucional, pero si es cierto que éste “impregna” cualquier materia de regulación legal, por ende la solución

que dicha regulación ofrezca nunca se verá por completo exenta de la evaluación judicial a la luz de la Constitución.

Esto implica la existencia de un modelo argumentativo entre la Constitución y la legislación. “No hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado y eso significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune de la influencia constitucional”. El modelo argumentativo no distingue el mundo de la legislación del mundo constitucional, así como tampoco elimina la libertad legislativa de configuración, es decir, impone al legislador el deber de fundamentar todas las restricciones de los derechos fundamentales. En este modelo argumentativo, la relación entre Constitución y legislación no puede estructurarse con base en la división entre materias constitucionales y otras legales, sino en “círculos de competencias”.

Guastini, 2003; Prieto Sanchís, 2003a; Bernal Pulido, 2008, enfatizan como líneas evolutivas neoconstitucionales, las siguientes:

- Rigidez constitucional: Constitución escrita difícil de modificar por parte del legislador, está protegida (o garantizada) contra la legislación ordinaria. Cuando rige una Constitución rígida es menester distinguir dos “niveles” jerárquicos de legislación: la ordinaria y la constitucional (o de revisión constitucional). Existen principios constitucionales que no pueden ser modificados en modo alguno, ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. El conjunto de principios “inmutables” es lo que algunos llaman la “Constitución material”.
- Garantía jurisdiccional de la Constitución: Existen diversos sistemas de control sobre la conformación de las normas con la Constitución, y responden a los modelos norteamericano, francés, alemán, español e italiano.
- Fuerza vinculante de la Constitución: Destaca el hecho de que las constituciones además de contener normas que organizan el Estado, también contienen principios y disposiciones pragmáticas que deberían ser garantizarles como cualquier otra norma jurídica. Toda norma constitucional es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

- La sobre interpretación de la Constitución: Que permite superar cualquier aparente laguna gracias a los principios que existen en la Carta fundamental. Toda Constitución es susceptible de una interpretación literal (restrictiva) y de una interpretación extensiva. Ninguna Constitución es completa y por ende cualquier Constitución no regula más que una pequeña parte de la vida política y social, pero, no existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. La sobre interpretación de la Constitución presupone que ella misma sea entendida como vinculante.
- Aplicación directa de las normas constitucionales: Antes la constitución sólo controlaba el poder, ahora regula las relaciones sociales buscando desarrollar sus principios. En el neoconstitucionalismo vigente se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales, y que debe ser aplicada en forma inmediata también en las relaciones entre particulares, siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, porque la ley tiene lagunas o porque la solución que ofrece parece injusta.
- La interpretación de las leyes: No se refiere a la interpretación de la Constitución sino de la ley, en donde, el juez debe preferir la interpretación que mejor se “adecue” al texto constitucional. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley, que de otra forma, debería ser declarada inconstitucional.
- La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas: Tiene que ver con las normas constitucionales que pueden ser más o menos usadas en la argumentación política (de los órganos y de los actores) para justificar sus acciones y decisiones. Esta influencia depende de diversos elementos: por el contenido mismo de la constitución, por la postura de los jueces en general, por la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos (Prieto Sanchís, 2003a: 131-132; Guastini, 2003: 50-57; Bernal Pulido, 2008: 29).

El neo constitucionalismo gira en torno a la concreción de los derechos fundamentales y hay quienes sostienen que esta postura es una base del discurso liberal contemporáneo. Por su parte autores como R. Dworkin, J. Rawls, J. Habermas, R. Alexy, en general asumen que los derechos indi-

viduales deben ser entendidos como los medios de protección con los que cuentan las minorías a fin de defenderse de las agresiones o las preferencias de las mayorías. Quizás por este hecho hay quienes tienden a ubicarlos en la postura liberal.

Globalismo jurídico y teoría moral

Las tesis neoconstitucionalistas parten desde una moral de los derechos subjetivos de raíz kantiana, del derecho cosmopolita. Idea desarrollada en el siglo XX primero en la construcción jurídica de Hans Kelsen, con tesis como la unidad y objetividad del ordenamiento jurídico, la primacía del derecho internacional, el carácter parcial de los ordenamientos jurídicos nacionales y la necesidad de excluir la idea de soberanía; posteriormente en la teoría política y filosofía del derecho de Norberto Bobbio y su propuesta del pacifismo jurídico; y tiene particular relevancia el denominado internacionalismo y pacifismo neokantiano asumido por Jürgen Habermas, para quien la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es elevada al rango de “norma fundamental”, cuyo núcleo esencial de principios jurídicos y políticos es capaz de dotar de legitimación constituyente a la *Cosmópolis* en ciernes. En todo caso lo que se denomina premisa filosófica del “globalismo jurídico” es la idea kantiana de la unidad moral del género humano.

Para Habermas respecto a los derechos humanos, corresponde seguir la lección de Kant e intentar al mismo tiempo superarla. Habermas afirma que Kant había concebido la unión cosmopolita como una federación de estados, no de ciudadanos del mundo. Al hacer esta elección Kant no fue coherente con su tesis general, según la cual todo ordenamiento jurídico, y no sólo el interno de los estados, remite en última instancia a un derecho originario de los sujetos individuales: cada individuo tiene derecho a las mismas libertades sobre la base de las leyes universales (Habermas, 1999).

Siguiendo a este autor, la fundamentación individualista del derecho moderno debe ser mantenida también para el derecho internacional, y sostiene que los derechos fundamentales exigen, en virtud de su conteni-

do semántico, una sociedad cosmopolita. La autonomía de los ciudadanos no puede ser mediada por la soberanía de un Estado, la autonomía supera el particularismo nacional y puede volverse en nombre del derecho cosmopolita, en contra del Estado mismo.

En este sentido Habermas ha entregado la clave respecto a lo que piensa sobre los problemas actuales planteados (la paz, los derechos humanos²², la perspectiva de la ciudadanía universal o las funciones los organismos internacionales). Pero su idea de reforzar estos organismos es recurrente, por ello propone el establecimiento de un parlamento mundial, la construcción de una justicia mundial y obligada reorganización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1999: 170-172); en su obra “La Inclusión del otro” desarrolla *in extenso* estas propuestas. Lo de fondo, desde el requerimiento de la presente investigación, radica en connotar que su pensamiento abona al fortalecimiento del neoconstitucionalismo, en cuanto expresión de la nueva cultura jurídica impregnada en el máximo estatuto a partir del reconocimiento de un test supraestatal que expresa el contenido esencial de los derechos fundamentales, ya para la tutela y garantía de tales derechos y por extensión de los de la propia naturaleza.

Respecto al tema sobre la política internacional Zolo (2002: 198) sostiene que el “globalismo jurídico” trata de respaldar las funciones de las instituciones internacionales existentes, más aún si los procesos de globalización han demostrado que existe un desajuste funcional y una seria diferencia de escala entre el poder normativo y coercitivo de los estados nacionales, sostiene el autor:

Las nuevas dimensiones de los problemas que se acumulan en la agenda internacional: la paz, la protección de los derechos humanos, la tutela del ambiente, el equilibrio demográfico, el desarrollo económico, la represión del terrorismo y el tráfico internacional de armas y de drogas, —de ahí

22 El concepto de derechos humanos no tiene una procedencia moral, sino que representa una acuñación específica del concepto moderno de derechos subjetivos, es decir, de una terminología jurídica. Los derechos humanos poseen originariamente una naturaleza jurídica. Lo que le presta la apariencia de derechos morales no es su contenido y con mayor razón tampoco su estructura, sino su sentido de validez que trasciende los ordenamientos jurídicos de los Estados nacionales (Habermas, 1999: 175).

que— en la era de la interdependencia global sería anacrónico seguir basando todavía la garantía del orden mundial y el mantenimiento de la paz en el “modelo de Westfalia”. El sistema de equilibrio de estados soberanos —se afirma— ya ha cumplido su tiempo: las prerrogativas de independencia de los estados nacionales aparecen cada vez más como simples veleidades y como obstáculos para la solución de los problemas cruciales para el destino del planeta, comenzando por el de la contención de los particularismos étnicos que amenazan con precipitar al mundo en una guerra civil generalizada (Zolo, 2002: 199).

El iusglobalismo propone la transformación de los organismos internacionales en auténticos poderes supranacionales capaces de subordinar la soberanía de los estados nacionales, en función de garantizar la paz y la protección de los derechos del hombre. En consecuencia, el “globalismo jurídico” actualmente es la línea de teoría del Derecho y de política institucional sustentada, como se ha mencionado en acápites anteriores, por juristas, filósofos, moralistas y teólogos occidentales, que han expresado la necesidad de una jurisdicción obligatoria y policía internacional como alternativa a la guerra, al desorden internacional, a la destrucción del planeta y por ende, a la extinción de la especie humana y de todas las formas de vida.

Por otra parte hay quienes sustentan que no existe una “sociedad mundial” que sea meritoria de una concentración de poder en manos de una autoridad supranacional suprema como vía para construir un mundo seguro, ordenado y pacífico, al margen de que sea evidente una evolución de las relaciones internacionales y se desarrollen instituciones como el Tribunal Penal Internacional, cuyo estatuto ya fue aprobado en julio de 1998, en Roma; instituto dotado de una competencia permanente y universal para la represión de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra cometidos por cualquier habitante del planeta. Para el efecto deberá existir un Código Penal internacional promulgado por una autoridad supranacional.

Para Zolo (2002), es necesario someter a la crítica la concepción racionalista y normativista del derecho a la que el globalismo jurídico se remite, toda vez que subestima la compleja interacción entre las estructuras normativas y los procesos culturales y económicos, y porque el derecho, en

particular la justicia penal en nada garantiza una eficacia regulativa de los fenómenos sociales incluidos los conflictos civiles y la guerra, nada garantiza que puedan actuar sobre las razones profundas de la agresividad humana, del conflicto y la violencia armada. Zolo sustenta que su crítica al globalismo jurídico es un enfoque realista del problema del orden y la paz internacional. Porque estos no pueden ser garantizados a través de órganos coercitivos —jurídicos, económicos o militares— al menos mientras siga el *trend* que hace cada día más agudas las disparidades de poder, de riqueza y de recursos científico-tecnológicos en el horizonte internacional; y por otro lado, cuando existe una reevaluación de las identidades étnico nacionales así como de los estados y su soberanía (aunque sea limitada) en nombre de valores como el pluralismo y la diferenciación cultural, valores a oponer a la poderosa deriva de la occidentalización del mundo y a la homologación mercantil de los estilos de vida (Zolo, 2002: 201).

En cuanto a Rawls, respecto a los derechos fundamentales corresponden verlo desde la siguiente perspectiva: lo trata dentro del difícil dilema de la teoría moral, y sostiene que se los puede encontrar en los fundamentos de los derechos individuales y por tanto en los fundamentos de un liberalismo basado en los derechos. Visto así el hecho, la duda central es si una exigencia de respeto mutuo, que opere en el contexto del ejercicio del poder colectivo sobre cada uno de los miembros de una sociedad, es lo suficientemente enérgica como para frenar no sólo la ilimitada búsqueda del interés propio de la mayoría a expensas de la minoría, sino también la búsqueda ilimitada de los valores ostensiblemente trascendentes de la mayoría contra la voluntad de la minoría que no los comparte (2000).

Rawls intenta responder la pregunta fundando la tolerancia y la libertad liberales en principios de derecho que son previos a concepciones del bien; esta es una de sus contribuciones más significativas. La dificultad de la tarea es considerable, sin embargo hay quienes sospechan de que tales visiones son una suerte de camuflaje liberal para argumentos mucho más parciales y que el propuesto atractivo ecuménico del liberalismo es hueco. En consecuencia, para los liberales ortodoxos es mejor defender los ideales liberales apelando a una concepción explícitamente liberal del bien humano.

Pero la propuesta de Rawls (2000: 361) es una idea moral que representa un ideal político plausible, más difícil de explicar y defender que un

liberalismo basado directamente en valores individualistas y utilitaristas. El liberalismo político rawlsiano tiene fundamentos para justificar la legitimidad del ejercicio del poder por parte del Estado sobre los ciudadanos. Para diversos analistas, Rawls ha intentado describir una forma de liberalismo que pueda exigir la fidelidad no sólo de los individualistas seculares, y que se plantee no sólo como un *modus vivendi* o una segunda mejor opción. Ha identificado una fuente de convicción y motivación moral que no depende del escepticismo religioso o de una ética de la autonomía individual, y que tiene un importante papel que desempeñar en la justificación de las instituciones democráticas liberales.

Además, un elemento importante en la concepción de Rawls acerca de la libertad es la exigencia de que un Estado justo se abstenga, en la medida de lo posible, de intentar imponer a sus miembros una concepción única de los fines y el significado de la vida. Él aplica el principio en un sentido mucho más amplio para abarcar las profundas diferencias en las concepciones fundamentales del bien (teoría necesaria para sustentar las indispensables premisas de las que se derivan los principios de la justicia (Rawls, 2000: 361). Rawls opina que frente a éstas, una sociedad justa debe adoptar una actitud de tolerancia y abrigar expectativas de pluralismo²³, además de dar libertad a la gente para perseguir sus objetivos últimos siempre que no obstaculicen las demás exigencias de justicia (Zolo, 2002: 206-208).

En conclusión, la tesis de los autores en cita gira en torno a considerar que si se quiere actuar como un sujeto racional (moral), es indispensable vivir dentro de un régimen de democracia constitucional-deliberativa, es decir, en un régimen que garantice las mismas posibilidades de autonomía para todos sin exclusión; y son precisamente ese conjunto de elementos básicos los requisitos esenciales para poder desarrollar la autonomía. En el sentido expresado, se entiende a la *democracia constitucional* como el modelo expedito que refleja la soberanía popular, la división de poderes o funciones (cinco en el caso de Ecuador), la garantía de liberta-

23 En general la interpretación de Rawls respecto al alcance de los derechos básicos (fundamentales) tiende a ser más amplia por motivos que tienen que ver con los fundamentos de esos derechos y con la manera en que una sociedad justa debe aceptar el pluralismo, las diferencias, la propia tolerancia.

des públicas y ciudadanas, la tutela jurisdiccional de derechos. No obstante, se piensa que se podrá transformar la realidad a partir del desarrollo de la Constitución, de la optimización de su mandato y materialización del sentido de su texto, por ejemplo: concreción del garantismo de los derechos en cuanto viabilizador de la justicia constitucional, conforme al enfoque neoconstitucional.

La Constitución en el Estado constitucional

Generalmente conocida como Ley Fundamental, Carta Magna o Ley Suprema del Estado, la Constitución es el conjunto de principios filosófico-políticos y de normas positivas relativas a la soberanía, organización, competencia, funcionamiento y responsabilidades del Estado, así como a los derechos y garantías reconocidos a los individuos²⁴. Los principios de jerarquía y competencia son los principales criterios para esa ordenación (Aja, 1997: 48). A la Constitución están subordinadas todas las normas, y cada norma para integrar válidamente el sistema jurídico debe ser creada por el órgano competente mediante los procedimientos previstos en la norma superior, y con contenidos que no contradigan a aquellos prescritos en la norma legal de mayor jerarquía.

En el “Estado Constitucional de Derechos” el máximo estatuto se convierte en el espacio donde convergen valores, directrices y principios –inclusive de raíz liberal– que son usados para resolver los casos más relevantes en el derecho, y que se adhieren a la tesis²⁵ de la vinculación entre el derecho y la moral, a diferencia de lo que sucede en el Estado de derecho, donde la ciencia jurídica sustenta la tesis de la separación entre los

24 Ver (Jellinek, 2004: 477).

25 Tesis que se caracteriza precisamente por reconocer la presencia de valores y de principios dentro del derecho como lo indica García Figueroa (1998: 62). “La Constitución aúna dos características relevantes para nuestros propósitos: por su contenido incorpora una serie de valores morales; por su forma, sus preceptos se expresan más a través de principios bajo la apariencia de reglas. En términos muy generales, estas dos propiedades comportan dos consecuencias interesantes para el no positivismo principialista: en primer lugar, el constitucionalismo parece favorecer el no positivismo porque facilita la vinculación conceptual del derecho a la moral y, en segundo lugar, parece favorecer a un no positivismo principialista”.

dos elementos. Sobre esta materia han discurrido (J. Rawls, 2000; R. Dworkin, 2002; R. Alexy, 2008, 2010; Ch. Taylor, 2001; M. Walzer, 1998; G. Zagrebelsky, 1997; L. Ferrajoli, 2003, 2006; L. Prieto Sanchís, 2003, C. Nino, 2007) entre otros. Pero lo importante es que el sentido político de la constitución ya no se escamotea y al contrario ocupa el centro del debate; además, la racionalidad político-constitucional cuya clave es la ausencia de una verdad definitiva, el tránsito de la disposición a la norma, y el método de operacionalización, constituyen una triada de operación inseparable.

En el Estado constitucional de derechos se flexibiliza la soberanía estatal, los principios adquieren una importancia sin precedentes y crecen, se consolidan formas de interpretación más material o sustantiva y la justicia constitucional aplicada por la Corte Constitucional le imprime un signo distinto a la interpretación y aplicación de lo jurídico, hasta el punto que puede generarse el sometimiento de lo político a lo jurídico²⁶. La Constitución es entendida como “norma jurídica”, y fuente principal de derecho y normas jurídicas (aunque no se agotan, ni tienen su creación directa en la Constitución, siempre gravitan en torno a ella y de ella dependerán en su validez misma), como instrumento jurídico que contiene normas jurídicas llamadas a ser aplicadas por los jueces y demás operadores jurídicos en la resolución de los casos sometidos a su conocimiento (Comanducci, 2005).

La Constitución además de fuente de Derecho, es fuente de las fuentes del Derecho, y aplicar el Derecho es aplicar las normas previstas por la Constitución. Pero además establece los bienes que deben ser promovidos, protegidos y garantizados normativamente por el Estado y sus órganos del poder público; no obstante, también establece normas deontológicas, axiológicas, principios y valores, en cuanto eje central y dinamizador de Derecho que en esencia es la Constitución.

26 El criterio es que en el Estado constitucional de derechos y justicia, cuando la idea de poder se juridiza y se atempera sin traumatismos al control constitucional, la sociedad puede asegurarse el garantismo y racionalidad en el funcionamiento del Estado. En términos de Ferrajoli, significaría la vigencia del garantismo constitucional.

• Aspectos relevantes de la constitucionalización

- Existencia de una Constitución garantista, normativa y rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
- Garantía jurisdiccional de la Constitución.
- Fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”).
- “Sobreinterpretación” de la Constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).
- Aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
- Interpretación adecuada de las leyes.
- Influencia de la Constitución sobre el debate político (Comanducci, 2005).

Por su carácter de fuente de las fuentes del Derecho, la depositaria natural de la Constitución es la Corte Constitucional, y la Corte accede a ser órgano creador de derecho cuando haga efectivo el ordenamiento jurídico²⁷ al momento de administrar justicia, y conforme lo señala Tartufo:

...los actos jurisdiccionales son los que hacen existir realmente los derechos, así se invierte el planteamiento tradicional: la jurisdicción ya no es secundaria o subsidiaria respecto al derecho sustancial, puesto que se convierte en primaria y esencial, ella misma es creadora de derecho sustancial (...). Corresponde al juez, cada vez con mayor frecuencia, hacer aquello que el legislador no es capaz, o sea, atribuir dignidad y tutela jurídica a las nuevas necesidades y a los nuevos derechos (Tartufo, 1996: 140-142 en Castaño, 2007: 190-191).

27 Si bien es cierto, tanto el juez constitucional, cuanto el ordinario o el administrativo cumplen una “función legislativa jurisdiccional”, con mayor razón en el neoconstitucionalismo el juez ya no es considerado sólo un operador jurídico, sino también político, dado que la sentencia es un acto político porque es capaz de completar el ordenamiento jurídico, en la medida en que esa potestad ya no es exclusiva del Poder Legislativo. En sentido lato, los jueces y magistrados son operadores jurídicos superiores a los mismos legisladores; ya Zagrebelsky lo sustentó en su texto “El derecho dúctil” (1997); por su parte Kelsen (2005) en la Teoría pura del derecho, afirmó que: “la aplicación del derecho es al consuno producción de derecho”.

En este sentido, cuando el remedio judicial precede en muchas ocasiones al derecho legislado, el juez cumple la tarea esencial de garantizar y hacer efectiva la tutela jurisdiccional, no sólo frente a derechos sustanciales (fundamentales) determinados, sino en situaciones que traten intereses relevantes que tengan que ver con garantías constitucionales y que se hagan acreedores a ser tutelados en sede judicial (Castaño, 2007).

- Sistema de fuentes

En concreto, los postulados del neoconstitucionalismo desvirtúan el falso principio positivista acerca de que las sentencias de los jueces no crean, sino, que tan sólo declaran derechos. Al margen de que ya el derecho civil establecía para el juez una interpretación principal sobre la base de sus tres funciones; interpretativa, creadora e integradora. La Corte Constitucional no es un mero legislador negativo, limitado a sacar del ordenamiento jurídico ciertas normas que encuentre contrarias a la Constitución, cuando emita sentencias interpretativas, de normas que vinculen a otro órgano del Estado. Lo que es más, la Corte Constitucional no se encuentra vinculada al mantenimiento de su propia doctrina, toda vez que no puede petrificar su interpretación. En experiencias donde rige una Corte Constitucional, el pleno de la Corte puede variar un precedente propio de la jurisprudencia, y existen casos al respecto.

Como corolario de este tema se puede enunciar que la eficacia plena de la Constitución —en cualquier Estado—, será una realidad cuando la Constitución se materialice y para el efecto se requiere que los ciudadanos y los diversos factores reales del poder coadyuven empoderándose de ella, al margen de que:

(...) en un país descuadrado y oprobiosamente injusto como resulta ser el nuestro, no deja de ser una carta “aspiracional”, justificadamente utópica, que no se puede dar el lujo de ser interpretada en forma conservadora, como la norteamericana o la de un Estado rico y desarrollado. La nuestra debe estimular la superación de un Estado de cosas deplorable. La única interpretación que cabe o que se hace imperiosa es la progresista, hacer lo contrario es ir en contra del ideal de justicia (Castaño, 2007: 193).

En una apretada síntesis (Ávila, 2009: 778) resume que en el Estado constitucional, la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental: material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia, que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas.

Reitera Ávila que en el constitucionalismo se conjugan: el Estado como estructura, los derechos como fin y la democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos.

Límites porque ningún poder los puede violentar, aun si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos.

En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es el instrumento de la soberanía popular, limita al primero; por ello las constituciones, como garantía, son rígidas y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios. La constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias. El poder para resolver conflictos entre órganos o por exceso en sus atribuciones, *referee*, se transfiere del parlamento a los jueces que tienen competencia constitucional (Ávila, 2009: 779; CRE, 2008: Art. 436).

En la doctrina y para Ávila en particular, la Constitución del Ecuador es fuertemente materializada, emana de una Asamblea Constituyente, reconoce a los derechos como límites y vínculos, y establece una Corte Constitucional que resuelve, en última instancia, los conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales. En este sentido, la Constitución de Ecuador se enmarca dentro del paradigma actual del derecho constitucional (neoconstitucional). En suma, el Estado constitucional es el resultado de la evolución del Estado legal. Proyectando el criterio de este autor, –puede decirse que es una fase superior–. El Estado legal se basa en el principio de legalidad, por el que todo acto del poder sólo puede hacer lo determinado en la ley y todo acto privado es permitido en tanto no esté prohibido por la ley (Ávila, 2009: 779).

A diferencia del Estado de legalidad, el Estado constitucional, en cambio se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley y quien crea la ley. El Estado constitucional se rige por el principio de constitucionalidad.

La interpretación constitucional

Un aspecto primordial constituye la interpretación constitucional, y los problemas de interpretación constitucional son problemas que no existen en la interpretación de las leyes. Pero en el fondo enfatiza Guastini (2010: 94) no son verdaderos problemas de interpretación. Son sobre todo problemas de “teoría” o de dogmática constitucional, en este sentido y por la relevancia del análisis de este autor, se resumen los puntos nodales de su teoría, por ejemplo:

- ¿Cuál es el valor jurídico de los preámbulos? ¿Expresan “verdaderas” normas jurídicas”, susceptibles de aplicación jurisdiccional? ¿O son, por el contrario una “declaración de intenciones, textos con valor programático, en suma documentos privados de efectos jurídicos? La respuesta puede ser positiva y negativa: la primera es que el preámbulo expresa “ideas políticas, morales y religiosas que la Constitución intenta promover. Normalmente el preámbulo no dicta alguna norma jurí-

dica precisa para el comportamiento humano, y está por tanto privado de contenido relevante. Tiene un carácter ideológico, más que jurídico.

La respuesta positiva es menos clara porque parece tener como punto de partida la concepción llamada normativa de la Constitución: la Constitución entera es un texto normativo, que expresa, en cuanto tal, auténticas normas jurídicas. La formulación vaga o ambigua de tales normas puede suponer serios problemas de interpretación, pero no tiene nada que ver con el valor jurídico del texto constitucional; y en segundo lugar, no se pregunta cuál es el significado del texto –este sería el problema de interpretación– sino cuál es su valor jurídico, no se trata, precisamente de un problema interpretativo, sino de un problema “dogmático” (Guastini, 2010: 94-96).

- ¿Declaración o creación de derechos? ¿Los derechos subjetivos (en particular los derechos de libertad) proclamados en la Constitución son “declarados” o por el contrario “creados” *ex novo* por la Constitución misma?

Declarados quiere decir que los derechos en cuestión existían –en cuanto derechos naturales antes que la Constitución, de modo que los constituyentes se limitaron a reconocerlos y a “positivizarlos”. Creados quiere decir que los derechos en cuestión son derechos “positivos” privados de cualquier existencia anterior a la –e independiente de la– constitución: los constituyentes no los han reconocido, los han conferido a los ciudadanos. De lo expuesto se comprende que el problema no es uno de interpretación textual, sino más bien de uno de filosofía del derecho ¿positivismo jurídico o iusnaturalismo? (Guastini, 2010: 98).

- ¿Viejas leyes, nueva Constitución?

La nueva Constitución se inserta en un ordenamiento jurídico preexistente y no contiene una cláusula de derogación explícita de la legislación precedente incompatible. La cuestión del conflicto es que si entre la Constitución y las leyes anteriores se da un problema de sucesión de normas en el tiempo, o por el contrario un problema de incompatibilidad entre normas colocadas en grados distintos en la jerarquía de fuentes. ¿El conflicto debe ser resuelto mediante el principio

cronológico (*lex posterior*), y las leyes viejas deben ser consideradas derogadas, o bien mediante el principio jerárquico (*lex superior*), y las leyes deben ser declaradas constitucionalmente ilegítimas? (Guastini, 2010: 99).

El problema no tiene importancia práctica en el sistema jurídico en el que el control de legitimidad constitucional es difuso, pero sí en el caso del sistema concentrado y a posteriori, ya que en este sistema jurídico, la derogatoria (tácita, por incompatibilidad) de una ley puede ser reconocida por cualquier juez, con efectos inter partes, mientras que la legitimidad constitucional de una ley puede ser declarada solamente por el juez constitucional, con efecto *erga omnes* (Guastini, 2010: 99).

- ¿Límites lógicos a la reforma constitucional?

En principio cabe diferenciar entre límites lógicos y límites implícitos. Un límite implícito deriva de una norma implícita que se puede construir a partir de del texto constitucional mediante las técnicas normales de interpretación (creativa). El autor en cita sostiene que un límite lógico es una prohibición de reforma no contingente, sino necesario, intrínseco a cualquier Constitución. Es un límite que deriva del concepto mismo de Constitución y/o de reforma constitucional. Por ejemplo, el poder de reforma constitucional no es competente para tocar los principios supremos de la Constitución y los derechos inviolables del hombre, toda vez que la reforma a los principios y valores que caracterizan a la constitución está prohibida. Pero en última instancia, el problema de los límites lógicos de la reforma no es un verdadero problema de interpretación (Guastini, 2010: 101-102).

Neoconstitucionalismo y democracia constitucional

Respecto al garantismo y la democracia constitucional o constitucional²⁸ se puede fundamentar que: "...el paradigma de la democracia constitucional

28 El régimen político que corresponde al Estado constitucional de derechos, plurinacional, es la democracia constitucional (jurídica) o vertiente política del paradigma neoconstitucional, superando de esta forma aquella democracia representativa hueca del *ancien régime* partidocrático,

es aún un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dimensión: para garantizar todos los derechos, no sólo los derechos de libertad sino también los derechos sociales; frente a todos los poderes, no sólo los poderes públicos, sino también los poderes privados, no sólo del Estado sino también del mercado; a todos los niveles, no sólo del derecho estatal, sino también de derecho internacional" (Ferrajoli, 2006: 277). En el Estado constitucional de derecho, la Constitución es garantista de los derechos fundamentales, es decir: de todos los derechos.

El garantismo como doctrina filosófico-política permite la crítica de las instituciones jurídico-positivas, como la clásica y rígida separación entre derecho y moral o entre validez y justicia (típica del positivismo jurídico). En la necesidad de profundizar este aspecto Ferrajoli toma el concepto de autopoyesis en lo que tiene que ver con el carácter autorreferencial de los sistemas políticos. En las doctrinas autopoyéticas, el Estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el Derecho y los derechos; y por otro lado las doctrinas heteropoyéticas, en las cuales el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola (Ferrajoli, 1998: 868-880).

A partir de este enfoque corresponde asumir que el garantismo, en sentido filosófico-político, consiste esencialmente en la fundamentación heteropoyética del Derecho, separado de la moral en los diversos significados. De tal manera que la legitimación externa de las instituciones jurídico-positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos. Con base en tales postulados se puede mostrar

donde todas las reglas eran impuestas por las elites. Desde esta perspectiva, el compromiso constitucional de promover la participación a través de fórmulas directas no cuestionan la esencia del sistema de democracia representativa ampliamente presente todavía. La democracia participativa se configura como un complemento en la legitimidad y un avance en la democracia, pero no como una sustitución definitiva de la representación (...) Se trata, conforme a Criado de Diego, de una absorción del Estado por lo colectivo: "se consagra constitucionalmente la escisión entre sociedad y Estado, y se reconstruyen escenarios y procedimientos para que la decisión del segundo sea influida por la primera, para reconstruir la unidad en la decisión de manera que la voluntad única del Estado sea también voluntad de la sociedad por mecanismos distintos a los partidocráticos" (Criado, 2004: 123, en Viciano y Martínez, 2010: 35).

el mapa de la configuración del Estado constitucional de derechos, en el cual ciertamente los jueces actúan y se legitiman diariamente. Así es como se plantea el redimensionamiento de la democracia: de la formal relacionada con la forma en la que se toman las decisiones, y de la democracia constitucional, que está íntimamente ligada al respeto y concreción de los derechos fundamentales. A partir de este enfoque, Ferrajoli (2006: 15-20) fundamenta las cuatro tesis sobre las que sustenta el garantismo (cuatro criterios axiológicos de los derechos fundamentales), criterios que permiten ver su interrelación con la democracia constitucional, antes que con el conjunto de reglas primarias fundamentales que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos (condiciones formales y procedimentales); dichas tesis tienen relación con las normas sustanciales de validez, las cuales vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos en ellas (Ferrajoli, 2006: 15-20).

Visto así el tema, la democracia constitucional se relaciona con lo que es lícito o ilícito, legítimo o ilegítimo decidir; mientras que la democracia formal tiene que ver con quién está legitimado para decidir. Esto es analizado en el contexto de un debilitamiento de la esfera pública, de la crisis del Estado y la razón jurídica (crisis de legalidad que permea a través de un sistema de corrupción en la administración pública, una crisis del Estado social y una crisis del Estado nacional donde las decisiones en materia militar, política monetaria, y políticas sociales son transferidas a los organismos internacionales no regidos por principios democráticos (Ferrajoli, 2006: 15-20).

El paradigma de la democracia constitucional, surge en el marco de la crisis del Estado de derecho, ligado a la idea del contrato social o pacto que implica la metáfora de la democracia política porque alude a un consenso de los contratantes, pero ello no implica que el pacto no sea una metáfora de la democracia constitucional, toda vez que ese contrato cuenta con cláusulas que tutelan los derechos fundamentales, con los que el soberano complementa la legitimación formal o política. Se puede deducir que el paradigma garantista mantiene la incorporación de los vínculos sustanciales sin importar que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos (de no hacer) (Aguilera y López, 2005: 7).

Es evidente que el debate teórico respecto a la democracia constitucional está en ascenso, por ejemplo: frente a la metáfora del contrato social y la democracia constitucional, está la opinión del fortalecimiento de la democracia participativa y una ciudadanía activa que sea el eje rector de una nueva generación de la sociedad civil y política. El enfoque habermasiano sostiene una postura discursiva y deliberativa respecto al proceso constituyente de todo país democrático, y hace ver que el déficit democrático no se va a eliminar por medio de una “reducción estatista” del problema, y por el contrario se agudizaría. En cambio el enfoque de la democracia constitucional desconfía del procedimiento discursivo y asambleario, optando por la salida del pacto constitucional (hobbesiano), siguiendo la tradición positivista (Aguilera y López, 2005: 7), pero sí boga por la subsunción del Estado en lo colectivo, en los términos planteados por Criado (2004).

Ferrajoli, en su análisis parte de dar respuestas a las observaciones teóricas hechas a sus tesis, y sostiene:

Como se ha sabido, el constitucionalismo o neo-constitucionalismo conforme la expresión hoy más habitual entre los filósofos del derecho, es interpretado en base a la tesis según la cual, a diferencia del positivismo jurídico, en el constitucionalismo se daría una conexión entre derecho y moral, en clave predominantemente iusnaturalista (...) la fortuna de esta interpretación se debe en parte a que los términos ético-políticos “valores últimos e imprescindibles para la humanidad”, “derechos humanos” o “naturales” mediante los cuales suelen formularse los “derechos fundamentales” en el lenguaje político cotidiano, y en parte también al hecho, banal y extrínseco, de que los principales autores que han prestado atención a la tutela constitucional de los derechos fundamentales —en particular Robert Alexy, Ronald Dworkin y Carlos Nino— sean de orientación tendencialmente iusnaturalista. El resultado de una interpretación como esta es, por lo demás, una atenuación al paradigma constitucional, cuya normatividad jurídica, aunque fijada en cartas constitucionales e internacionales, resulta degradada a genérica normatividad ético-política, como si esas cartas, en lugar de normas de derecho positivo, y además de rango superior a las ordinarias, fueran (...) “meras declaraciones de intenciones políticas” (Ferrajoli, 2006: 24).

A criterio de (Gargarella, 2008) el modelo neoconstitucional podría degenerar en un sistema elitista, en donde los jueces se convertirían en los grandes definidores de la política, y no actuando siempre a favor de las mayorías. Sin embargo cabe insistir, que según Gargarella, el carácter liberal que signa al neoconstitucionalismo se constata en su base ideológica y que radica en la defensa de los principios de la dignidad –intrínseca–, la autonomía y la inviolabilidad de las personas. Este constituye el núcleo esencial que ni siquiera la voluntad popular puede violentar aún a costa de su propio sacrificio (Teoría del coto vedado).

Gargarella (2008) concluye que los operadores jurídicos (jueces) necesariamente habrán de actuar conforme a los postulados del individualismo, en consecuencia queda en duda la tesis de la pluralidad valorativa, y lo que es más, estos operadores jurídicos caerían en la falacia de identificar la administración de la justicia, con la protección de los llamados derechos fundamentales. Toda vez que los jueces se convierten en los señores de la Constitución y del ordenamiento jurídico (activismo judicial), tienen potestad de reformarlos debido a la interpretación libre de la que gozan y sin límites objetivos. De aquí se desprenden consecuencias como las siguientes:

- Irrelevancia y debilitamiento del Poder Legislativo a partir de que la ley perdió su primacía, y por el contrario, relevancia de los principios y valores constitucionales.
- Moralización del Derecho y lectura moral de la Constitución. La Constitución fija la moral social.
- El juez termina desplazando al político, al administrador, y en sus sentencias podrá diseñar el Estado, y no se requerirán los poderes constituyentes porque los jueces constitucionales harán las veces de órganos constitucionales permanentes.
- El Juez constitucional termina absorbiendo al Poder Legislativo y a todas las jurisdicciones diferentes de la constitucional, de ahí se confirma el aserto de que “La justicia constitucional es una pieza clave de la política constitucional” y que al final deviene en la politización del poder judicial.

- Que el Derecho se impone no por vía de la ley sino de la jurisprudencia, y así es como esta adquiere los mismos atributos que se le reconocía al vencido legislador “coherente y justo”.
- Esta filosofía del Derecho termina debilitando a la democracia electoral (representativa), para dar paso a la democracia constitucional (jurídica)(Gargarella, 2008).

En concordancia con Ferrajoli:

La esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir, de aquello que he llamado “democracia sustancial”, reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales, de técnicas de control, y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia– que toda mayoría está obligada a satisfacer. Es esta la sustancia de la democracia constitucional –el pacto de convivencia basado sobre la igualdad *en droits*, el Estado social, más que liberal, de derecho– garantizada por las constituciones: “La declaración de derechos”, disponía la Constitución francesa del año III, “contiene obligaciones para los legisladores” de cuya observancia depende su legitimación (2010: 29).

Esta sustancia de la democracia constitucional como sistema complejo de reglas, de vínculos y de equilibrios –el parlamentarismo y juntamente con él el Estado social, la división de poderes y con ella la garantía de los derechos– es la que está hoy en crisis en el imaginario colectivo, y conforme al fundamento doctrinal, la democracia constitucional es un modelo de democracia fruto del cambio radical del papel del derecho producido en los últimos cincuenta años. Cambio social sobre el cual aún no se ha tomado

suficiente conciencia, insiste Ferrajoli, y tampoco sobre las formas técnicas de garantía que aún no se han elaborado y asegurado adecuadamente. Pero lo de fondo, y estando con el autor, este cambio de paradigma ha hecho posible el papel de las constituciones como garantía de la división de poderes y de los derechos fundamentales, cambio que es producto de aquella verdadera invención del siglo XX: *el carácter rígido de la Constitución*, es decir, la garantía de esa rigidez; y en consecuencia, en la sujeción al derecho de todos los poderes, incluso el Poder Legislativo, concluye Ferrajoli (2010).

La clave fundamental radica en la “rigidez” de la Constitución, y que significa el reconocimiento de que la Constitución es norma supra ordenada a la legislación ordinaria, a través de la previsión, de procedimientos especiales para la reforma constitucional, y el establecimiento de la institución de control constitucional de las leyes por parte de la Corte constitucional, o Tribunal constitucional en otros casos.

Para esta corriente teórica y conforme lo señala Ferrajoli (2010: 29), en base a las dos innovaciones antes mencionadas es que se desvanece el principio de soberanía en el sentido clásico de *potestas legibus soluta ac superiores non recognoscens*. Dado que en presencia de la Constitución no existen ya sujetos soberanos ni poderes *legibus soluti*. Esto implica que ya no existe soberanía interna, dado que todos los poderes públicos –incluso el legislativo y por ende el parlamento, y con la llamada soberanía popular– están sujetos a la ley constitucional.

Por otra parte, tampoco existe ya, al menos en el plano jurídico, la soberanía externa, ya que los estados se han sometido al *pactum subjectionis* –ya no simplemente *associationis*– representado por el nuevo ordenamiento internacional nacido con la Carta de las Naciones Unidas y con la prohibición de la guerra y la obligación del respeto de los derechos fundamentales. En concreto, esta es la ruptura trascendente que cabe exaltar: el cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia, enfatizando que la Ley, ya no es la fuente suprema e ilimitada del derecho (Ferrajoli, 2010: 29), como sí lo era en el Estado de derecho sometido al positivismo jurídico. Y la Constitución, en el antiguo régimen asumida como documento político o a lo sumo simple ley ordinaria; en el modelo neoconstitucional más allá de su natural “rigidez”, es ley supraordenadora de la legislación ordinaria y en base a la cual se resuelven los aspectos más trascendentes del país (Ferrajoli, 2010: 29).

Conclusión sobre el tema

Existe coincidencia doctrinal en que el principal rasgo distintivo del neoconstitucionalismo respecto al iuspositivismo y al iusnaturalismo está en la idea de que el Derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos. En que el tránsito del constitucionalismo al neoconstitucionalismo se produce por la “constitucionalización del Derecho”, y conforme a Guastini (2003: 49) significa un proceso de desarrollo de las instituciones que satisface por lo menos siete condiciones: rigidez de la Constitución; control de constitucionalidad de las leyes; fuerza vinculante de la Constitución; “sobreinterpretación” de las disposiciones constitucionales; aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces; interpretación conforme de la ley ordinaria; influencia directa de la Constitución en las relaciones políticas.

En consecuencia el neoconstitucionalismo hace suya la tesis iusnaturalista de la conexión entre Derecho y moral; pero se diferencia del iusnaturalismo tradicional y más bien se acerca al iuspositivismo inclusivo, en cuanto sitúa tal conexión en el nivel de los principios fundamentales o constitucionales. Porque ciertamente las constituciones al haber incorporado una serie de valores, se convierten en un objeto completamente diferente del derecho infra-constitucional. La Constitución pasa a ser un *valor en sí*, en tanto positiviza un contenido de justicia. Esto la dota de una fuerza invasiva general (efecto irradiación) que determina el reenlazamiento del vínculo entre derecho y moral, y que estructuralmente pone en evidencia la posición subordinada de la ley en el sistema de fuentes (Guastini, 2003: 49).

Se reconoce a Ferrajoli la dedicación profunda al estudio de este fenómeno, y según su concepción, implica una refundación jurídica del derecho y de las instituciones políticas, fruto de las duras lecciones impartidas por las tragedias de la primera mitad del siglo pasado (2008: 304); agrega además que esta evolución es producto de una concepción “neoiuspositivista” que implica superar al *Estado legislativo de Derecho* (o *Estado legal*) surgido con el nacimiento del Estado moderno, cuya principal característica fue el monopolio de la producción jurídica y se correspondía

con lo que Ferrajoli llama modelo “paleo-iuspositivista”²⁹. Desde esta perspectiva el paradigma de la democracia constitucional significa: “la sujeción del derecho al derecho generado por la disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial [...] que desvanece la ‘presunción de regularidad de los actos realizados por el poder’ en los ordenamientos positivos” (Ferrajoli, 2001, en Alterio, 2011: 5).

Para este autor, “el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del Poder Legislativo, antes absoluto, y por la positividad no sólo ya del *ser del Derecho*, es decir, de sus condiciones de “existencia”, sino también de su *deber ser*, es decir: de las opciones que presiden su producción y de sus condiciones de “validez”. En este sentido, no concibe la validez de las normas (infraconstitucionales) como pertenencia formal a un ordenamiento, sino como la conformidad material con la Constitución (Alterio, 2011: 6).

Bajo el paradigma “paleopositivista” del Estado liberal, la ley –fuera cual fuera su contenido– era considerada la fuente suprema e ilimitada del Derecho; y por ello el legislador, en otros términos el parlamento en cuanto su creador, era concebido como omnipotente, y omnipotente era la política cuyo producto e instrumento era el Derecho. En consecuencia, el resultado de este modelo político de Estado fue la concepción formal y procedimental de la democracia (Alterio, 2011: 6).

Considerando las fundamentaciones hechas, cabe coincidir con Ferrajoli cuando afirma que lo ocurrido es un cambio de paradigma “revolucionario” en la medida en que afecta el papel del Derecho, las condiciones de validez de las leyes, el papel de la jurisdicción (la relación juez-ley), el papel de la ciencia jurídica y la naturaleza de la democracia. De esta forma, la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial en las condiciones de vali-

29 Nótese que las expresiones paleo-iuspositivismo y neo-iuspositivismo son usadas por el autor con el ánimo de diferenciar al iuspositivismo propio del *Estado legal* (pre constitucional), del iuspositivismo característico del *Estado Constitucional* actual, respectivamente.

dez de las normas, y en la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa (Ferrajoli, 2003a:14).

Finalmente, a criterio de los diversos autores y de Gargarella (2005: 206, en Alterio, 2011:6-7) en particular: tras la idea de imperio de la ley se esconden determinadas exigencias morales, vinculadas a la idea de autonomía individual, con lo cual detrás del concepto “formal” de Estado de Derecho, se esconden dimensiones sustanciales. Desde esta perspectiva el imperio de la ley, en su origen, fue concebido como reconocimiento de la soberanía popular, y la ley, como expresión de dicha soberanía. El imperio de la ley está determinado por el origen de la norma en el “Parlamento democrático” y por sus contenidos que son los derechos y las libertades: directamente relacionadas a la concepción *rousseauneana* en cuanto: “una comunidad autogobernada es aquella que puede reconocerse a sí misma reflejada en las normas que la rigen. Dichas normas pasan a ser así expresión y condición del autogobierno compartido” (Alterio, 2011: 7).

Así es como con el nuevo paradigma neoconstitucional se ha desvanecido el principio de soberanía, y ha sido reemplazado por la Constitución o norma supraordenada a la legislación ordinaria, y por el control constitucional de las leyes por parte de los tribunales constitucionales, o cortes constitucionales como en el caso de Ecuador a partir de 2008. Es por este aserto que Ferrajoli (2008: 304) argumenta que “ya no existe la soberanía interna, dado que todos los poderes públicos –incluso el legislativo y con él la llamada soberanía popular– están sujetos a la Constitución, o Ley constitucional”. “Y en el plano jurídico, tampoco existe la soberanía externa, toda vez que los estados se han sometido al *pactum subiectionis* del nuevo ordenamiento internacional que rige en base a la Carta de las Naciones Unidas, la prohibición de la guerra y la obligación de respetar los derechos fundamentales establecidos en ella”.

Como corolario de los temas abordados queda señalar los fundamentos para la legitimidad democrática, que ya no podrá ser la soberanía y con ésta la autonomía. La respuesta de Ferrajoli está en los derechos fundamentales. Por una parte, Greppi (2006: 348; en Alterio, 2011: 7), extrae dos consecuencias de la negación del carácter *absoluto* de la soberanía popular que parecen importantes de mencionar: la tesis de la prioridad

axiológica de la democracia constitucional sobre la democracia formal, y la tesis del carácter indefinidamente expansivo de las normas de derechos fundamentales, aquellas que determinan la dimensión constitucional de la democracia.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, como respuesta a la menesterosidad constitucional

El nuevo constitucionalismo es una respuesta a la menesterosidad constitucional que ha sufrido el continente latinoamericano, y que se proyectaba en la menesterosidad social y degradación ambiental. Durante doscientos años el Estado ha operado más como gendarme e instrumento propietario, es decir; dos siglos de “Estado de derecho” disminuido a modo de liberalismo constitucional censitario, y en las últimas décadas con un constitucionalismo excepcionalista liberal. Este modelo de Estado ha sido excluyente y oligarquizado en el que apenas ha podido ejercer deficitariamente las dos primeras categorías de derechos (políticos, civiles y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –DESC–).

De ahí el argumento de que no es casualidad el advenimiento del nuevo constitucionalismo social y ambiental latinoamericano plasmado en una base exhaustiva de derechos de la persona humana y de la naturaleza (individuales, sociales y colectivos o difusos). Es producto de la aguda crisis del Estado de derecho y de su modelo político y jurídico-institucional de signo neoliberal, cuya hipótesis constitucional radicaba en que la solución a todos los males endémicos del Estado era su absoluta desustancialización social y pública. Desustancialización que demostró lo contrario: por cuanto las prácticas neoliberales sin un Estado mínimo condujeron a una mayor ineficacia del Estado y a un mayor colapso económico, social y ambiental.

Si bien es cierto los años setenta y ochenta simbolizan en América Latina represión extrema bajo fórmulas explícitas o de excepción, destrucción de las distintas fuerzas socio-políticas alternativas; también abren el camino para la imposición del modelo neoliberal en la década de los noventa. Las tres décadas suman represión, frustración social y ambiental

debido al fracaso de los modelos constitucionales liberales, agudizado por la complicidad de los grupos hegemónicos detentadores del poder económico y político.

Concomitantemente a partir de los años noventa empieza a convalecer el destruido tejido social y es visible el reacomodo ideológico y político-estratégico de los movimientos sociales, proceso que no está protagonizado por estructuras partidistas o grupos revolucionarios, sino por un vasto universo de organizaciones sociales urbano-rurales, pueblos indígenas, etc. El objeto principal de su agenda estuvo centrado en el fortalecimiento de los DESC, en cuanto elementos fundamentales para la concreción de los derechos civiles y políticos y para la constitucionalización de los derechos de tercera generación (colectivos o difusos y ambientales), a sabiendas de que dichos derechos iban a ser nominales hasta que la reforma del Estado y la nueva arquitectura legislativa en el caso de Brasil (1988) Venezuela (1999) Ecuador (2008) y Bolivia (2009) pudieran darles una progresiva normatividad.

No está por demás hacer mención que el nuevo constitucionalismo social latinoamericano no excluye los postulados jurídico-programáticos de la comunidad internacional, tales como: el Protocolo de San Salvador³⁰; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos; Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (Naciones Unidas, 1993), Convenio 169 de la OIT, Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (Naciones Unidas, 2007). Todos estos instrumentos sancionan la indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos fundamentales, en cuanto son las condiciones necesarias para contrarres-

30 En el “Preámbulo” del Protocolo de San Salvador (17 Noviembre de 1988; entrada en vigor el 15 Noviembre de 1999) se establece, por ejemplo: La estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros (...). Sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Ecuador, Colombia y Venezuela han ratificado este instrumento. [http://www.derhumanos.com.ar/legislacion/protocolo%20san%20salvador%](http://www.derhumanos.com.ar/legislacion/protocolo%20san%20salvador%20) (Visitada el 15.11.10).

tar las iniquidades neoliberales tendientes a convertir a las sociedades en desvertebradas y miserables.

Un aspecto importante que relieves el profesor Ávila (2009: 790), es que el fin del Estado, en el Estado constitucional de derechos es el reconocimiento, la promoción, la garantía de los derechos constitucionalmente establecidos. La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo con relación a la parte orgánica y con relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución. Por ello, no es casual que las garantías sean de políticas públicas, normativas y, en última instancia, judiciales; y aludiendo a Bobbio, señala que:

...la revolución de los derechos humanos es a la ciencia jurídica y política lo que la revolución copernicana fue a la ciencia física. Los derechos humanos, con relación al Estado, invierten el punto de vista del análisis y la centralidad Estado persona. La era de los derechos es un tiempo distinto a la era de las obligaciones. Lo importante no es el Estado sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el que tiene el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido (...) así en las relaciones del Estado. En la era de las obligaciones, la autoridad estatal decide el destino de las personas; en la era de los derechos, las personas gobernadas deciden sus propios destinos. Reconocer la centralidad de la persona o grupos de personas implica algunas consecuencias para la teoría. Desde el punto de vista metodológico, la sociedad y la política parten de las personas y no del Estado; desde el punto de vista ontológico, se reconoce la autonomía de cada individuo o grupo; desde el punto de vista ético, la persona es un ente moral e irreductible (Ávila, 2009: 791)³¹.

31 Ávila (2009) reitera que en este sentido, decir que el Estado es de derechos significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos en la Constitución ecuatoriana del 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no sólo la parte de principios del Estado, los derechos, sino también la parte orgánica, la participación, el régimen de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas.

Es comprensible entonces asumir que los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, la justicia como resultado de las decisiones de los órganos públicos y de los particulares, la

Todo esto finalmente ha concluido en la constitucionalización del Estado. Ello quiere decir que la Constitución se ha juridizado, se ha convertido en una norma jurídica completa y eficaz, hasta el punto de que los preámbulos ahora son normas jurídicas operativas de aplicación directa. En consecuencia la Constitución concentra el Derecho y las leyes se trivializan y pierden significado, porque el Derecho deja de ser un sistema de normas y se convierte en un sistema de principios y valores constitucionales, que son la base para interpretar las leyes dando lugar a la fusión de lo jurídico con lo moral y lo político. De la lectura de textos de Comanducci, Ferrajoli, Prieto Sanchís, Zagrebelsky, Fioravanti se deduce que se vive una especie de judicialización universal, de la vida política y de la vida social y que, por ejemplo, desde la asignación de un cupo a un centro educativo hasta la legitimidad de la deuda externa, la declaración de guerra o la inconveniencia de la dolarización, son objeto de judicialización. Esto implica que para justificar el gobierno judicial se crea un control judicial constitucional sustancial, sin importar los límites funcionales establecidos en la Constitución.

Como se puede observar, el nuevo constitucionalismo asume la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico, es decir, la dimensión jurídica de la Constitución, y sobre todo su legitimidad democrática (sustancial). Así es como el constitucionalismo se constituye en el mecanismo expedito por el cual la ciudadanía determina y limita el poder público, en otras palabras, la voluntad del poder constituyente directamente ejercida determina la generación o alteración de las normas constitucionales. Desde esta perspectiva, el nuevo constitucionalismo analiza la fundamentación de la Constitución o su legitimidad (que por su propia naturaleza no puede ser extrajurídica), y como consecuencia de aquella, interesa la efectividad de la Constitución con particular referencia a su normatividad (Viciano y Martínez, 2010: 18). En todo caso, el fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico sólo puede encontrarse en que la Constitución es fruto del mandato del poder constituyente, que reside en el pueblo, refleja su voluntad y es legitimada por

Constitución como parámetro de referencia y fuente de obligaciones, determinan la naturaleza del Estado y de las relaciones sociales y políticas que a su interior se generan.

él; no por ningún representante. Al final subsiste el debate entre que el neoconstitucionalismo es una teoría del derecho, y que el nuevo constitucionalismo es una teoría (democrática) de la Constitución (Viciano y Martínez, 2010: 19)³².

El nuevo constitucionalismo latinoamericano se empeña en garantizar un real control del poder por parte de los ciudadanos, y gira en torno a cómo solucionar el problema de la desigualdad social. Considerando precisamente que de la lucha social emerge el fundamento del nuevo constitucionalismo latinoamericano y que son los procesos sociales en general e indígenas concretos los que han permitido plasmar postulados neoconstitucionales. Sus detractores califican a los regímenes de este signo como neopopulistas, argumentando que el recurrente uso de plebiscitos y referendos para poder avanzar en sus agendas políticas y sociales, los convierte en aquello, es decir, son populistas, porque apelan de manera directa y frecuente al pueblo para consolidar sus objetivos.

Un aspecto de fondo que constituye pieza clave en la consolidación del nuevo constitucionalismo latinoamericano es su exigente postura respecto al cambio del modelo económico y social, cambio de las relaciones de poder y de las relaciones sociales de producción; en definitiva, cambio del modelo de producción. Esta propuesta política ha sido impulsada por los movimientos sociales en general y el movimiento indígena la ha impregnado en su discurso, acompañada de grandes movilizaciones a partir de la década de los años noventa del siglo XX. De aquí emergen los elementos simbólicos y fácticos del nuevo constitucionalismo andino amazónico que marca la diferencia entre el Estado por destruir y el Estado por construir; la ruptura entre la democracia formal (electorera) y la democracia consti-

32 Coincidiendo con Viciano y Martínez, el nuevo constitucionalismo entiende que para que el Estado constitucional tenga vigencia efectiva, además de que se ha seguido el proceso constituyente y se han generado mecanismos que garantizan la efectividad y normatividad de la Constitución; defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con la fundamentación democrática, generando mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, garantizando la totalidad de los derechos fundamentales (civiles, políticos, DESC y colectivos o difusos), tal cual los asume el Art. 11, numeral 6 de la CRE, y que los declara de igual jerarquía; estableciendo procedimientos de control de constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía, y generando reglas limitativas del poder político, de los poderes sociales, de los poderes económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía (2010: 19).

tucional (material). El simbolismo no se expresa por el solo uso de términos lingüísticos como el *sumak kawsay* o el *allin kawsay*, ni por el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, o la declaratoria de que todos los derechos son de igual jerarquía; sino porque su uso está relacionado con el fortalecimiento de la dimensión política de la Constitución y con la lectura política que de ella hace cada ciudadano, antes que por la sola previsión de efectos jurídicos.

El enfoque histórico del constitucionalismo originario indígena del que está impregnado el nuevo constitucionalismo latinoamericano, tiene sus génesis en el cuestionamiento a la conquista en el siglo XVI, a las formas de relación impuestas por el sistema colonial y que durante tres siglos subordinó el continente a las potencias coloniales que saquearon los recursos de la región. Cuestionamiento a la época republicana porque al margen de la soberanía política estatal alcanzada, los estados emergentes pasaron a depender de economías primario-exportadoras y de vínculos comerciales desiguales con la órbita capitalista europea, y a partir de la Primera post guerra mundial, el cierre de los mercados europeos reorientó los flujos hacia los Estados Unidos de Norteamérica, en cuanto potencia capitalista en plena expansión. En adelante América Latina ha tenido que ampliar y diversificar mercados enfrentada a las estrategias competitivas entre Europa y EE. UU., al derrumbe del socialismo, incursión de los gigantes del Asia como nuevas potencias emergentes y consolidación del proceso mundial de globalización transnacional.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano marca una perspectiva crítica a todos estos procesos y trata de impulsar una autonomía continental sobre la base de sus propios objetivos económicos, políticos, culturales y de seguridad, es decir, una integración Sur-Sur y Sur-Norte en términos de respeto a la soberanía, de cooperación solidaria, de acercamiento cultural y concreción de los derechos sociales, erradicación de la pobreza, concreción de la democracia constitucional, protección del medio ambiente y cooperación incondicionada en el marco de globalizaciones antípodas a la sola globalización del mercado y fomento empresarial signadas por el neoliberalismo o aperturismo, suscripción de acuerdos de propiedad intelectual, servicios, inversiones, contratación pública y competencia que favorecen únicamente al desarrollo de los países postindus-

triales, modelo de desarrollo impuesto por las estrategias transnacionales y las potencias hegemónicas.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano parte de observar las experiencias históricas de los actores sociales subalternos, los anhelos de sus pueblos, el reconocimiento de la diversidad, las diferencias y la igualdad entre pueblos iguales, como legado de los levantamientos indígenas enarbolando la bandera de la refundación del Estado en todas sus formas: colonial, liberal, desarrollista, burocrático-autoritario y de mercado. En definitiva la refundación del Estado es un proceso histórico de largo plazo que está teniendo lugar en una transición en la cual emergen nuevos marcos normativos, institucionales y políticos como el caso de nuevo constitucionalismo latinoamericano impregnado del neoconstitucionalismo y del constitucionalismo originario indígena.

En el caso ecuatoriano, para las fuerzas políticas progresistas y el movimiento indígena en particular, la refundación del Estado será posible en la medida en que se extirpen los sistemas de dominación y explotación: el capitalismo y el colonialismo en su versión más avanzada, el modelo globo-neocolonizador. En tal sentido, el nuevo constitucionalismo se configura de abajo hacia arriba, desde la exclusión y la marginalidad, y se expresa a través de una institucionalidad nueva (la plurinacionalidad elevada a categoría constitucional); una territorialidad nueva (o autodeterminación para el ejercicio del poder indígena en sus territorios y que es donde se plasma la plurinacionalidad)³³; una legalidad nueva (o pluralidad jurídica para la vigencia de ordenamientos autónomos); un régimen político nuevo (democracia intercultural y democracia constitucional); nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, pueblos y nacionalidades) (Pacari, 2010; Burguete Cal y Mayor, 2010; Ortiz, 2010; de Sousa, 2010; Stavenhagen, 2006; Díaz-Polanco, 2004).

33 En Ecuador se ha constitucionalizado las CTIs como instrumentos para la concreción de la plurinacionalidad. Estas constituyen un sesgo de lo que son los territorios ancestrales o indígenas. En la medida en que en ellas ejerzan el poder autoridades político-administrativas designadas por el Estado, no fluye la autodeterminación, tampoco la materialización del Estado plurinacional. Cabe considerar que la autonomía indígena es el espacio donde se producirá la transformación del Estado y la concreción de otras institucionalidades, es decir, la plurinacionalidad.

El constitucionalismo originario indígena

El constitucionalismo originario indígena está basado en el derecho de usos y costumbres, y es mayormente visible con el autodescubrimiento del indio a partir de sí mismo (Mires, 1992: 96), es decir, desde que se afirma su existencia y continúa afirmándose ¿En la recuperación o en la exaltación del pasado? ¿En las luchas del presente? ¿En la apropiación del porvenir? o quizás en los tres tiempos que expresan la presencia permanente de “lo indio” –como indianidad– en la historia de América.

La “indianidad” no es un objeto ni un concepto: es un proyecto por construir o, lo que es parecido, que se construye en las distintas formas como se manifiesta la presencia del indio en la historia (Mires, 1992: 96), identidad que “es” “siendo” en un dialéctico devenir del que no se excluye, y que es incluyente para ser-siendo con el otro en igualdad entre pueblos iguales.

La presencia indígena en el tema constitucional se manifiesta a través de un proceso en el que sobresalen los aspectos: cognitivo, político (prejurídico), ordenamiento de usos y costumbres y el constitucional propiamente dicho. Desde esta perspectiva, el constitucionalismo originario indígena no es una entelequia, sino un producto de la dialéctica concreta de los conflictos que viven en el presente y determinan su futuro. Parte de asumir que refundar el Estado tiene sus raíces en formas políticas que precedieron la conquista y que, a pesar de la brutal violencia y toda forma de represión sobreviniente, lograron sobrevivir de modo fragmentario y diluido en las regiones más pobres y más remotas (de Sousa, 2010: 101).

La diferencia epistemológica o cognitiva es elemento constitutivo clave del constitucionalismo originario indígena, y tiene relación a lo que el autor en cita denomina des-mercantilizar, democratizar y descolonizar a partir de una epistemología del Sur³⁴, es decir que:

34 Se entiende por epistemología del Sur el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimientos, a partir de las prácticas de las clases y grupos que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y el colonialismo (...) el Sur es una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a nivel global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo. Es por eso un Sur anticapitalista, anticolonial y anti-imperialista (de Sousa, 2010:57).

Significa refundar los conceptos de justicia social al incluir en la igualdad y la libertad el reconocimiento de la diferencia (más allá del relativismo y del universalismo), la justicia cognitiva (la ecología de los saberes) y la justicia histórica (la lucha contra el colonialismo extranjero y el colonialismo interno). Cuanto más amplio sea el concepto de justicia, más abierta será la guerra de la historia y de la memoria; la guerra entre los que no quieren recordar y los que no pueden olvidar (de Sousa, 2010: 205).

En el Estado andino amazónico son evidentes cambios y transformaciones en el marco constitucional, a partir de la incidencia indígena en la constitucionalización positiva de varios derechos colectivos en la década de los años noventa, y producto además de una estrategia que no significaba renunciar a la propuesta histórica de construcción del Estado plurinacional (para cambiar las relaciones de poder). Los asertos antes mencionados dan lugar a preguntas como las siguientes:

- ¿El reconocimiento de los derechos colectivos indígenas es producto de la evolución del derecho constitucional latinoamericano y de la decadencia del positivismo jurídico, en general?
- ¿La lucha social indígena acelera la crisis del Estado de derecho y del positivismo jurídico, coadyuvando a la consolidación del constitucionalismo social; del nuevo Estado constitucional de derechos, plurinacional, impregnado del paradigma jurídico neoconstitucional y de los postulados políticos del constitucionalismo comunitario u originario indígena, sustentado en las bases de la plurinacionalidad, interculturalidad, reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y el *sumak kawsay*?
- ¿La incidencia del multiculturalismo a nivel normativo, institucional y de políticas públicas consolida la funcionalización del Estado social de derecho al sistema liberal capitalista, y a la vez que incentiva la resistencia indígena, coadyuva a la emergencia del Estado plurinacional?

De las preguntas expuestas, para cualquier análisis es necesario tener presente la historia del movimiento indígena en el Estado Andino-amazónico, en particular, porque en las constituciones vigentes de Bolivia, Ecu-

ador y Colombia casi son análogos los derechos colectivos indígenas, y aunque no se hayan dado de manera sincrónica, la dinámica política indígena de la sub-región es concordante con la del movimiento latinoamericano, cuya estrategia parte por reconocer la centenaria temporalidad del Estado moderno, y de que su refundación³⁵ implica una lucha política, pero sobre todo social, cultural, por símbolos, mentalidades, *habitus* y subjetividades. Es la lucha por una nueva hegemonía³⁶.

Desde esta perspectiva, la Constitución no es un texto que haya resuelto estos graves problemas, tampoco el problema de la colonización, ni la sustitución del modelo capitalista; sin embargo, al menos permite crear mecanismos para una transición a otras condiciones políticas, económicas, sociales, morales, éticas, jurídicas; y respecto a los derechos fundamentales, dotando de enunciados constitucionales para la posterior construcción de instrumentos legales e institucionales que coadyuven a orientar e interpretar las nuevas relaciones entre los ciudadanos el Estado y la sociedad, desde el enfoque plurinacional.

35 La refundación del Estado es más que una demanda civilizatoria y exige un diálogo intercultural que movilice diferentes universos culturales y distintos conceptos de tiempo y espacio. Y demanda la convergencia de voluntades políticas diferentes e históricamente formadas más por el choque cultural que por el diálogo cultural, más por el desconocimiento del otro que por su reconocimiento (de Sousa, 2010: 101). La refundación pasa por el reconocimiento de la plurinacionalidad, que es una categoría antípoda al de la nación-cívica o conjunto de habitantes en un cierto espacio geopolítico (Estado-nación) a quienes el Estado reconoce como ciudadanos. La plurinacionalidad implica el reconocimiento de un concepto de nación concebida como pertenencia común a una cultura, a un pueblo e implica el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos, considerando que los derechos individuales de las personas que integran tales pueblos resultan ineficaces para garantizar la persistencia de su identidad cultural, supervivencia física o el fin de la discriminación social de que son víctimas (de Sousa, 2010: 119). La plurinacionalidad es el fin de la homogeneidad institucional del Estado.

36 La pérdida de hegemonía es siempre un proceso histórico más amplio que la transitoria pérdida del control del Estado, por parte de los sectores más retrógrados formados en la tradición del racismo, del patrimonialismo y del rentismo, no pueden subsistir sin controlar recursos políticos que hacen posible la permanencia de la acumulación primitiva. En países como Bolivia y Ecuador, de una u otra forma esos sectores desisten temporalmente del control del Estado central y se refugian en el regionalismo, en la autonomía local y/o regional y se comportan como demócratas radicales e a nivel local o regional y como fascistas o proto-fascistas a nivel nacional. Su tiempo es el tiempo impaciente del golpismo (de Sousa, 2010: 175).

En concreto, el constitucionalismo originario indígena se hace visible cuando tiene lugar el Estado constitucional de derechos, impregnado de las nociones *sumak kawsay*, plurinacionalidad, reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, y las condiciones señaladas en el párrafo anterior. La epistemología del constitucionalismo originario indígena fluye de los saberes subyugados, de los ordenamientos de usos y costumbres, de la realidad concreta e intensidad de los procesos emancipatorios y del rupturamiento de la racionalidad cognitivo instrumental por parte del inter-conocimiento como guía de la relación entre los seres humanos y la naturaleza. Los levantamientos indígenas como expresión de las luchas sociales son el crisol donde se depura el constitucionalismo originario indígena, y su contenido esencial no es ecuacionable, cuantificable, mensurable; porque está impregnado de simbolismos y temporalidades que rompen con la linealidad determinista y racionalidad política liberal asumida para garantizar el Estado de derecho en la sociedad capitalista. Desde esta perspectiva, el constitucionalismo originario indígena es contra hegemónico y coadyuva al avance de las agendas políticas sociales, más allá del marco económico-político del Estado liberal, de la economía capitalista y del modelo globo-neocolonizador, es decir, coadyuva a que la Constitución sea la juridización de las decisiones políticas fundamentales adoptadas por los pueblos, los grupos sociales, las nacionalidades; sea realmente el elemento de enlace entre la política y los ordenamientos jurídicos (formal y los de usos y costumbres) y el mecanismo de legitimación democrática de tales ordenamientos impregnados de las normas constitucionales.

Capítulo II

El Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional ecuatoriano

Introducción

El nombre “Estado constitucional de derechos” asumido por la Asamblea Constituyente ecuatoriana, reunida en Montecristi en el 2008, es producto de la adopción del término ya definido por teóricos que venían trabajando en la materia constitucional y política; y concretamente es Zagrebelsky (1997: 65) quien refiere que en la ciencia constitucional actual el lenguaje de los derechos ha tomado la delantera a cualquier otro lenguaje. Hasta el punto es así —enfatisa el autor— que para establecer una diferencia con el “Estado de derecho” decimonónico, hoy se habla a veces del “Estado de derechos”. En el plano del Derecho constitucional, este punto de llegada puede considerarse como la consecuencia de fenómenos más generales que sacuden completamente el campo de la experiencia política y ética contemporánea —concluye el profesor italiano.

Reiterando que es Zagrebelski quien visibiliza el concepto “Estado de derechos”, Ávila (2009: 785) respecto al Estado constitucional de derechos, ecuatoriano, argumenta que:

Una lectura ligera y rápida sobre el Estado de derechos nos llevaría a pensar que hubo un error de codificación en el texto constitucional: “Se les fue una s”. No existe en el derecho constitucional comparado Estado alguno que califique al Estado como de derechos. La otra lectura podría conducirnos a pensar que los constituyentes ecuatorianos no tienen idea de

derecho constitucional y que se han inventado un calificativo que no existe en la teoría: todos los estados tienen que ser de derecho. Así como hace cincuenta años fue una insensatez pensar que existía un modelo denominado Estado social de derecho o Estado constitucional de derecho, ahora nos puede resultar incómodo que un Estado sea Estado de derechos. Intentaremos justificar y dar sentido al calificativo novedoso.

Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del Estado con relación al derecho, tendríamos tres modelos: el Estado sobre el derecho (Estado absoluto), el Estado de derecho, y el Estado de derechos. En el Estado absoluto, el derecho está sometido al poder; en el Estado de derecho, el poder está sometido al derecho bajo dos modalidades. En la una, el derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el derecho tiene una concepción más amplia que se podría entender como el sistema jurídico formal o como el sometimiento a la constitución, que es lo que Luigi Ferrajoli llamaría estricta legalidad. En el Estado de derechos, finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos.

Habiendo aproximado la génesis del concepto Estado de derechos, queda enfatizar que de ahí se forjó el constructo “Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional”, tratando con dicha designación satisfacer la demanda político-social-indígena, pero sin una real conciencia de que se estaba adoptando el nuevo paradigma neoconstitucional; no obstante la Asamblea si estaba consciente de que con dicha adopción se alejaba de cualquier vestigio que la podía identificar con el decrepito Estado legiscéntrico liberal (de derecho) eminentemente partidocrático, pero no de que el nuevo modelo político de Estado correspondía al marco filosófico-político y jurídico neoconstitucional. En consecuencia no estaba obligada a debatir bajo los nuevos términos jurídico-filosófico-políticos, tampoco a dar una explicación sobre el asunto y menos en período de elecciones de diversa índole, pero todas finalmente relacionadas a la organización y gestión del Estado.

En todo caso, la transición del “Estado social de derecho” al “Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional”, no resulta extraña en una era de cambios y transformaciones socio-culturales y jurídico-políticas latinoamericanas, y evidencia la crisis de Estado de derecho

y su incapacidad para dar respuesta a las postergadas demandas sociales. Un hito en el proceso de cambios jurídico-políticos es que la Constitución garantista y el principio de constitucionalidad en el Estado constitucional son como la ley y el principio de legalidad al Estado de derecho (legiscéntrico). Es entendible, entonces, porque en el Ecuador de finales de la primera década del siglo XXI la Carta Magna es la norma jurídica suprema dotada de rigidez garantizada jurisdiccionalmente, e idónea para la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales y de todos los derechos. Esta es una perspectiva clave para comprender el por qué la garantía constitucional de los derechos pone límites al poder, y para entender que la nueva Constitución dispone de la utilidad instrumental para construir la comunidad política, para dar forma a la libertad política en base a una estructura normativa; así es como la forma y la finalidad son los signos que distinguen al nuevo Derecho constitucional de otras reglas relativas a la organización del poder¹.

En consecuencia, la función política acaba convirtiéndose en el elemento clave del texto constitucional que se reivindica como norma jurídica, y cuya aplicación es indispensable para dar respuesta a una controversia concreta: la Constitución organiza el tránsito de régimen a través de su plena eficacia normativa, porque caso contrario, sino transforma la realidad, fracasa en su efectividad.

1 El profesor Ávila (2009: 786) al igual que los diversos autores citados, respecto al ejercicio del poder fundamenta que: “... en el Estado absoluto quien ostenta el poder es la autoridad, que somete al sistema jurídico a su voluntad. En el Estado legislativo de derecho, el parlamento es quien somete, a través de la ley, al Estado. En el Estado constitucional de derecho, la asamblea constituyente somete a través de la constitución a todos los poderes constituidos. Finalmente, en el Estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes, incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales. El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: 1) la pluralidad jurídica y 2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado”.

Referencias históricas

La sociedad ecuatoriana venía insistiendo en la necesidad de una nueva Constitución de la República. De una Constitución que modifique sustancialmente la estructura del Estado e incorpore principios fundamentales que expresen el contenido esencial de las demandas socio-económico-políticas, tendientes a la construcción de una sociedad democrática, solidaria, equitativa. En este sentido, hacia 1998 la Constitución Política del Estado, como producto de la presión y movilizaciones de actores sociales urbanos y de los pueblos indígenas, prescribió el reconocimiento de ciertos derechos colectivos o difusos en materia socio-ambiental; la declaratoria del país como multicultural y pluriétnico; la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas cuando se vaya a desarrollar proyectos extractivos en sus territorios; además dispuso la creación de nuevas instituciones para el establecimiento de políticas y control ambiental, la penalización de los delitos ambientales, y como innovación central asumió el desarrollo sostenible a ejecutarse en la medida de las posibilidades del Estado. En relación a las conquistas sociales, aún incipientes, prácticamente constituyeron un triunfo histórico considerando el momento de mayor auge político, privatizador, aperturista y represivo neoliberal y de la etapa globo-neocolonizadora mayormente visible a partir de 1986, con la puesta en marcha de la agenda del Consenso de Washington.

El Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional-ecuatoriano

El advenimiento de esta forma de Estado parte de la convocatoria a un Referéndum mediante el cual la sociedad decide la conformación de una Asamblea Constituyente que redacte la nueva Constitución. Generada la nueva Carta fundamental es sometida a votación universal y secreta, y una vez aprobada por aproximadamente el 75% de los electores, entra en vigencia en octubre de 2008. Conforme al Art. 1 de la CRE:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

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 y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

De la prescripción constitucional referida cabe en primer término destacar el establecimiento del “Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional”, a fin de ponderar que dicha designación marca la ruptura con el Estado de Derecho y su correspondiente ordenamiento jurídico iuspositivista (legiscéntrico), y evidenciar la profundización del nuevo constitucionalismo social latinoamericano, impregnado de neoconstitucionalismo o nuevo paradigma jurídico-político que alude a los distintos aspectos que caracterizan a la cultura constitucional, garantista de los derechos fundamentales. Siguiendo el enfoque del profesor Ávila, toda función del Estado está vinculada y sometida a los derechos, conforme a las siguientes referencias constitucionales:

Cuadro 1. Referencias constitucionales respecto al sometimiento del Estado a los derechos	
El Estado sometido a los derechos	(Art. 3.1) Es deber primordial del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos
	(Art. 11.9) El más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos
	(Art. 95) La participación en todo asunto de interés público es un derecho
	(Art. 84) La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa no pueden atentar contra los derechos
	(Art. 85) La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya rectoría la tiene el ejecutivo (artículo 141), garantizan derechos
	(Art.172) Los jueces y juezas administran justicia con sujeción a los derechos
	(Art. 204) La función de transparencia y control social protegerá el ejercicio y el cumplimiento de los derechos
	(Art. 217) La función electoral garantiza los derechos de participación política
Fuente: Ávila, 2009: 791-792	

Cuadro 2. Referencias constitucionales respecto al sometimiento del Derecho a los derechos	
El derecho sometido a los derechos	(Art. 84) En ningún caso, la reforma a la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos reconocidos en la Constitución
	(Art.424) La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico
	(Art.426) Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y Vaplicación por parte de todas las personas, autoridades e instituciones
Fuente: Ávila, 2009: 792; CRE, 2008	

Cuadro 2.1. El sometimiento institucional al Derecho	
Esta relación de sometimiento a los derechos se repite para:	(Art. 226) La administración pública
	(Art. 275) El régimen de desarrollo
	(Art. 233) El manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos
	(Art.290.2) Para que el endeudamiento público no afecte a la soberanía, los derechos, el <i>sumak kawsay</i> ² o buen vivir y la preservación de la naturaleza
	(292- 299) La formulación del presupuesto del Estado
	(Art. 339) La prioridad de la inversión
	Art. 319-320) Las formas de organización de la producción y su gestión
Fuente: Ávila, 2009: 792; CRE, 2008	

Siguiendo a Ávila (2009: 792) respecto al *efecto horizontal* se asume la noción de R. Alexy, es decir, si hay una relación jurídica en la que una de las partes está en situación de sumisión o subordinación y esto genera violación de derechos, existe la posibilidad de controlar ese poder. En la Constitución –ecuatoriana– se permite la posibilidad de plantear una acción de protección de derechos en contra de particulares, no sólo cuando actúan por delegación o aquiescencia del Estado, o cuando provocan un daño a un derecho colectivo, sino en cualquier situación posible en la que se violen derechos fundamentales. Esto demuestra que el Estado no es ya el destinatario exclusivo de las obligaciones, sino que lo es cualquier ente,

2 *Sumak kawsay* (buen vivir) es el paradigma normativo de la ordenación social y económica y rige la conducta de todos los entes públicos o privados, de las personas y la sociedad en general.

persona o colectividad que esté en relación de poder con otra persona o ente.

Por otra parte, la Constitución del 2008 impregnada del paradigma neoconstitucional es garantista, normativa y rígida; y por primera vez en el planeta una norma de esta jerarquía reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos; además incorpora el *sumak kawsay* (buen vivir), reconoce los derechos indígenas al territorio y autodeterminación y declara al Ecuador como Estado plurinacional.

En lo que tiene relación a los conceptos: normas, principios y reglas, conforme al tenor constitucional las normas pueden expresarse como reglas y como principios. Al respecto Zavala Egas (2009: 25) enfatiza que el Estado de derecho era algo cualitativamente distinto que se estructuraba y manifestaba como Derecho por reglas, a diferencia del Estado constitucional que se trata de un Derecho por principios, hecho que tiene importancia fundamental para la potestad jurisdiccional en base a las siguientes razones:

Tanto los principios y las reglas, en cuanto especie de normas de Derecho positivo, tienen como efecto crear derechos subjetivos a los destinatarios de los mismos, por ejemplo: el principio de presunción de inocencia, otorga el derecho de ser presumido así hasta que exista sentencia condenatoria ejecutoriada; el principio de legalidad general; el derecho a que una persona no sea enjuiciada por una conducta no prevista en la ley como infracción; el derecho a no ser castigada con una sanción que no sea contemplada en ley previa y, finalmente, el derecho a no ser sancionada sin el previo procedimiento legal. En los casos tomados como ejemplos se trata de derechos subjetivos fundamentales, de rango constitucional, pues devienen de principios constitucionalizados, esto es, de normas positivas contenidas en la Constitución. Igual sucede con las reglas, por ejemplo: las que instrumentan el derecho de defensa, nacido del principio de que a toda persona se le debe instaurar un procedimiento debido. Por ejemplo, el derecho de toda persona de ser oportunamente informada de las imputaciones en su contra (Zavala, 2009: 26).

En este sentido, la Constitución ecuatoriana vigente es normativa y en consecuencia es norma jurídica, se trata de normas –principios y reglas–

vinculantes a todos los ciudadanos y poderes públicos, sus preceptos son exigibles ante los juzgados y tribunales y configuran antijuricidad las infracciones a las normas-principios y reglas constitucionales.

Estas nuevas ideas prácticamente desgajaron la estructura positivista-formalista del Estado legislativo que gravitó en torno a la idea de imperio de la ley, y por su parte el Estado constitucional, en relación al carácter normativo de la Constitución –reiteramos– la entiende como “norma jurídica” o fuente principal del derecho y los derechos. La Constitución es norma jurídica que contiene normas, principios y reglas de aplicación directa e inmediata por parte de los jueces y demás operadores jurídicos competentes. Así es como la Constitución se torna omnipresente y es la que informa y vincula a todo el sistema, en consecuencia “toda legislación es entendida como actuación de la Constitución y se interpreta a la luz de la Constitución” (García de Enterría, 1988 en Zavala Egas, 2009: 27).

Reiterando, la Constitución es un conjunto de normas jurídicas que se formalizan en dos especies: los principios y las reglas que tienen estructuras distintas los unos y las otras, la aplicación de la Constitución a diferencia de la aplicación que se hace de la ley, no puede realizarse por el método de la subsunción, precisamente por la presencia de los principios, sino por otros métodos que involucran hasta la hermenéutica analógica. En todo caso, las reglas son las que se expresan en las normas de rango legislativo, sin perjuicio de que existan a nivel constitucional; mientras que los principios son por excelencia las normas que reconocen los derechos de rango constitucional (Zavala Egas, 2009: 28), y conforme a la CRE, Art. 76, numerales 2 y 3, los principios son: el de presunción de inocencia y el de legalidad respectivamente; que no tienen como ya se ha expresado en acápites anteriores, ningún supuesto normativo porque se trata del enunciado que expresa el precepto de conducta³.

3 Es fundamental hacer hincapié en lo que señala Zavala Egas (2009: 30): “El tema del Derecho de principios es contrapuesto al Derecho de reglas, en otras palabras, no hay antítesis en la concepción del Estado legislativo y el Estado constitucional, sólo hay diferencia cualitativa de intensidad, éste es más complejo que aquel. Las reglas jurídicas que caen el ámbito del legislador es un aspecto del Derecho, pero la otra cara es la de los principios jurídicos. Ambas normas deben concordar, ser compatibles, ser aplicables y este es el rol fundamental de los abogados, fiscales, autoridades administrativas y, fundamentalmente de los jueces”. En principio esta convocatoria no amerita discrepancia, pues habría que agregar además al ciudadano común en cuanto potencial

Reafirmando claves teóricas constitucionales, en el Estado constitucional de derechos, plurinacional, ecuatoriano, la Constitución denota el conjunto de normas que regulan la organización de los poderes públicos, así como la regulación entre el Estado y los ciudadanos y es lo que se llama Constitución en sentido material (Guastini, 2010: 38) y particularmente contiene principios dirigidos a determinar el contenido de la legislación futura, en este sentido pone límites al legislador y por otra parte, despetrifica al juez en la medida en que deja de ser “la boca muda de la ley”, y en este sentido la función judicial no es más el “poder nulo” que era en el Estado de derecho (legiscéntrico).

Lo que interesa enfatizar en el Estado constitucional de derechos, plurinacional, es la concepción política de la Constitución, cuya función es organizar a la sociedad civil (y no sólo a los poderes públicos) y modelar las relaciones sociales (y no sólo las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos); es decir, se supera la idea de que la norma constitucional se dirige sólo a los órganos del Estado que ejercen precisamente funciones políticas, en otras palabras, norma constitucional que regula solamente las relaciones “verticales” entre el Estado y los ciudadanos, y no las relaciones “horizontales” entre ciudadanos. Esta concepción excluye en línea de principio que las normas constitucionales puedan ser aplicadas por los jueces (salvo el juez constitucional) para resolver las controversias entre particulares.

Por el contrario, en el Estado constitucional de derechos, la Constitución contiene un proyecto detallado de “sociedad justa” que favorece la aplicación directa de la Constitución por parte de cualquier juez en cual-

operador jurídico. Lo de fondo radica en fundamentar si el neoconstitucionalismo es un nuevo paradigma filosófico-jurídico-político que apunta a la construcción de un nuevo modelo societal, es decir que viabiliza un nuevo modelo de desarrollo, y en este sentido analizar si tiene la fuerza suficiente para impulsar cambios y transformaciones del sistema económico-político, y precisar su carácter revolucionario. Identidad que no es posible asignarle en nivel alguno al positivismo jurídico y al Estado de derecho legislativo, legiscéntrico, que erigió a la ley como la máxima expresión de la soberanía popular, cuando en el fondo la ley es el derecho, y el derecho en la sociedad liberal es la voluntad omnímoda de la clase dominante erigida en ley.

4 Por ejemplo, la Constitución proclama el “derecho inviolable a la salud”; el juez civil acepta una demanda de resarcimiento por un “daño biológico” o incluso “existencial”, aunque no esté previsto expresamente (incluso aunque esté implícitamente excluido por el Código Civil (Guastini,

quier controversia (Guastini, 2010: 49)⁴ toda vez que la Constitución entera es un texto normativo que expresa auténticas normas jurídicas.

Las cinco Funciones o Poderes del Estado constitucional de derechos, plurinacional

En el Ecuador actual rige el Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional, y su Constitución determina la existencia de cinco Funciones o Poderes: legislativa, judicial, ejecutiva, de transparencia y control social, y la función electoral. Lo que cabe enfatizar es que la creación de la cuarta Función o Poder connota una verdadera revolución, que a la vez permite vislumbrar la posibilidad (utopía) de la “subsunción del Estado en lo colectivo”.

Función Legislativa en el Estado constitucional de derechos

Es un órgano especializado del Estado que tiene la potestad básica de legislar y fiscalizar y es ejercida por la Asamblea Nacional (Congreso Nacional o Parlamento, en el Estado de derecho).

- Legislar: conforme a los preceptos constitucionales es dictar leyes abstractas, generales, obligatorias y permanentes, en sujeción de las cuales ejercen su potestad las funciones ejecutiva y judicial, creando de este modo el sistema normativo –jurídico del Estado; y,
- Fiscalizar: en estricto sentido, los actos de la función ejecutiva y demás órganos del sector público.

No es posible ignorar, que la Función Legislativa (Asamblea Nacional) la conforman los “representantes del pueblo”, elegidos en forma universal y

2010: 49). De esta forma se constata que bajo el paradigma jurídico-político el neoconstitucional, en el contenido de la Constitución, junto a las normas sobre la organización política del Estado, incluye precisamente, principios generales y normas programáticas susceptibles de múltiples concretizaciones.

secreta conforme las disposiciones constitucionales y legales establecidas, pero ello no implica una total identidad con sus intereses, al contrario, los asambleístas más bien defienden los intereses de los grupos de poder que los respaldaron o financiaron sus campañas, de allí se derivan sus comprometi-mientos con tales sectores y su divorcio de las reales exigencias colectivas.

La Asamblea Nacional (al igual que en el antiguo régimen) es una institución que se ha ido deteriorando frente al contexto social, ha perdido credibilidad y hasta legitimidad debido a como se eligen sus autoridades o se conforman las Comisiones Legislativas Permanentes, por lo general es una institución cuestionada debido a la poca eficiencia en sus actividades naturales: legislar y fiscalizar⁵.

Función Judicial y justicia indígena en el Estado constitucional de derechos

Su objeto fundamental es sancionar la violación de las leyes a fin de garantizar su cumplimiento, así como resolver los conflictos de diferente índole que plantean los particulares entre sí o con el Estado, aplicando las normas legales a situaciones concretas y particulares, a través de la decisión de los jueces y tribunales de justicia.

La facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia civil, penal, de tránsito, laboral, inquilinato etc., corresponde exclusivamente a la Función Judicial. Ni el Presidente de la República ni la Asamblea Nacional, pueden en caso alguno ejercer funciones judiciales. Esta condición ha sido modificada, por lo que aquella afirmación no es tan cierta en la actualidad, toda vez que los pueblos indígenas por ejemplo tienen capacidad jurisdiccional, en base a disposiciones constitucionales.

5 Por las causas anotadas, a partir de la promulgación de la nueva Constitución de la República del Ecuador en octubre de 2008, el Congreso Nacional fue cambiado por la Asamblea Nacional. Este tema ha sido desarrollado con mayor amplitud en el acápite denominado, Estado constitucional de derechos.

Corte Constitucional

El Estado Constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional, reconoce la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales, reconocimiento que es correlativo a la creación de la Corte Constitucional (CC) o tribunal especializado para la interpretación y concreción de la Constitución. Esta creación implica una modificación en el equilibrio de los poderes del Estado y en el sistema de fuentes del derecho, porque se atribuye fuerza vinculante y carácter de fuente del derecho a la jurisprudencia de la CC, que elevada a la cúspide del poder jurisprudencial establece la sujeción de los jueces ordinarios, incluidas las altas cortes, a la jurisprudencia de la CC.

La Corte Constitucional garantiza el carácter normativo y la supremacía de la Constitución, a través de la facultad de interpretar en base a la hermenéutica analógica, el bloque de constitucionalidad, y con carácter vinculante, las normas constitucionales. Tiene además un rol trascendente en la construcción y aplicación de la teoría de los derechos fundamentales y lo hace a través de la facultad de emitir jurisprudencia vinculante en materia de garantías jurisdiccionales de los derechos. Otra función esencial en el desarrollo institucional del Estado Constitucional de derechos radica en actuar como juez de última y definitiva instancia del control de la Constitucionalidad de la ley y actos normativos.

La Corte Constitucional tiene un rol importante en la democratización del país a través del control de los estados de excepción; y por otra parte, los jueces (todos son jueces constitucionales) tienen la responsabilidad de actuar oportuna y eficazmente para evitar que la justicia constitucional se politice y dependa para mal de la función legislativa, o lo que es peor, de los dictámenes y órdenes del Ejecutivo, en tales condiciones el proyecto de democratización y constitucionalización del país, y en última instancia el nuevo modelo político de Estado, correrían serios riesgos.

La CC es el escenario donde se define el rol de la nueva Justicia Constitucional y se ejecuta el sistema de control de constitucionalidad (CRE, Arts. 429, 431, 436), su principal atribución es garantizar el carácter normativo de la Constitución y promover el cumplimiento del fin pri-

mordial del Estado, como es el de proteger judicialmente los derechos establecidos en la Constitución.

El Estado constitucional de derechos y plurinacional está vinculado a la realización material de la dignidad humana, la práctica del bien común y la perfectibilidad de la sociedad civil; los derechos (sociales) son el fundamento de su gestión a través de la existencia y aplicación de las garantías judiciales de los derechos. En tales condiciones no rige el *principio de legalidad*, rige el *principio de juridicidad o constitucionalidad*; los jueces asumen un rol protagónico en la creación del Derecho y ya no son la “boca muda de la ley”, sino operadores jurídicos que argumentan, interpretan⁶, administran justicia y crean Derecho; coadyuvando a la concreción de la nueva finalidad última del Estado que es la garantía de los derechos fundamentales, en función de una sociedad que respeta en todas sus dimensiones la dignidad de las personas y las colectividades, conforme se establece en el Preámbulo de la Constitución ecuatoriana del 2008. Esta Constitución es garantista, normativa y rígida; y es norma jurídica por los elementos que la constituyen, más que por el sólo hecho de supremacía constitucional conforme a la teoría kelseniana.

Cabe asentir, que el Estado constitucional de derechos, es un modelo que propicia la democracia de los jueces, coadyuva a la democracia constitucional y expresa el sentido genético de lo plurinacional e interculturalidad subsumidos en el proyecto político de los pueblos indígenas. Ha ratificado los derechos colectivos o difusos (derechos ambientales, derechos

6 En el acápite sobre la hermenéutica analógica se afirma, que ésta trata de evitar el monolitismo de los univocismos y el relativismo exagerado de los equivocismos, es decir, no sólo una interpretación es válida ni todas lo son, sino un conjunto de ellas, que está ordenado de tal manera que puede haber una jerarquía, según la cual sea posible decidir cuándo una interpretación es verdadera o falsa, y, de entre las verdaderas, cuáles se acercan más al texto que otras. Este tipo de hermenéutica puede ser aplicada a la realidad multicultural y a la realización de los derechos humanos en ella (Beuchot, 2008: 35). La hermenéutica analógica trata de proteger lo más posible la pluralidad, pero sin renunciar a cierta universalidad. De hecho esa universalidad es exigida y garantizada por los derechos humanos fundamentales. Son los derechos humanos los que representan la universalidad, y la pluralidad está representada por las distintas culturas en las que tales derechos son realizados, de maneras distintas y plurales, pero no hasta el punto en que se rompa esa tensión y se pierdan esos derechos (2008: 31-32). Los derechos humanos son el límite de tensión y resistencia de lo plural frente a lo universal y son la instancia que da universalidad a la justicia en la sociedad, pero viven del contenido riqueza que les da la pluralidad cultural, es decir, la diversidad de pueblos y nacionalidades.

del consumidor, etc.) denominados de tercera generación, boga por la justicia constitucional y la justicia indígena en el marco del pluralismo jurídico; y, lo inusual radica en que, rompiendo el paradigma jurídico positivista reconoce por primera vez en el mundo a la naturaleza como sujeto de derechos e incorpora el *sumak kawsay* o buen vivir, como sustrato del entramado normativo constitucional y base del sistema socio-económico-político.

Función Ejecutiva en el Estado constitucional de derechos

Es la responsable de la administración del Estado, de la formulación de políticas y ejecución de acciones destinadas principalmente a garantizar la defensa nacional para el mantenimiento de la soberanía, la seguridad interior; y, el establecimiento y mantenimiento de los servicios en las áreas de salud, educación, vialidad, comunicaciones, industria, comercio, bienestar social, energía y minas, agricultura y ganadería, turismo, protección ambiental, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables, entre otras.

Al Gobierno le corresponde ejecutar dos actos de naturaleza diferente: los actos de gobierno y los actos administrativos; los primeros recaen sobre materias políticas y los segundos sobre materias administrativas o de aprobación, conforme a normas determinadas de las diferentes autorizaciones, licencias y más trámites que requieren los particulares en la vida social. La Función Ejecutiva (Administrativa) es productora de actos puramente ejecutores de derecho y constituye el conjunto de órganos estatales especializados en la función administrativa ⁷.

7 Conclusiones provisionales:

1. Conforme al Art. 141 de la Constitución de 2008, la Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe de Estado y de Gobierno, y responsable de la administración pública. El Art. 147 de la Constitución determina concretamente 18 atribuciones y deberes del Presidente o Presidenta de la República. Al igual que las otras Funciones del Estado, la Ejecutiva no ha escapado a la crisis ética y en cuanto es la que administra los recursos económicos del país, es mayormente vulnerable.

2. El Art. 167 establece los órganos que conformaban la Función Judicial y Justicia Indígena: Corte Nacional de Justicia, Cortes Provinciales, Tribunales y Juzgados, etc. y el Consejo de la Judicatura. Al igual que la Función Legislativa, esta Función ha sido objeto de crisis recurrentes, no sólo en lo administrativo y económico, sino en lo inherente a su estructura y naturaleza.

Históricamente el Estado de derecho ha estado constituido por este universo de instituciones políticas y administrativas, diseñadas casi siempre con apego a las mejores esperanzas del liberalismo y sustentadas casi exclusivamente en el discurso constitucional, pero sin correlativos o previos cambios en las relaciones de poder social. Ello ha implicado en la práctica un “Estado de Derecho” articulado con una “Sociedad de Derecha” que no ha podido funcionar y cuando funciona no ha podido durar, por lo menos en el contexto latinoamericano esta constatación es muy frecuente (Quijano, 2008: 34). Para caracterizar de mejor forma al sistema presidencialista, cabe señalar las grandes fallas de las que adolece:

Cuadro 3. Crisis del presidencialismo	
Sistema Presidencial en América Latina: (grandes fallas)	1. Gobiernos autoritarios que tienden a la concentración de poder en detrimento de la democracia y el pluralismo
	2. Serios bloqueos de gobernabilidad que obligan a los gobiernos a pactar, a como dé lugar, con los congresistas, con la consiguiente afectación al plan de gobierno
	3. La deslegitimación del Congreso de la República, ente que carece de credibilidad y de confianza en la opinión pública, y
	4. La debilidad de los partidos políticos que los conduce a prácticas clientelistas y corruptas, no tanto del partido en sí, como de los políticos que lo integran.
Fuente: Vila Casado (2007: 375)	

Y respecto a la administración de justicia, desde un buen tiempo atrás la ciudadanía duda de la eficacia judicial y transparencia procesal sobre todo debido a su extrema politización e incidencia partidista.

3. En todo caso, las tres funciones del Estado ecuatoriano tenían específicas responsabilidades, pero, con las transformaciones sociales y de sus estructuras: política, económica, jurídica, entre otras, aquellas se fueron complejizando. Por ejemplo, en la medida en que los procesos productivos o extractivos alteraban las dimensiones física, biótica y antrópica, a nivel local, regional y nacional, evolucionó la conciencia político-social respecto a problemas de carácter ambiental, y ello suscitó una dinámica de cambios y transformaciones institucionales a nivel de las tres funciones clásicas. Actualmente el Estado constitucional de derechos ecuatoriano tiene cinco funciones y corresponde esperar un tiempo para evaluar el funcionamiento y eficacia de su gestión.

Función de Transparencia y Control Social en el Estado constitucional de derechos

Conforme a la Constitución vigente, el Art. 204 prescribe:

El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

Sobre el asunto no está por demás enfatizar que este constituye un verdadero hecho revolucionario que trastoca la racionalidad política moderna tendiente a mantener el equilibrio de las funciones para consolidar el solo poder hegemónico político y económico de los factores reales del poder. Es la función con mayor trascendencia histórica de la que debiera empoderarse la sociedad, en función de profundizar la subsunción del Estado en lo colectivo, concomitante a la decisión gubernamental de acelerar dicho proceso, a fin de evitar la conformación de nuevas elites de poder y su enquistamiento en el mismo, o lo que es lo mismo, evitar el fracaso del nuevo modelo de Estado.

Función Electoral en el Estado constitucional de derechos

La Constitución vigente en el Art. 217 establece:

La Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía.

La Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Ambos órganos tendrán sede en Quito, jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa, y personalidad jurídica propia. Se regirán por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad.

Los derechos en el Estado constitucional de derechos, plurinacional

Cabe recordar que en el Estado de derecho (legiscéntrico), los derechos eran creación de la ley y, por tanto, autolimitación del poder. En el Estado constitucional de derechos, plurinacional están por encima de la ley. Desde el punto de vista teórico, Zagrebelsky sostiene que estos derechos conforme a la concepción actual, son fruto de dos tradiciones, de la francesa donde los derechos son fruto de la ley y de la americana donde los derechos del individuo son derechos frente a, y por encima de la ley: preceden a la ley y son entendidos como un patrimonio subjetivo independiente. En definitiva, en Francia los derechos derivan de la ley, y en Norteamérica la ley deriva de los derechos.

Según Zagrebelsky, la inclusión de los derechos en las constituciones ha provocado el paso del “Estado de derecho” al “Estado de derechos”, además argumenta que para el sentido actual de los derechos responde a dos grandes corrientes de pensamiento, el humanismo laico que hace prevalecer la idea de los derechos encaminados a lograr la realización del valor libertad, que hunde sus raíces en el humanismo anti escolástico del Renacimiento y basará su idea de los derechos en la libre conciencia individual y en el reconocimiento al individuo a sus capacidades y pretensiones de querer y actuar

en el sentido que señale su voluntad. Y el humanismo cristiano que desarrolla los derechos relacionados con la justicia, es decir, considera que existe un orden universal en el que todo tiene su justo y preciso puesto, en consecuencia el individuo ha de actuar, no según su voluntad, sino según su deber, permaneciendo en su status. Pero la concepción moderna de los derechos niega la existencia de un orden universal: es el individuo el que crea su propio orden (Ansuátegui Roig, 1993: 122-125).

En este mismo sentido de los derechos en el Estado constitucional, en opinión de Zagrebelsky, junto a la separación de los derechos de la ley, está la idea de la “determinación a través de normas constitucionales de principios materiales de justicia destinados a formar por sí mismos el conjunto del orden jurídico”, y son principios que trascienden los acuerdos individuales, incluso aquellos acuerdos a los que se puede llegar a través de la regla de las mayorías. No obstante, cabe preguntar: ¿Cómo se configuran estos principios materiales de justicia? Sabiendo que los principios de justicia que se encuentran en la Constitución están, incluso, por encima de las decisiones tomadas a través de los mecanismos democráticos. Por lo visto, varias consecuencias se derivan de la constitucionalización de los principios de justicia:

Cuadro 4. Consecuencias que se derivan de la constitucionalización de los principios de justicia	
1.	Se crea un ámbito de protección frente a la fuerza disgregadora de los derechos individuales
2.	La reapropiación por parte del Estado de ámbitos políticos de la economía
3.	El cambio de la relación entre el hombre y el medio ambiente; los principios de justicia sirven para proteger al hombre frente a la vertiente más agresiva y violenta del género humano
4.	Los principios son un límite frente al pleno de desarrollo de la voluntad individual en relación con los demás
5.	Los principios pasan a ocupar un lugar muy importante
* El sistema jurídico, según Zagrebelsky –y que sobre este punto coincide con Dworkin– está compuesto por normas y principios. Mientras que las reglas se identifican principalmente con las normas legislativas, los principios lo harían con las normas constitucionales sobre los derechos y sobre la justicia. Para Zagrebelsky, distinguir las reglas de los principios significa, en términos generales, distinguir la ley de la Constitución. En todo caso, la actitud de los sujetos es diferente con cada una de estas entidades, y ello implica que, a las reglas las obedecemos, mientras que a los principios nos adherimos.	
Fuente: Ansuátegui Roig, 1993:126	

Reiterando que la Ley ha perdido su carácter predominante dentro del sistema constitucional; el Estado ahora es el “dueño de la ley pero no del Derecho” afirma Zagrebelsky, y por otra parte sostiene que: “los principios de las constituciones pluralistas se asemejan a los principios del Derecho natural y las constituciones vienen a reflejar “El orden natural histórico concreto de las sociedades políticas secularizadas y pluralistas”, pero rechaza la tentación de caer en un “formalismo de los principios” y boga por unas relaciones de proporcionalidad y balanceo entre los principios. La mutua relatividad es la condición de su reciproca conciliación, concluye, y se muestra partidario de una relativización de la ética, entendida como condición indispensable para poder llevar a cabo el propio proyecto ético. En consecuencia (Zagrebelsky en Ansuátegui, 1993: 127), subraya que no hay que caer en la tentación de considerar a los principios como objetos de mercado, e insiste: “Las sociedades que quisieran preservar su carácter pluralista deberían afirmar –valores que no tienen precio– entre los cuales el equilibrio se debería alcanzar a través de la ponderación con otros valores del mismo género, con la exclusión del medio homologante y desnaturalizador del dinero”.

La constatación del cambio de estructura de los sistemas jurídicos permite hacer referencia al reflejo de dicho cambio en la interpretación de los sistemas. Efectivamente, la concepción positivista tradicional de la interpretación que sólo atiende a las exigencias del Derecho, con la concepción de la jurisprudencia como disciplina práctica, atenta tanto al Derecho como a la realidad social, afirma Ansuátegui (1993: 127) y corresponde tener en cuenta que: “Existe una correspondencia e interfluencia entre las exigencias del caso y las de la norma”. El caso, y no la norma es el punto de referencia inexcusable del intérprete, hasta el punto de que sus exigencias se superponen a las de la norma, pudiendo incluso llegar a invalidarla. El intérprete ha de encargarse de encontrar el *sentido del caso*, asumiendo como sentido “la conexión entre la acción y su producto social”. El sentido del caso condiciona la respuesta jurídica que se vaya a ofrecer desde el sistema, y teniendo en cuenta que el Derecho positivo no puede ofrecer todos los materiales precisos, y debido a la parcialidad del Derecho por reglas, es necesario acudir al Derecho por principios y por valores.

En definitiva, la interpretación por parte del operador jurídico no puede estar sujeta al dogma de certeza (unívoca) típica del Estado de derecho. Pues, la seguridad jurídica, la certeza del Derecho, son características de un sistema jurídico como el del Estado liberal, difícilmente predicables al menos con la misma fuerza en el Estado constitucional de hoy. De ahí que Zagrebelsky afirma en Ansuátegui Roig (1993: 127):

El sistema jurídico como existe hoy en el Estado constitucional no puede asumir la certeza, que en resumidas cuentas quiere decir *inmovilidad* del Derecho, como un valor absoluto. Ya lo he dicho y lo repito: debemos acostumbrarnos a convivir con las tensiones en la aplicación del Derecho. De hecho ya ocurre así. Pero esto no es un hecho patológico, es un hecho fisiológico. Por lo tanto debemos (para mantenernos vinculados a la idea de Derecho construido por principios y valores, además de reglas) renunciar en parte a la fijeza del Derecho.

Cierto es que para convertirse en un proyecto exitoso el proyecto constitucional radical como el ecuatoriano, necesita extender su influencia más allá del ámbito de las instituciones políticas, es decir, se tiene que fortalecer la Constitución material desde el enfoque neoconstitucional; y particularmente ejecutando una política de distribución equitativa de recursos económicos a nivel social, que marquen la diferencia con la custodiada e implementada por el constitucionalismo liberal-conservador típico del “Estado de derecho” eminentemente partidocrático, excluyente, injusto e inequitativo, donde la concentración del poder político iba muy de la mano con la concentración del poder económico interno y transnacional.

Nueva teoría del Derecho: Ítems del enfoque neoconstitucional	a) Más principios que reglas
	b) Más ponderación que subsunción
	c) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria
	d) Omnipotencia judicial en vez de autonomía del legislador ordinario
	e) Coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas
Fuente: Prieto Sanchís, 2003a (Tema desarrollado ampliamente en el capítulo I).	

Para Eliseo Aja (1997: 27 y ss.) además el constitucionalismo se caracteriza por reconocer plenamente la democracia política y extender los criterios de igualdad a las condiciones sociales de los individuos, pero las constituciones apenas reflejan las profundas transformaciones operadas en la sociedad, entre otras:

Transformaciones	La Constitución coadyuva al cambio de las relaciones entre el Estado y la sociedad
	Todas las constituciones son democráticas y se fundamentan en el principio de soberanía popular
	Todas las constituciones reconocen el pluralismo político y social
	Las constituciones actuales poseen un grado de normatividad superior a las anteriores
	Las constituciones actuales han ampliado sensiblemente el ámbito constitucional
Fuente: Eliseo Aja, 1997	

Sinopsis temática de la Constitución garantista, normativa y rígida del 2008

En general, las constituciones provenientes de una Asamblea Constituyente responden a las necesidades más imperativas de la sociedad y establecen el modelo socio-económico-jurídico y político al que aspira la propia sociedad. El nuevo marco constitucional y legal es un soporte básico de los cambios y transformaciones que requieren ejecutarse en el presente y hacia el futuro, con el propósito de lograr una forma de convivencia democrática y en armonía con la naturaleza. Para el efecto la nueva Constitución establece cinco Funciones o Poderes del Estado, que le permitan una administración pública más eficiente.

Área política

- Se establece el Estado Constitucional de Derechos y Justicia (...) intercultural, plurinacional y laico, y tiene vigencia el principio de constitucionalidad; a diferencia del Estado de Derecho en el que tenía primacía la ley y regía el principio de legalidad.

- El carácter plurinacional del Estado implica la existencia de distintas nacionalidades y ciudadanías (incluida la ecuatoriana), y para tal reconocimiento los elementos clave son el origen identitario, cultural e histórico de los pueblos.
- Por el reconocimiento a la diversidad cultural se oficializan, además del idioma castellano, el kichwa y el shuar.
- El carácter laico del Estado connota su independencia de la influencia eclesial y la asunción de la ética laica como sustento del ordenamiento jurídico.
- Los recursos naturales no renovables constituyen patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible del Estado.
- El territorio plurinacional es la unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales; asumido como el legado de los antepasados y pueblos ancestrales.
- Se proclama que Ecuador promueve la paz, por lo que se prohíbe en su territorio la presencia de bases e instalaciones extranjeras con propósitos militares.
- La Constitución vigente reemplaza la denominación de los derechos políticos, por derechos de participación, e incluye:
- El derecho a participar en los asuntos de interés público.
- La igualdad y paridad de género con base a méritos y capacidades para el desempeño de empleos y funciones públicas.
- El escrutinio público del voto; el derecho de sufragar a personas detenidas sin sentencia condenatoria; el voto facultativo para jóvenes entre dieciséis y dieciocho años, ecuatorianos en el exterior, militares, policías, y personas con discapacidad. A diferencia de la Constitución de 1998 que prescribía el derecho facultativo a sufragar únicamente a las personas mayores de 65 años y analfabetos.
- Los ecuatorianos residentes en el exterior tienen derecho a elegir y a ser elegidos para cualquier cargo público.
- Establece la representación proporcional de mujeres y hombres en la función pública, en las organizaciones políticas, y la participación alternada y secuencial en la integración de listas para participar en procesos electorales.

- Se aprueba la reelección consecutiva por una sola vez, para todos los cargos.
- Se prescribe el “derecho a la resistencia”, y se tutela el derecho a demandar por acciones u omisiones del poder público o personas privadas, respecto al ejercicio de los derechos.
- Se establece la democracia representativa, directa y comunitaria.
- El Estado Constitucional, además de las Funciones Ejecutiva, Legislativa y Judicial, ha creado dos nuevas: La Función Electoral conformada por el Consejo Nacional Electoral, encargado de los procesos y actividades vinculadas con la organización y ejecución de procesos electorales; y el Tribunal Contencioso Electoral, responsable de resolver acciones legales contra actos del Consejo Nacional Electoral y sancionar el incumplimiento de normas electorales. En la Constitución de 1998 constaba el Tribunal Supremo Electoral como el órgano responsable de estas competencias.
Y la Función de Transparencia y Control Social, integrada por la Defensoría del Pueblo, Superintendencias y Contraloría, que antes funcionaban como entidades autónomas. Esta Función designa las autoridades: Procurador General del Estado, Superintendentes, Defensor del Pueblo, Defensor Público, Fiscal General del Estado y Controlador General del Estado. Facultad que en la Constitución de 1998 la tenía la Función Ejecutiva.
- Se prescribe la democratización de los partidos políticos, es decir, que estos están obligados a promover rendición de cuentas, la alternabilidad sin discrimen de género en sus directivas. El Estado financia la publicidad partidista.
- La función Legislativa es la Asamblea Nacional, y se conforma por quince asambleístas elegidos en circunscripción nacional, dos elegidos por cada provincia, y uno por cada doscientos mil habitantes o fracción que supere los ciento cincuenta mil, de acuerdo con el último censo nacional de población.
- El Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional, y ésta a su vez tiene atribuciones para destituir al Presidente, conforme a la Constitución.

- Se propicia la mancomunidad de dos o más provincias que limiten entre sí, sumen más de 20 000 km² y cuenten con más del 5% de la población nacional.
- Se crea un sistema de competencias propias de los gobiernos autónomos descentralizados, encargado de transferir las nuevas competencias signadas, y se contempla el derecho de los gobiernos autónomos descentralizados a participar de las rentas que reciba el Estado por explotación o industrialización de recursos naturales, que se lleve a cabo en sus jurisdicciones.

Área económica

- Constitución del Estado Constitucional de derechos contiene elementos de ruptura con el modelo neoliberal sustentado en el modelo socio-económico capitalista. Concibe al sistema económico como social y solidario, en contraposición con la concepción de economía de mercado expresada en la anterior Constitución, y plantea la necesidad de un equilibrio relacional entre la sociedad, el rol del Estado y el funcionamiento del mercado.
- Establece una base regulatoria amplia que permitirá introducir en el futuro cambios progresivos en la economía, a partir de la promulgación de leyes pertinentes.
- El Estado es responsable de la planificación del desarrollo y define al desarrollo como: “el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir”.
- El Régimen de desarrollo establece objetivos como:
 - Construcción de un sistema democrático, equitativo, sostenible que propicie la generación de empleo digno.
 - Respeto a la naturaleza, a la diversidad y patrimonio cultural.
 - Acceso equitativo a los recursos naturales y a sus beneficios.
 - Soberanía nacional e inserción en la integración latinoamericana.
 - Impulso a la planificación para el desarrollo y con la participación de la ciudadanía en el proceso planificador.

- Soberanía alimentaria como objetivo estratégico del Estado, a partir del estímulo a la producción nacional de alimentos y el acceso de los campesinos a la tierra, al agua y otros recursos.
- Propiedad estatal del agua y manejo sostenible.
- Prohibición del latifundio.
- Política fiscal para asegurar la sostenibilidad del gasto público y prioridad a la recaudación de impuestos progresivos, es decir: a mayor nivel de ingreso mayor nivel de pago de impuestos en función de una redistribución más justa de los ingresos.
- Transparencia y el control riguroso sobre el endeudamiento público, a partir, de la prohibición de la compra de deuda privada por parte del Estado.
- Establecimiento del Presupuesto del Estado, previo sometimiento a un examen técnico político exhaustivo, sin afectar la función social del gasto público.
- Establecimiento de una Política monetaria, crediticia, financiera y cambiaria.
- Control estatal del Banco Central, que implica la recuperación del control sobre la política monetaria, y eliminación del sucre como moneda nacional.
- Priorización de la inversión nacional y estricta regulación de la extranjera, dirigidas hacia la diversificación productiva, la innovación tecnológica, y la generación de equilibrios sectoriales y regionales.
- Política financiera orientada a disminuir la influencia directa de los intereses del capital financiero sobre actividades de información, difusión y comunicación.
- Impulso a una política comercial orientada a la corrección de la deformación estructural, con énfasis en el estímulo a la producción nacional y a las exportaciones con alto valor agregado.
- Se establece la soberanía del Estado en la gestión, administración y control de sectores estratégicos como la energía, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte, la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley. Comprende

la delegación de las funciones estatales a la iniciativa privada como una excepción, y no como traspaso de la propiedad.

- Se determinan las formas de propiedad: pública, privada, comunitaria, cooperativa, estatal, asociativa y mixta. Se reconoce la propiedad intelectual y la prohibición de la apropiación de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas y de la biodiversidad.
- El Estado garantiza el derecho al trabajo y la política laboral está dirigida a favorecer los grupos de atención prioritaria; se extiende la seguridad social a personas que trabajan sin remuneración, en el hogar.

Área internacional

- Las Relaciones Internacionales constan en un título que prescribe que éstas responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, y al cual rendirán cuenta sus responsables y ejecutores.
- Promoción de la independencia, soberanía, igualdad y autodeterminación de los pueblos, la convivencia pacífica, la cooperación y la solidaridad.
- Condena de la injerencia de los estados en los asuntos internos de otros y cualquier forma de intervención, sea incursión armada, agresión, ocupación o bloqueo económico o militar.
- Rechazo a toda forma de imperialismo, colonialismo y neocolonialismo; validando el derecho de los pueblos a la resistencia y liberación de toda forma de opresión.
- Se reconoce la ciudadanía universal, la movilidad y la progresiva extinción de la condición de extranjero orientado a transformar las relaciones desiguales Norte-Sur; el Derecho internacional como forma de conducta, orientado a la democratización de los organismos internacionales y la participación equitativa de los estados.
- Adhesión de Ecuador a los Tratados internacionales, con sujeción a la Constitución y a la correspondiente aprobación de la Asamblea Nacional.
- Impulso prioritario de la integración latinoamericana en los ámbitos: económico, cultural, político, social, monetario, financiero, legislativo, organizacional y ambiental, como objetivo estratégico del Estado.

- Prohibición expresa del Estado ecuatoriano a suscribir tratados en los que se ceda jurisdicción soberana, a instancias del arbitraje internacional.
- Se establece el estímulo a políticas comunes de defensa, orientadas a lograr una alianza estratégica para el fortalecimiento de la soberanía y de los países de la región latinoamericana.
- La aplicación de la nueva Constitución es un reto para el gobierno ecuatoriano, ya que ello implica alterar el ordenamiento económico, político y social del país, es decir, representa el tránsito del Estado neoliberal, hacia un modelo económico y de Estado post-neoliberal, aunque aún en los límites del capitalismo y su lógica de acumulación.

Área ambiental

Entre los aspectos más relevantes que trata constan: agua, biodiversidad y recursos naturales no renovables, biosfera, ecología urbana y energías alternativas, cambio climático, derechos de la naturaleza, inversión de la carga de la prueba en procesos legales ambientales.

- La Constitución prescribe los derechos de la naturaleza.
- Se proclama el respeto a la naturaleza, a la diversidad y patrimonio cultural.
- Se establece el manejo sostenible y propiedad estatal del agua.
- Se prescribe el derecho al “buen vivir” (incluye los llamados derechos económicos, sociales y culturales) y tiene sustento en la cosmovisión indígena del mundo. El Régimen del “buen vivir”, instrumenta los lineamientos de política que permiten la implementación de los derechos, por ejemplo: el reconocimiento del agua como “patrimonio nacional estratégico”, y cuyo acceso está garantizado por el Estado, al igual que la seguridad y soberanía alimentaria.
- En materia de daños ambientales se invierte la carga de la prueba.
- En materia de daños ambientales los procesos se tramitarán vía responsabilidad objetiva.
- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.
- El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua.
- Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional.
- Se reconoce y garantiza a las personas el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.
- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.
- El Estado no se comprometerá en convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza.

- El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua.
- El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En el contenido constitucional resumido en los acápites anteriores se constata la incidencia del nuevo constitucionalismo social y ambiental latinoamericano, y es evidente su oposición al modelo de desarrollo socio-económico liberal capitalista que construyó para sus fines, un andamiaje regulatorio e institucional propiciatorio de la explotación indiscriminada de los recursos de la naturaleza, de un desarrollo industrial sin eficientes mecanismos de control de gestión ambiental ni de procesos, y de un marco institucional debilitado incapaz de garantizar una gobernanza ambiental que coadyuve a la gobernabilidad.

En todo caso, los cambios en los enunciados socio-económico-políticos y ambientales constitucionales no son producto del neoconstitucionalismo como única respuesta a la crisis, sino de éste como un nuevo paradigma jurídico-político. Y hay quienes dicen no saber si existe algo nuevo en este modelo, o si se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera (Carbonell, 2007: 9). No obstante, este autor sostiene que sí supone alguna novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de derecho. Por ejemplo, bajo su enfoque se está desarrollando el nuevo constitucionalismo social y ambiental latinoamericano, cuyas constituciones no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Los postulados centrales del neoconstitucionalismo tienen

relación a un sinnúmero de problemas que debe resolver el Estado constitucional.

Problemas tan básicos y a la vez tan complejos como la interpretación de las normas constitucionales, el uso del derecho comparado por los jueces supremos, el lugar de los derechos fundamentales, su proyección a las relaciones entre particulares, el alcance de los derechos sociales, el impacto de la globalización sobre el constitucionalismo, el papel del Estado en la defensa de derechos como la libertad de expresión, etc. (Carbonell, 2007: 12).

Capítulo III

Derechos de la naturaleza, derechos de control social y participación ciudadana, consulta libre, previa e informada

Introducción

El entorno como determinante de la naturaleza humana, de las actividades humanas y formas de organización social, es uno de los primeros paradigmas teóricos del pensamiento occidental. Ya en la época clásica se vislumbró el determinismo ambiental, es decir, la tesis de que la tierra, el clima, el relieve o la configuración continental influyen sobre los patrones morales, sociales y culturales.

Desde la perspectiva jurídica, se reconoce en Montesquieu (1689-1755) el mayor exponente del determinismo ambiental, por su explicación de los sistemas jurídicos, en los siguientes términos: “el clima y en menor medida, el tipo de suelo, configuran el carácter o personalidad de un “pueblo” o nación dados. Las características de esa personalidad determinan, a su vez, la estructura social y, finalmente, es la estructura social la que determina el tipo de leyes y la legislación del país”. Por su parte, J.J. Rousseau (1712-1778) en su texto “Emile”-1762, sugiere que el cambio social hecho por los seres humanos y el entorno modificado por ellos, difuminaban las grandes diferencias entre naciones. Que el entorno ejercía influencia sobre la conducta de los hombres y mujeres convertidos a la vez en factor del cambio ambiental; estas percepciones influyeron en los pensadores modernos respecto al debate sobre el “carácter nacional” y la diversidad cultural, por ejemplo.

Lo que no se registró en forma expresa es el reconocimiento de sujeto de derechos que podían ser los entes como la naturaleza. Más aún, el Derecho había establecido que sujeto de derechos es únicamente quien tiene capacidad moral para obligarse a hacer o no hacer algo. Desde la lógica del positivismo jurídico, sólo los seres humanos ostentan esa calidad y son sujetos de derechos. En consecuencia, las cosas o la naturaleza como entes sin atributos morales, no podían ser sujetos de derechos.

Derechos de la naturaleza

Hacia los años sesenta se erigen como punto nodal de preocupación planetaria los graves problemas ambientales que generan el desarrollo industrial y extractivo. Un referente conceptual importante sobre el tema se da previo a la Conferencia de Naciones Unidas sobre el desarrollo humano, convocada en Estocolmo en 1972. Por otra parte y al margen de los diversos significados asignados a la naturaleza por parte de las disciplinas científicas, se registran otros que enfatizan lo simbólico desde el enfoque del saber ambiental o diálogo de saberes, como contraparte a aquella comprensión propia de la racionalidad cognitivo-instrumental.

Godofredo Stutzin hacia 1974 ya propone la necesidad de establecer los “derechos de la naturaleza”, y en (1977) presenta el texto “La naturaleza de los derechos y los derechos de la naturaleza”. A partir de entonces plantea que la naturaleza sea el nuevo sujeto de derecho, y por ende, poseedora de intereses propios. El autor enfatiza respecto a que: “La única manera de equilibrar la balanza y ponderar debidamente las necesidad de la biosfera frente a las pretensiones de tecnosfera consiste en reconocer a la naturaleza como parte integrante de los conflictos ambientales y permitirle asumir en nombre propio la defensa del mundo natural” (Stutzin, 1984: 98).

Otra corriente asume a la naturaleza como causa de todo lo existente, explicación última y razón de ser. Esta concepción es una derivación ética que sugiere que la naturaleza es la prolongación de la divinidad, y no obstante su aparente fundamentalismo, ha sido respaldada particularmente por las corrientes llamadas ecologistas, que argumentan la necesidad de que el comportamiento humano se guíe por las leyes de la ecología. El

fundamentalismo naturalista comienza separando a la sociedad humana de la naturaleza; luego adjudica valores benéficos a la naturaleza y perjudiciales a la creación humana; y por último, convierte a ciertos resultados humanos en comportamientos naturales y a otros en resultados sociales. Con ello subdivide a la actividad humana que comenzó siendo toda mala y enfrentada a la naturaleza, en buena y mala según los intereses de sus voceros (Foladori, 2000: 23).

En este sentido, bien se puede referir a Morrison (1999) para discernir respecto al antropocentrismo y ecocentrismo. El antropocentrismo lleva a interpretar todo en términos de experiencia y valores humanos, sería entonces una manifestación del mencionado imperativo genético, es decir, reduccionismo que no deja mucho lugar para elecciones. Su núcleo es la creencia de que la invencibilidad humana lleva a sobrepoblar la tierra con la consiguiente destrucción, primero, del mundo humano y luego del propio mundo. En términos del científico mencionado se propone el siguiente esquema:

Cuadro 1. Discernimiento respecto al antropocentrismo y el ecocentrismo	
Los seres humanos tienen autonomía espiritual y, en consecuencia, son responsables de sus acciones.	Estamos dirigidos genéticamente, igual que cualquier otro animal. No tenemos más mente que el cuerpo y no tenemos opción en cuanto al comportamiento.
El medioambiente es inherentemente estable y se recuperará si le damos la menor oportunidad.	El medio ambiente es un sistema caótico y, por tanto, inherentemente inestable y siempre lo ha sido. En caso contrario, la evolución no habría tenido lugar. La recuperación no es característica del sistema.
La mayor parte del daño causado al medio ambiente es producto de la ignorancia y la codicia humanas, así las malas prácticas tecnológicas; y, por tanto, puede repararse.	La mayor parte del daño causado al medio ambiente es el inevitable subproducto de la sobrepoblación. Así como una parte necesaria del ciclo de una plaga.
La inventiva humana y la tecnología pueden resolver la mayoría de los problemas medioambientales y reparar la mayoría de los daños al ambiente siempre que se dedique a ello suficiente tiempo, dinero, educación y voluntad política.	Los problemas medioambientales a que ahora nos enfrentamos no tienen una solución tecnológica. Todas las actividades humanas “buenas” y “malas”- aumentan nuestra deuda ecológica. Cuanto más tecnología sea la solución intentada, mayor será esa deuda.
Sobreviviremos, como siempre hemos hecho, impulsados por la excepcional de nuestra inventiva y por nuestro ingenio y espíritu indomables.	El ciclo de plaga es un componente vital del proceso evolutivo, y una cláusula de protección esencial en el caso de una especie fértil y de alto impacto como <i>homo sapiens</i> .
Fuente: Morrison, 1999: 241–242, en García, 2006: 37	

En base a lo expuesto se asume que la decisión de la sociedad ecuatoriana para reconocer constitucionalmente a la naturaleza como sujeto de derechos, trastoca los presupuestos teóricos antropocentristas y boga por una visión biocéntrica, mediante la cual se reconoce al ser humano, otros seres vivos y a la propia naturaleza en términos de igualdad.

El constitucionalismo social y ambiental latinoamericano impregnado de neoconstitucionalismo y del constitucionalismo originario indígena, instaura una nueva cultura jurídico-política que da lugar a la conversión del Ecuador en Estado constitucional de derechos intercultural y plurinacional. La Constitución ecuatoriana vigente a partir de octubre de 2008 reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, y de ahí se desagregan nuevas disposiciones constitucionales y legales estrechamente ligadas al Derecho ambiental.

Las disposiciones constitucionales ambientales, no obstante su desarrollo conceptual y práctico requieren de mayor profundización con base en el debate iniciado por la Asamblea Constituyente de Montecristi y en el Derecho internacional. Tal debate no puede excluir el juicio crítico de los actores sociales e institucionales.

La eficacia de la Constitución garantista, normativa y rígida vigente en Ecuador implica desplegar estrategias paralelas, por una parte, impulsar acciones constitucionales y judiciales orientadas a exigir la aplicación de los derechos de la naturaleza ante situaciones concretas, con lo cual se promovería la configuración de un criterio judicial y el tutelaje estatal; y, por otra, el desarrollo de una legislación propia de los derechos de la naturaleza, que asegure su autonomía, integridad y eficacia. Esto no significa admitir la no aplicación inmediata de las garantías que la propia Constitución establece para salvaguardar los derechos, y al margen de la incertidumbre de no saber: ¿De qué modo está presente un mandato concreto en un enunciado constitucional semánticamente indeterminado? Por lo que es lógico admitir que preguntas como la formulada ponen de manifiesto la principal dificultad a que se enfrenta la bipartición neoconstitucionalista, es decir, cómo fundamentar algo determinado, en el marco de las indeterminadas disposiciones constitucionales; ¿cómo lograr que los mandatos derivados de aquellas indeterminadas disposiciones sean explícitos?

Como respuesta cabe admitir, que para el efecto no funciona el entramado doctrinal positivista cuyo fundamento político es la defensa de la prioridad del legislador, y con ello el de la soberanía popular. Por otra parte se puede argumentar que el neoconstitucionalismo se sustenta en tesis incompatibles con las positivistas, por ejemplo, el contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza última de las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica. Por eso las constituciones dicen más de lo que sus términos significan. La Constitución es “una entidad ideal, axiológica, cuya materialidad y concreción son independientes en gran medida de las palabras y, por tanto, no sometidas a los límites denotadores y conformadores de estas (Bernal Pulido, 2007: 293).

Los intérpretes autorizados de la Constitución no están llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados constitucionales, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados. Los intérpretes pueden conocer la idea verdadera que cada norma tiene para cada caso concreto. Los jueces y, en particular, el Tribunal Constitucional (La Corte Constitucional en el caso ecuatoriano) cumplen funciones de control negativo-positivo: deben aplicar o declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que no lleve a cabo dicha maximización (Bernal Pulido, 2007: 293).

El entramado doctrinal neoconstitucionalista tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumátúrgicas de la judicatura; y por otra parte a este “modelo argumentativo” de relaciones entre Constitución y Ley se le acusa de menoscabar la seguridad jurídica y la democracia. Sus detractores sostienen que el modelo “geográfico” en cambio es garantía de esos dos principios.

...el Derecho, y muy en especial la Constitución, delimitan el territorio de la política, acotando límites infranqueables para que todo lo demás sea políticamente posible. Porque si no hay ámbitos de libre configuración y, por tanto, inmunes a la corrección por parte de los órganos judiciales, no quedará espacio para una sociedad que ejerza la política, sino que todos

pasaremos a ser súbditos del supremo órgano político y no democrático, la judicatura (Bernal Pulido, 2007: 294).

Respecto a no supeditar o contraponer los derechos de la naturaleza a un ordenamiento jurídico eminentemente antropocéntrico, es para evitar el desarrollo de los derechos de la naturaleza hacia una aplicación acomodaticia al ordenamiento jurídico eminentemente positivista (civilista-patrimonialista) antropocentrista, en el cual la naturaleza es asumida como un conjunto de bienes (recursos) susceptibles de dominio humano en función de intereses crematísticos, mercantilistas, y en consecuencia explotables hasta la extenuación.

Por ello es que la Constitución garantista¹ asume una orientación estratégica que prescribe los derechos de la naturaleza en base a un nuevo enfoque de las ciencias jurídicas, con principios, conceptos y lógicas autónomas, que más allá de contraponerse a las instituciones de la tradición jurídica, incorpora aspectos que no habían sido tratados por ésta. De ahí se desprenden las imbricaciones y complementariedades que implican los derechos de la naturaleza con otros derechos, en condiciones de igualdad jerárquica para evitar dicotomías o contradicciones.

Los derechos de la naturaleza gozan de la aplicación del principio de inmediatez al igual que los otros derechos consagrados constitucionalmente (CRE, Arts. 10 y 11), los instrumentos procedimentales incluyen los elementos hermenéuticos analógicos, y de control de constitucionalidad difuso, como mecanismos expeditos para la aplicación de la tutela judicial efectiva.

Frente a ello, existen varias posibilidades, por una parte se dispone de leyes sustantivas en las cuales constan los preceptos y conceptos básicos y que deben facilitar el adecuado ejercicio de los derechos de la naturaleza,

1 En relación al carácter garantizado de la Constitución, tanto para los derechos ambientales y de la naturaleza y para todos los derechos, la visión axiológica en la que se funda el neoconstitucionalismo lleva a atribuir a su aplicación judicial el carácter de un control de máximos. Su objetivo es atribuir a cada caso la solución “que para él demanda” la axiología constitucional. En cambio para el positivismo jurídico, sin negar el carácter garantizado de la Constitución, caracteriza a su control judicial como un control de mínimos. Es decir, que ese control estaría dirigido sólo “contra las normas que manifiestamente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales”.

su exigibilidad para el acceso a la justicia y la tutela que desde este ámbito se puede obtener.

En todo caso, cabe enfatizar en las razones de pragmatismo que puedan orientar tanto a operadores jurídicos, autoridades y actores sociales a una adecuada observancia y aplicación de los derechos de la naturaleza, y al mismo tiempo, es preciso desarrollar elementos procedimentales que aseguren un tratamiento adecuado de dichos derechos ante jueces y tribunales. En este sentido, la sociedad en general no puede permitir que la protección de los derechos de la naturaleza sirva como una excusa para disminuir el nivel ya existente de protección de la naturaleza.

Integralidad	El respeto y protección de los derechos de la naturaleza, se cumplirán salvaguardando todos y cada uno de sus sistemas, procesos y elementos naturales, considerándolos como parte de un todo.
Prevención	Toda decisión, proyecto o actividad que genere riesgos de afectación sobre la naturaleza, deberá contar con estudios técnicos y prever medidas efectivas que demuestren un manejo adecuado de los mismos.
Restauración	Conjunto de medidas orientadas a recuperar las condiciones ambientales (vegetación, flora, fauna, clima, agua, suelo y microorganismos) de un ecosistema afectado con el fin de devolverle similares condiciones a las de su composición y estructura original.
Participación	La tutela de los derechos de la naturaleza involucra la participación de toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad.
Precaución	El Estado aplicará medidas eficaces para suspender o restringir las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, a la destrucción de ecosistemas o alteración permanente de los ciclos naturales, aún sin tener certeza del daño.
In Dubio Pro-natura	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.
Responsabilidad objetiva	Todo daño a la naturaleza, sin necesidad de determinarse el dolo, culpa, fuerza mayor o caso fortuito que lo hubiere originado, acarreará para el o los causantes, directos la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades, además de las sanciones que correspondan.
Autonomía	El ejercicio efectivo de los derechos de la naturaleza conlleva la aplicación de principios y mecanismos de tutela propios, sin perjuicio de su interrelación con el resto de derechos e instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico.
Progresividad y complementariedad	Ninguna norma que se adopte para la protección de los derechos de la naturaleza podrá ser interpretada como regresiva o que implique una menor protección al medio ambiente frente a las normas preexistentes.
Acceso a la información	La información sobre el estado de la naturaleza y sus elementos constitutivos es pública y el Estado garantiza la generación de la misma y el libre acceso de todos los ciudadanos.

Derechos tutelados de la naturaleza	<ol style="list-style-type: none"> 1. El respeto integral de su existencia; 2. El mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; 3. La restauración de sus ecosistemas y elementos constitutivos; y, 4. Los demás derechos fundamentales que establece la Constitución, en lo que sean aplicables.
Relación con otros derechos	<p>Los derechos de la naturaleza gozan de igual jerarquía que el resto de derechos consagrados en la Constitución, y en tal medida todos ellos son indivisibles e interdependientes. En caso de potencial confrontación de las disposiciones legales que los garantizan y regulan, se aplicará un juicio de ponderación. Para tal efecto se buscará una alternativa que proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, eficaz y necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre el beneficio y el sacrificio constitucional.</p>
Fuente: Constitución Política de la República de 2008	

Tesis opuesta a los derechos de la naturaleza

Al fragor del debate político y a la par de la realización de la Asamblea Constitucional ecuatoriana, en el 2008, se argumentaba que: “La naturaleza no tiene las propiedades de las personas morales que justificaría la titularidad de derechos subjetivos, esto es: no tiene capacidad para elegir y materializar planes de vida, no puede adoptar decisiones, no tiene autoconciencia como ser independiente y separado”.

Se decía que los derechos humanos fueron la invención más importante del siglo XX, no obstante a inicios del siglo XXI, en Montecristi se debate un nuevo concepto jurídico, los “revolucionarios” derechos de la naturaleza. Pero, conociendo que Ecuador no se caracteriza por marchar a la vanguardia del pensamiento filosófico: ¿Qué nos hace suponer que la Asamblea tiene alguna autoridad científica para experimentar con aspectos tan importantes de la filosofía del derecho? “El discurso novedoso, progresista según el oficialismo constituyente, no justifica en lo absoluto la invención de disparates.”

Esto les llevaba a concluir que quienes gozarán de los derechos de la naturaleza son los seres humanos mismos. También se argumentaba que el discurso de los constituyentes no guardaba consistencia ni coherencia, ya que, por un lado, se criticaba a “las regulaciones jurídicas convencionales por reflejar un antropocentrismo que desprotege a la naturaleza”; y

por otro lado, se aseveraba que “no se trata de que el medio ambiente tiene algún derecho, sino que se está reconociendo al ser humano un nuevo derecho.”

La tesis consistía en: a) que una pretensión de derecho acertada tiene esta consecuencia: si alguien tiene derecho a algo, está mal que el Gobierno se lo niegue, aunque negárselo favoreciera al interés general (utilitarismo); b) si la naturaleza tiene derechos entonces está mal que el Gobierno permita que los seres humanos la exploten, aún cuando de esta explotación se derive un incremento del bienestar de la población. Por ejemplo, en el caso de los alimentos, si para alimentar a toda la población ecuatoriana es necesario talar una cierta cantidad de hectáreas de bosque se lo hace, entonces, ¿el derecho de la naturaleza deberá ceder o no a dicha necesidad?

Esta estrategia de estirar la extensión del concepto de derecho hasta abarcar casos en los que no se sabe con precisión quiénes son los titulares ¿Qué objeto tiene? ¿Cuál es el interés jurídico que se protege? y ¿cuál es la índole de la protección jurídica que merecen? Lo cual, según los opositores al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, proyectaba una sombra de duda sobre la clase entera de derechos subjetivos que sí reúnen los elementos constitutivos señalados por la teoría de los derechos.

Desde esta óptica anti-derechos de la naturaleza se adujo que era “impresionante el derroche económico y el desgaste humano producto de un ocioso debate” y que se trataba de inventar o descubrir otras alternativas que finalmente lleven a la consecución del tan añorado ideal de emancipación social (supuesta invención de Alianza País), cuando todo el problema radicaba en “que estos derechos se puedan exigir”. Si el derecho humano económico, social y cultural a vivir en un medio ambiente sano, vigente en nuestro país desde el 24 de Enero de 1969, no tiene un mecanismo eficaz para ser garantizado, entonces, lo que hay que cambiar es el mecanismo de exigibilidad y no el concepto de los derechos” (Sánchez Baquerizo, 2008).

- La naturaleza con derechos

Por otra se expresó: “que en la Mesa de Recursos Naturales y Biodiversidad de la Asamblea Constituyente, cuando se planteó que la naturaleza puede ser titular de derechos, parecía que tal propuesta era otro dislate de algún asambleísta con afanes de notoriedad”, pero en este caso no fue así. Y se insistía que si en la década de los años setenta del siglo pasado, con la preocupación por los daños ambientales cobró fuerza la tesis antropocéntrica del naciente Derecho ambiental, éste era insuficiente para tutelar a la naturaleza, cada vez más amenazada por un modelo de crecimiento económico irracional, que no tiene en cuenta que el destino de la humanidad está indisolublemente ligado a ella.

Al calor de estas inquietudes se reformularon creencias del mundo antiguo según las cuales la naturaleza está viva –hipótesis de Gaya de James Lovelock– y habría de convenir que tiene intereses propios y que era un imperativo ecológico reconocerle derechos, apelando a Godofredo Stutzin, uno de los juristas latinoamericanos más representativos de estas concepciones.

Se reiteró que en Ecuador tales tesis aparecieron en el Primer Congreso de Medio Ambiente realizado en el año 1987 y desarrolladas en textos como el Derecho Ecológico Ecuatoriano (1991) y Derecho, Ecología y Sociedad (1994), donde se plantea que la naturaleza cuenta con elementos con capacidad volitiva, siendo posible dotarle de personería jurídica pública y pertinente crear una institución como la del *ombudsman*, de origen nor-europeo, algo equivalente a la propuesta hecha en la Asamblea, la de creación de una nueva Defensoría del ambiente y la naturaleza.

Se argumentaba la importancia de las concepciones bioecocéntricas y de cómo éstas encajan perfectamente con las cosmologías de los pueblos indígenas andinos y amazónicos, o interpretaciones integrales de todos los elementos y fuerzas que conforman el mundo que habitan; y en consecuencia se exaltaba la existencia de un hilo conductor entre la propuesta de reconocerle derechos a la naturaleza, oponerse a las actividades extractivas depredadoras del ambiente, establecer la plurinacionalidad y el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades.

También se adujo que el Derecho tiene su propia lógica y no puede cambiarse con hipótesis y tesis carentes del rigor de la ciencia positiva y

resultado de forzadas interpretaciones que pueden crear más conflictos que soluciones, generando inseguridad jurídica. En todo caso –se argumentó– que estos planteamientos no han prosperado en el ámbito doctrinal ni constitucional, y que una Constitución para tener carácter ambiental no tiene necesariamente que incluir el reconocimiento de derechos a la naturaleza, tema más bien para la Filosofía del Derecho y especialistas de las ciencias. La Constitución debe ser clara, precisa y completa en cuanto a las garantías de los derechos individuales, sociales y colectivos del ser humano como sujeto de relaciones jurídicas y consecuentemente en torno a la tutela del ambiente natural y cultural (Ruiz, 2008).

No obstante, se sostuvo esta tesis: “como en otros temas constitucionales el problema está más bien en la legislación secundaria, en la existencia de una institucionalidad congruente, en la formulación de políticas públicas que estén acompañadas de voluntad de ejecución y sobre todo de funcionarios capaces y responsables que rindan cuentas en el marco de una permanente participación ciudadana” (Ruiz, 2008). En torno a estos criterios giró la oposición a reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, pero no tuvo mayor eco en el seno de la Asamblea Nacional de Montecristi, y prevaleció la tesis de reconocimiento.

Los derechos de la naturaleza en la Constitución-2008

La constatación de la normativa constitucional específica tiene sentido, en función de guiar una comprensión integral del tema, y para el efecto se han priorizado ciertas claves o principios que sugieren una lectura jurídico-política comparada, para marcar la diferencia conceptual ambiental impregnada del nuevo paradigma constitucional, frente a la pétrea conceptualización asumida por el *ancien régime* partidocrático liberal, donde la naturaleza fue convertida en mercancía, al igual que sus elementos constitutivos convertidos en recursos y en consecuencia mercantilizables y explotables hasta la extenuación.

Considerando que la Constitución es normativa, garantista y rígida, ella misma es norma jurídica aplicable en forma directa y ante cualquier operador jurídico competente. En este sentido, y al margen de cualquier

criterio técnico-jurídico respecto a la necesidad de crear una ley para regular los derechos de la naturaleza, empieza a prevalecer el criterio de no hacerlo, y más bien apelar a la propia Constitución en forma directa, a fin de no reducir el nivel político de los derechos de la naturaleza consagrados en ella.

Nuevos principios ambientales constitucionales más relevantes:

Cuadro 3. Actitud ética ante la naturaleza: (de una visión antropocéntrica a una de partenariado)	
Art. 10	Titulares de derechos Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. <i>La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.</i>
Art.14	La población: Se le reconoce el derecho de a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, <i>sumak kawsay</i> (...) Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados
Art. 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 (...) El Estado incentivará a las personas naturales, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.
Art. 72	Derecho a la restauración: (...) En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Es decir, derecho a su restauración ante efectos nocivos ocasionados por actividades humanas.
Art. 319	Derecho al buen vivir (<i>sumak kawsay</i>) Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas. El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.
Art. 397	Susidiariedad En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: (...)

Art. 74	(...) Los servicios ambientales no son susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.
Principio de in dubio pro naturaleza	
Art. 395	Naturaleza y ambiente. Principios ambientales: 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. 4. (...) En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, estas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.
Art. 395	Principio de Transversalidad 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.
Art. 396	Principio precautorio (...) “En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.”
Art. 73	Medidas de precaución El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales (...)
Art. 396	(...) En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.
Art. 396	Responsabilidad objetiva de daños ambientales (...) La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.
Art. 397	Principio de subsidiariedad En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental ... 1. 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.
Art. 397	Inversión de la carga de la prueba (...) 1. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.
Modelo de desarrollo sustentable bajo objetivos de:	
	Justicia social (buen vivir) Respeto a la naturaleza Equidad inter-generacional

	<p>El crecimiento económico como un medio para mejorar la calidad de vida y potencialidades de la población Un sistema económico, justo, democrático y solidario Recuperación y conservación de la naturaleza Promueve un ordenamiento territorial equilibrado, articulado e integrador Protege la diversidad cultural, recuperar y preservar el patrimonio cultural Protege los intereses de las generaciones futuras</p>
Derechos colectivos	
Art. 7	<p>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 (...) 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.</p>
Art. 57	<p>(...) 12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. (Comentario) El conocimiento ancestral constituye un criterio válido para la toma de decisiones sobre acciones que pongan en riesgo la integridad ambiental. (Se aplican los principios de la Ciencia Post - Normal).</p>
Art. 58	<p>Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.</p>
Art. 59	<p>Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos montubios para garantizar su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible, las políticas y estrategias para su progreso y sus formas de administración asociativa, a partir del conocimiento de su realidad y el respeto a su cultura, identidad y visión propia, de acuerdo con la ley.</p>
Art. 61	<p>2. Participar en los asuntos de interés público. 4. Ser consultados 5. Fiscalizar los actos del poder público.</p>
Art. 74	<p>Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir (...).</p>
Art. 88	<p>Acción de protección. Objeto de la acción de protección: (...) tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales (...).</p>
Art. 93	<p>Acción de incumplimiento. La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.</p>
Art. 95	<p>Participación individual o colectiva. Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión</p>

Art. 94	<p>de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria. Acción extraordinaria de protección. La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.</p>
Art. 395	<p>Participación 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 (...)</p>
Art. 398	<p>Consulta a la comunidad por acciones al ambiente Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. (...).</p>
Responsabilidad frente a los problemas ambientales globales	
Art. 414	<p>El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático.</p>
Art. 416	<p>El Estado impulsará la creación, ratificación y vigencia de instrumentos internacionales para la conservación y regeneración de los ciclos vitales del planeta y la biosfera.</p>
Art. 250	<p>El territorio de las provincias amazónicas forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta.</p>
La gestión de riesgo	
Art. 389	<p>El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad. Se establece un sistema nacional descentralizado de gestión del riesgo, y se incorpora de manera obligatoria y transversal la gestión del riesgo en la planificación y gestión.</p>
Áreas protegidas	
Art. 405	<p>El sistema nacional de áreas protegidas garantizará la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. El Estado asignará los recursos económicos necesarios para la sostenibilidad financiera del sistema, y fomentará la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades en su administración y gestión. Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en áreas protegida.</p>
Art. 406	<p>El Estado regulará la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación, y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados; entre otros, los páramos, humedales,</p>

	bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos y manglares, ecosistemas marinos y marinos-costeros.
Art. 407	Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Se contemplan excepciones, y este hecho amerita un mayor debate a fin de depurar el sesgo extractivista, no obstante que el proceso para decidir no es fácil de cumplir.
Art. 398	Trata sobre la consulta a la comunidad cuando de decisiones que puedan afectar al ambiente se trata. Pero nuevamente asume la autoridad la decisión de ejecutar o no el proyecto aunque haya oposición de la mayoría de la comunidad, obviamente previa motivación.
Región amazónica	
Art. 250	El territorio de las provincias amazónicas forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta. Este territorio <i>constituirá una circunscripción territorial especial</i> para la que existirá una planificación integral recogida en una ley que incluirá aspectos sociales, económicos, ambientales y culturales, con un ordenamiento territorial que garantice la conservación y protección de sus ecosistemas y el principio del <i>sumak kawsay</i> .
Bioseguridad	
Art. 73	Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. Se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas. Excepcionalmente, y sólo en caso de interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional, se podrán introducir semillas y cultivos genéticamente modificados. El Estado regulará bajo estrictas normas de bioseguridad, el uso y el desarrollo de la biotecnología moderna y sus productos, así como su experimentación, uso y comercialización.
Art. 401	Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales. Y sólo excepcionalmente y en caso de “interés nacional” se podrá introducir semillas o cultivos genéticamente modificados. (Ver Arts.: 402, 403).
Agua	
Art. 12	El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.
Art. 249	Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones
Art. 249	Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.
Art. 313	El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Art. 318	El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua. La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitaria.
Mecanismos institucionales	
Art. 399	Sistema nacional descentralizado de gestión ambiental El ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza.
Art. 213	Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano (...).
Art. 399	Defensoría del ambiente y de la naturaleza El ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza.
Fuente: Constitución de la República del Ecuador - 2008	

Es relevante exaltar que el enfoque neoconstitucional del principal estatuto del país en materia ambiental, garantiza el carácter bio-ecocéntrico que se expresa en el énfasis por la defensa del equilibrio equeológico y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. Esto no era posible en el Estado de derecho, toda vez que el positivismo jurídico tenía como premisa fundamental el que, únicamente quien tiene capacidad moral para comprometerse a hacer o no algo, es sujeto de derechos. En tal sentido la naturaleza nunca podía serlo.

La ratificación del derecho a un ambiente sano como derecho fundamental es posible en base a la prescripción de la CRE, Art. 11, numeral 6: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. En consecuencia son judiciales y exigibles interna y externamente y constituyen parte del test supraestatal de derechos fundamentales (vinculantes) que bogan por alcanzar la justicia socioambiental, concretando las garantías normativas, políticas y jurisdiccionales de rango constitucional, mientras se continúa

en el proceso de cambio del modelo de desarrollo y consolidación del nuevo modelo político de Estado para cambiar las relaciones de poder.

La materialización de las prescripciones constitucionales descritas en el cuadro 13 implica continuar enfrentando nuevas y complejas demandas normativas, institucionales y de políticas públicas, por ejemplo, expedir las nuevas leyes de: gestión ambiental, biodiversidad, aguas, bosques, concordantes con las prescripciones constitucionales y base conceptual del nuevo paradigma neoconstitucional. Crear la Superintendencia ambiental y la Defensoría ambiental, fortalecer el nivel institucional ambiental de los gobiernos locales o de mancomunidades, acelerar el proceso de fraccionamiento competencial ambiental considerando el ordenamiento territorial con enfoque ecosistémico; planificar ambientalmente desde una racionalidad no cortoplacista; empoderar el control social de la gestión ambiental pública; e invertir recursos económicos en la investigación técnico-científica ambiental. Lo de fondo radica en profundizar el enfoque político de la dimensión ambiental enfrentando la sociedad del riesgo —particularmente caracterizada por su crisis civilizatoria— con un modelo de desarrollo no basado en la explotación de recursos no renovables, ni en la lógica y racionalidad económica para la acumulación de capital.

Participación ciudadana en materia ambiental

El debate teórico respecto a la participación, es álgido, por ejemplo, frente a la metáfora del contrato social y la democracia electoral, está la opinión del fortalecimiento de la democracia participativa y de una ciudadanía activa que sea el eje vertebrador de una nueva generación política y de sociedad civil. Por ejemplo, el enfoque habermasiano sostiene una postura discursiva y deliberativa respecto al proceso constituyente de todo país democrático, mientras que Ferrajoli parece desconfiar de ese procedimiento discursivo y asambleario, y optaría por una salida de pacto constitucional hobbsiano, siguiendo la tradición positivista. Según Habermas el déficit democrático no se va a eliminar por medio de una “reducción estatista” del problema, y por el contrario se agudizaría. Por ello plantea tres requisitos funcionales o condiciones necesarias para el establecimiento

de una entidad política y jurídica en cualquier país democráticamente constituido: el nacimiento de una sociedad civil, la construcción de un espacio público, la creación de una cultura política susceptible de ser compartida por todos los ciudadanos (Aguilera y López, 2005: 7-8), lo que tiene relación a una propuesta de democracia constitucional.

Por otra parte existe la desobediencia civil y puede ser vista como una forma de participación, en la medida en que apunta al carácter inacabado del proyecto liberal, este proyecto subordina el espacio público democrático al régimen individualista de mercado, y ve en el ciudadano al sujeto político que debe impulsar la consolidación de los regímenes democráticos. La desobediencia civil es un dispositivo simbólico que produce efectos fundamentales planteando demandas democráticas a las instancias políticas (administrativa, legislativa, judicial, electoral y de participación ciudadana) y a la sociedad en general en situaciones caracterizadas por el predominio de proyectos elitistas y abusos del poder.

La “resistencia a la opresión”, es un derecho humano fundamental consagrado en la CRE, Art. 98 y expresa otra forma de participación ciudadana, frente a los abusos del poder público, o violación de garantías por parte del Estado o terceros:

Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar reconocimiento de nuevos derechos.

La participación que se alude tiene un carácter de integralidad, es decir, es vista como un derecho vinculado a los derechos políticos de participación en la toma de decisiones trascendentes para el país, control del Estado y administración pública. El signo de la participación ambiental tiene que ver con los contenidos de los Acuerdos internacionales, y tal es el caso del principio 10 de la Declaración de Río/92, cuyo contenido esencial hace referencia a que: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es la participación de todos los ciudadanos, en el nivel que corresponda (...)” Y el Estado está en la obligación de facilitar y fomentar la sensibilización y la participación pública, desde la perspectiva de la subsunción del Estado en lo colectivo.

Participación ciudadana y participación de los sujetos colectivos

La participación ciudadana en los proyectos extractivos (petróleo, minería, o de generación de hidroelectricidad), por ejemplo, alude a entender los procesos a partir de la racionalidad ambiental, de la democracia participativa y la gobernanza inclusiva –interactiva–, lo que implica considerar los discursos de participación, sus desafíos y mecanismos, y a la vez el rol de los diferentes actores en torno a la gestión social, cultural, económica, política, ambiental, científico-tecnológica y ética. Este hecho obliga a discutir el marco normativo-institucional y de políticas públicas globales y sectoriales, además del nivel institucional de los principales actores en el área de influencia, en función de elucidar sus estrategias de gestión que bien pueden ser democráticas, clientelares o de otro signo.

En los últimos años las demandas de participación democrática, de gestión ambiental participativa, de garantía y ejercicio de los derechos fundamentales han cobrado relevancia en función de un nuevo modelo político de Estado y de un nuevo modelo de desarrollo. Por ejemplo, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río-92), el principio 10 de la Declaración prescribe:

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

De lo expuesto se desprende que se debe garantizar a la ciudadanía el acceso a la información, a los procesos de toma de decisiones y a la justicia ambiental, en cuanto elementos indispensables que configuran el modelo básico para la construcción de una gestión participativa.

A partir de entonces el Estado ha impulsado cambios constitucionales y normativo-regulatorios (Constitución, leyes, reglamentos, ordenanzas, decretos ejecutivos, acuerdos ministeriales, etc.) respaldados por especificaciones e instrumentos técnicos que coadyuven a la participación de la sociedad civil en general, de las comunidades y pueblos indígenas, y que han abierto canales para la intervención ciudadana en la gestión pública, así como para la transferencia de competencias y funciones gubernamentales.

En Ecuador, se ha regulado la participación en la gestión ambiental con mayor énfasis, a partir de la creación de la Comisión Asesora Ambiental (1993), Ministerio del Ambiente (1996), Ley de Descentralización del Estado y Participación Social (1997), Estrategia Nacional Ambiental (2000), Ley de Gestión Ambiental (1999), cuyo Art. 28 prescribe que: “Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre sector público y privado”. El Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente (TULASMA), establece las políticas ambientales de carácter obligatorio, y en el (Art. 20, Título, Libro VI) los mecanismos de la participación ciudadana (2002), Acuerdo Ministerial 106 que establece los lineamientos para definir el sistema descentralizado de gestión ambiental (2006), Decreto Ejecutivo 1040 que estipula las formas de participación ciudadana en los procesos extractivos (2010).

La constatación de la normativa y del marco institucional no implica suficiencia de los mismos, y aún siendo deficitarios, cabe reconocer que una aplicación eficaz de la norma existente ayudaría enormemente a reducir los conflictos socioambientales. Por otra parte, hace falta visibilizar los conflictos en función de insertarlos a un tratamiento institucional, y lo que es fundamental, procede adecuar la normativa a los principios y normas constitucionales, pertinentes.

Consulta libre y previa informada de los pueblos en el marco constitucional

La Constitución de 1998 incorporó estos derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos en el Art. 84, numeral 5: “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 socioambientales que les causen”, el Art. 225: “El Estado impulsará mediante la descentralización y la desconcentración, el desarrollo armónico del país, el fortalecimiento de la participación ciudadana y de las entidades seccionales, la distribución de los ingresos públicos y de la riqueza”.

La Constitución de 2008 o primer Estatuto del país es integral y no responde a demandas gremiales o fragmentadas: de un sector localizado territorialmente (regionalismo), de un ámbito institucional particular (municipalismo), o de un grupo social específico (etnia) (Carrión, 2008: 41 en Dávila Paredes, 2010: 19). Desde esta perspectiva se entiende que la participación en la gestión de recursos naturales (petróleo, minería, agua), y en el control social de la gestión pública, debe tener asidero en un respaldo jurídico que la promueva de manera integral, y no como si fuera una concesión de alguna institución en particular. A partir de esta Constitución se configura el nuevo modelo político de Estado garantista, cuyo principal objetivo es la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, y conforme al contenido esencial del paradigma neo constitucional, los derechos fundamentales están por sobre la soberanía del Estado y cualquier tipo de derecho patrimonial.

Los derechos fundamentales no se refieren únicamente a que el Estado haga o deje de hacer algo para cumplirlos desde su sola ideología o modelo político, sino en el contexto del reconocimiento de otros mundos: el de los pueblos diversos, el de las sociedades multiculturales, el del respeto por las diferencias y la tolerancia, que son base esencial para precautelar los derechos humanos fundamentales y por ende los derechos colectivos –ambientales–, o los de los pueblos indígenas al territorio y autodeterminación, a la consulta libre, previa e informada, etc.

La Constitución prescribe derechos colectivos especiales para las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano, y pueblos montubios², lo que incluye el derecho a la consulta libre, previa e informada sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras³. La consulta es obligatoria y deberá ser realizada de manera oportuna por las autoridades competentes⁴. Las comunidades también tienen derecho a participar en el establecimiento y ejecución de programas estatales para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad⁵. Además, debido a que la Constitución exige que la consulta a la comunidad sobre temas ambientales cumpla con los instrumentos internacionales de derechos humanos⁶, las comunidades indígenas tienen derecho a protecciones adicionales garantizadas por los instrumentos legales internacionales⁷.

Además de estos requisitos, la Ley de los derechos colectivos de los pueblos negros o afroecuatorianos⁸ reconoce el derecho de dichas comunidades a participar en la utilización, administración y conservación de la biodiversidad y garantiza la promoción de prácticas afroecuatorianas tradicionales respecto a la gestión ambiental⁹. Estas comunidades deben ser consultadas sobre la prospección y explotación de recursos no renovables dentro de su territorio cuando dichas actividades puedan conllevar efectos culturales o ambientales¹⁰. El proceso de participación del Estado debe promover el respeto por las formas propias de organización e integración social de las comunidades afroecuatorianas¹¹.

2 CRE, Arts. 56-60.

3 CRE, Art. 57 (7).

4 CRE, Art. 57 (7).

5 CRE, Art. 57 (8).

6 CRE, Art. 398.

7 Como se explicó anteriormente, las protecciones garantizadas por el Derecho internacional están fuera del ámbito de este informe, pero deberían ser incluidas en las demandas individuales y comunitarias. Ver, por ejemplo, Convención 169 de la OIT, Art. 6.

8 Ley de los Derechos Colectivos de los Pueblos Negros o Afroecuatorianos, Ley 46/2009, publicada en el R.O. No. 275, 22 de mayo de 2006.

9 Art. 11, Ley de los Derechos Colectivos de los Pueblos Negros o Afroecuatorianos.

10 Ley de los Derechos Colectivos de los Pueblos Negros o Afroecuatorianos, Art. 15

11 Ley de los Derechos Colectivos de los Pueblos Negros o Afroecuatorianos, Art. 24

Por ejemplo, considerando que el artículo 90 de la Ley de Minería hace referencia al “proceso especial obligatorio” de las iniciativas de participación ciudadana respecto a estas comunidades¹², la Corte Constitucional del Ecuador (CC) ha declarado la insuficiencia del artículo 90 porque combina erróneamente los requisitos generales de consulta ambiental del artículo 398 de la Constitución con las protecciones ampliadas exigidas por el artículo 57(7)¹³. Como tal, la Corte articuló varios principios que deben aplicarse durante las consultas con comunidades protegidas hasta que la Asamblea Legislativa promulgue un procedimiento que sea concordante con la Constitución y el convenios internacionales ratificados por Ecuador¹⁴.

En base a fuentes de derecho internacional, la Corte determinó que la consulta debe, entre otras condiciones, realizarse de buena fe y constituir una negociación entre el Gobierno y las comunidades afectadas; llevarse a cabo antes de iniciar la actividad; públicamente y luego de haberse provisto información completa; y ser respetada, de manera que el incumplimiento de consultar apropiadamente anula el proceso y las medidas adoptadas¹⁵. La Corte enfatizó que la consulta es tanto un derecho colectivo sustantivo como procesal que debe otorgarse a las comunidades protegidas.

12 Ley de Minería Art. 90.

13 CC, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010, p.47-8.

14 CC, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010, p.52-55

15 CC, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010, p.53-55

Cuadro 4. Actores de los distintos mecanismos de participación social y consulta previa libre e informada

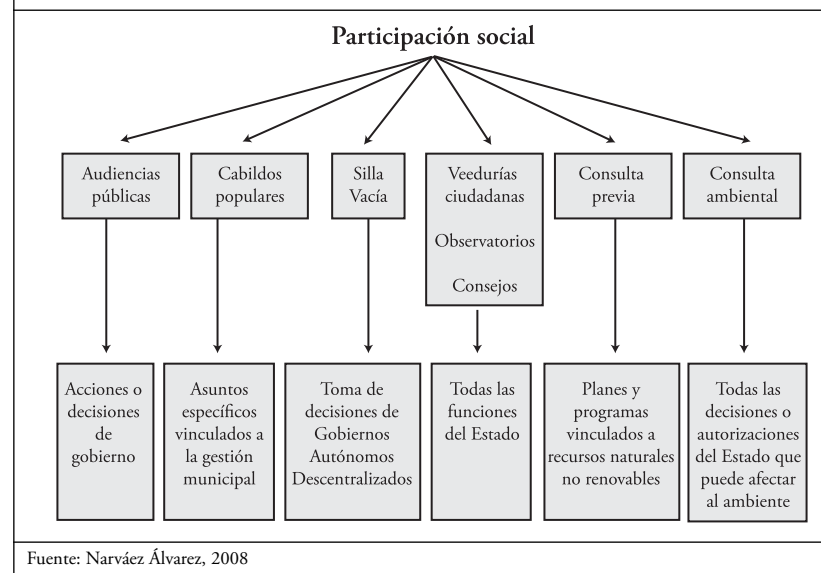
Mecanismos	Detalle				
	Iniciativa	Ámbito	Sujetos	Otros actores	Entidades vinculadas
Audiencias públicas	Oficial / Ciudadana	Decisiones o acciones de gobierno con trascendencia local / Propuestas o quejas sobre asuntos de interés público / problemas que afecten al interés colectivo	Ciudadanía en general / Organizaciones sociales	Entidad que va a tomar la decisión o la acción	Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana
Cabildos populares	Oficial	Asuntos específicos de la gestión municipal, con carácter meramente consultivo	Ciudadanía en general	Municipios	Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana / Asambleas Locales
Silla vacía	Oficial / Ciudadana	Temas de interés de la comunidad	Ciudadanía en general	Gobiernos autónomos descentralizados	Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana
Observatorios	Oficial / Ciudadana	Impulsar, evaluar, monitorear y vigilar el cumplimiento de las políticas públicas	Grupos de ciudadanos / Organizaciones ciudadanas	Instituciones públicas/ Gobiernos autónomos descentralizados	Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana / Consejos Ciudadanos Sectoriales / Consejos Locales de Planificación
Consejos consultivos	Oficial	Espacios y organismos de consulta de la gestión pública	Ciudadanía en general / organizaciones civiles	Instituciones públicas/ Gobiernos autónomos descentralizados	Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana / Consejo Nacional de Planificación / Asamblea Ciudadana

					Plurinacional e Intercultural para el Buen Vivir
Veedurías ciudadanas	Oficial / Ciudadana	Asuntos de interés públicos / control social	Ciudadanía en general, previamente calificada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social	Consejo de Participación Ciudadana y Control Social/ Instituciones públicas/ Gobiernos autónomos descentralizados	Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana
Consulta previa	Oficial / Ciudadana	Planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables en territorios de los sujetos de participación / Previa la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos	Comunas / comunidades / pueblos y nacionalidades indígenas/ pueblos afroecuatorianos/ montubios	Entes estatales que vayan a desarrollar los proyectos / Promotores del proyecto	Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana
Consulta ambiental	Oficial / Ciudadana	Decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente	Ciudadanía en general	Estado / Instituciones públicas/ Gobiernos autónomos descentralizados	Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana / Ministerio del Ambiente
Acción ciudadana	Ciudadana	Cuando se produzca la violación de un derecho o la amenaza de su afectación	Ciudadanía en general	Función Judicial / Corte Constitucional	
Consulta popular	Ciudadana: Nacional: 5% del Registro electoral nacional Local: 10%	Cualquier asunto	Ciudadanía en general	Ente estatal proponente / Gobiernos autónomos descentralizados	Consejo Nacional Electoral

	del Registro electoral nacional / Presidente de la República / Máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado				
Mecanismos del art. 8 del d. ej. 1040	Regulado por el ac. min. 112	Regulado por el ac. min. 112	Regulado por el ac. min. 112	Regulado por el ac. min. 112	Regulado por el ac. min. 112
Voluntariado de acción social	No regulado	No regulado	No regulado	No regulado	No regulado

Fuente: Narváez Álvarez, 2011

Diagrama 1. Mecanismos de participación social



Mecanismo de control social ambiental en el orden constitucional y en el orden normativo ordinario

Desde hace varios años y en múltiples escenarios se promueve el ejercicio de obligaciones y derechos de la ciudadanía, para evaluar la calidad y transparencia de la gestión gubernamental en los niveles central y seccional. Es un esfuerzo para que la gente se apropie de “lo público” y rompa la indiferencia a veces cómplice de lo peor que sucede en su entorno, y en la actualidad, para que la comunidad directa o indirectamente evalúe si las autoridades cumplen con sus funciones en el propósito de alcanzar los objetivos del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional. Desde su génesis el control social es un ejercicio democratizador que busca relacionar gobernantes y los gobernados, sea para lograr el bienestar humano, para vigilar la concreción de los derechos fundamentales (individuales, sociales y colectivos) mayormente incumplidos con los sectores menos atendidos por la administración pública. El control social en materia ambiental es la mejor manera de “apropiarse de lo público”, de lo que es de las actuales y futuras generaciones y en función de controlar y prevenir el deterioro de la naturaleza (Narváez, 2011).

A partir de la Constitución de 1998 en Ecuador se han profundizado esfuerzos para sistematizar y construir nuevas perspectivas teóricas y jurídico-políticas e institucionales acerca de la participación ciudadana, pero ya en la década de los años setenta se produjo un movimiento de reflexión sobre las relaciones Estado-comunidad. Esa reflexión tenía como eje común el análisis de escenarios en los que se imbricaban la “cultura de la pobreza” y la “cultura del desarrollo”. Bajo la idea genérica de “modernización” se pretendía articular los intereses sociales con los del Estado y viceversa, pero por los intereses que sobre el propio Estado tenían las clases dominantes, se frustraron las posibilidades del proyecto modernizador. A partir de entonces se ha venido planteando la necesidad de un nuevo modelo político de Estado garantista de derechos, que esté al servicio de la justicia y no al servicio del poder; que enfrente la ineficiencia de la gestión pública y la impunidad de los delitos provenientes de la corrupción; así es como el control social en materia ambiental, por ejemplo: se aspira que coadyuve a la consecución de los objetivos anteriores, contribuya al

aprovechamiento ecológicamente sostenible y equitativo de la diversidad biológica y de los recursos de la naturaleza en general; además a la preservación de los pueblos indígenas y sus culturas ancestrales.

Aproximación conceptual al control social

Como cualquiera otra, es una forma de participación organizada de la ciudadanía para monitorear el diseño, implementación y ejecución de las políticas públicas; evaluar sus resultados, exigir a los funcionarios públicos el cumplimiento responsable de sus funciones; y ejercer un acompañamiento preventivo de la gestión pública. En este sentido, no es ejercer un control “policíaco”, sino de incidencia positiva en los procesos de la administración pública o de los sectores privados que tengan relación con lo público.

La propia administración sostiene que el “control social” es una expresión de ciudadanía sustentada en motivaciones cívicas, éticas y responsables de las/os ciudadanas/os en búsqueda de la transparencia del poder público en la ejecución de obras, toma de decisiones, servicios, y otros que garanticen el buen vivir. Es el ejercicio del poder ciudadano con base en los derechos y responsabilidades prescritos constitucionalmente; para mediante herramientas, metodologías y estrategias vigilar, evaluar y redireccionar la gestión pública y el sistema democrático a partir de su interpretación y análisis, en procura de la transparencia y de la equidad social.

El ejercicio del Control Social se sustenta en la participación ciudadana, que fortalece la capacidad de la sociedad civil para intervenir en el Estado y su responsabilidad social en el ámbito de lo público. Se convierte en un impulsor de la rendición de cuentas de los poderes públicos. Mejora la calidad de las decisiones públicas y de los resultados. Contribuye a la gobernabilidad democrática al empoderar a la ciudadanía en el ejercicio directo de responsabilidades ciudadanas, logrando así una verdadera democratización de los poderes con acuerdos conjuntos fortaleciendo la co-responsabilidad social (Consejo de Participación Ciudadana, 2011).

- En la Administración Pública

La institucionalización del control social sobre la Administración Pública es aún incipiente, y existen nudos críticos que no le permiten desarrollarse: quiénes, con qué, cómo y sobre qué, habilitar el control social, sin comprometer su eficacia o poner en riesgo la dimensión ético-política del control social. Desde esta perspectiva, el reconocimiento y consagración del control social como un derecho da lugar a la legitimación institucional del principio de que ninguna institución pública debe ser sustraída del control social, y para efectos de institucionalizar el control social cabe tomar en cuenta las lecciones que se derivan de la práctica, entre otras:

- Determinación desde el propio Estado: de los sujetos que realizan el control social, sus atribuciones y ámbitos sobre los que se puede desplegar, genera condiciones y situaciones altamente problemáticas. Como contrapropuesta: mientras más abiertos sean los contenidos y objetos de control social, hay mayores probabilidades de que la ciudadanía misma pueda constituirse en sujeto directo de control sobre la Administración Pública.
- La institucionalización del control social: sea a través de formas orgánicas que hacen depender los recursos del control social, de la eficacia del propio control estatal: el control social se torna vulnerable, habida cuenta de que si el control estatal es débil, el control social también lo es. En la necesidad de romper ese posible círculo vicioso, o superar los diversos sesgos, corresponde poner énfasis en la identificación de las condiciones mínimas necesarias para habilitar a la ciudadanía a controlar *ex-post* y *ex-ante* a la Administración Pública, y a su vez, con la necesaria independencia del propio control estatal.
- Disponer de medios de acción indirectos e directos de control social: sobre la Administración Pública, y son los medios que dispone la propia sociedad, tales como: el poder de veto a través de la revocatoria de mandato y remoción de autoridades; impulsar acciones en defensa del interés general, vía administrativa u otras vías legales que paralelamente puedan obligar a las instancias judiciales a activar sus propios mecanismos de control; las audiencias públicas y la exposición pública de

los proyectos que se van a decidir. Una condición insoslayable es el reconocimiento jurídico del derecho a la información sobre los actos administrativos y sus razones, expresada en dos recursos: la exigencia de la rendición de cuentas, y, el derecho de libre acceso de los ciudadanos a la información pública. En el caso ecuatoriano existe normativa que garantiza ese derecho desde un buen tiempo atrás (Ley orgánica de Participación Ciudadana, el habeas data, etc.).

En base a lo expuesto se concluye que el Estado tiene obligación de respaldar el control social; y la sociedad el derecho de ejercerlo, aún a sabiendas de que el control social implica imponer restricciones a la Administración Pública, y ello supone entrar al “juego de poder” y generar conflictos. En consecuencia, impulsar la democratización del Estado por la vía del control social, constituye un desafío a largo plazo que demanda el empoderamiento político de la sociedad civil, conforme lo prevé el Estado constitucional de Derechos, en la Carta fundamental, y como una expresión de la subsunción del Estado en lo colectivo.

Enfoque jurídico y el sistema de control social

Las instituciones jurídicas ponen el acento en reglas, leyes, recriminación y pena; sus mejores ejemplos son la ley y la administración. Norma, proceso y sanción son tres componentes fundamentales de cualquier institución de control social formal, orientadas a asegurar la disciplina social afianzando las pautas de conducta que el poder reclama. La última autoridad del control social es el Estado con su poder coactivo, y un Estado constitucional de derechos ejerce su poder a través de la Constitución y la ley. En el Estado constitucional de derechos ecuatoriano rige el principio de constitucionalidad, es decir prima la Constitución garantista, normativa y rígida, y que además es ley de aplicación directa.

De las manifestaciones del control social la ley es la más formal y dramática, aunque muchas veces no resulta ser la más efectiva debido a su no acatamiento, inaplicabilidad de la misma y deficiencias de la maquinaria judicial para solucionar conflictos; etc. La ley como instrumento de con-

trol social tiene toda la fuerza; pero también toda la debilidad de la dependencia de la fuerza. Sería un error pensar que la ley por sí sola puede resolver todas las tareas de control social; pero sí puede funcionar apoyando los mecanismos de control social informal que dispone la propia sociedad civil.

El campo de acción del control social es sumamente amplio, y ello ha motivado división entre corrientes o tendencias para el empleo del vocablo y de aplicación; se habla entonces del control social como control de la desviación, también como conjunto de procesos de influencia y de presión. Si se considera al delito una manifestación de la conducta desviada, dicho fenómeno se da en un proceso social, donde se entrelazan las condiciones del crimen como fruto de un aprendizaje social; entonces se entiende que todo individuo puede actuar criminalmente si el potencial delictivo que posee no es frenado por sutiles vínculos sociales que lo conducen al orden. Por último, se comprende al delito como un subproducto del control social. Y por ello previamente se etiqueta y selecciona de manera discriminatoria a las conductas y a sus autores, ubicándolos en un "status criminal". Dada la amplitud del término, el control social se lo estudia dentro de los marcos de las diferentes ciencias.

Al margen de lo expresado, el Derecho juega un papel fundamental en la función integradora y sirve para disminuir los potenciales elementos de conflictos o para engrasar la maquinaria social. En consecuencia, mediante un sistema de reglas el sistema de interacción social puede funcionar sin romperse y evitando conflictos crónicos. En el campo ambiental, el Derecho no sólo tiene un poder coactivo, sino además persuasivo, educativo, y puede ser un factor de cambio socioambiental.

La dimensión jurídico-penal del control social

La teoría penal establece que el Derecho penal es un mecanismo de control social, requerido frente a la falla de otros, de ahí su definición como derecho de *última ratio*. Desde esta perspectiva cabe elucidar: ¿Qué se entiende por control social? En principio, es una forma de dominio social; desde la óptica de corte criminológico se lo entiende como el con-

junto de instancias y acciones públicas y privadas, genéricas y específicas, orientadas a la definición, detección, manejo y supresión de conductas calificadas como desviadas y previstas en la ley. También se asume que es un conjunto de mecanismos mediante los cuales la sociedad obtiene de sus miembros el acatamiento a los diversos niveles normativos vigentes.

Del tema se deriva la existencia de tres niveles normativos: ético, social y jurídico. El tercer nivel o normativo obliga observar el ordenamiento jurídico a través de marcos legales, institucionales, y las consecuentes sanciones para quienes se salen de los rangos de permisibilidad. El incumplimiento del orden legal implica un control social duro que prevé instrumentos de control formal: policía, tribunales, reclusorios, y el encarcelamiento como fase del proceso fiscalizador; y un control blando e informal que prevé varias alternativas, por ejemplo, control social a través de instituciones como familia, vecindad, escuela, organizaciones laborales, partidos políticos, iglesias, etc. El control social para su desarrollo y eficacia se basa en tres estrategias fundamentales y que están condicionadas a determinados momentos: socialización, prevención y represión.

El control social penal, por ejemplo, es un subsistema en el sistema total del control social. Su especificidad, derivada del objeto a que se refiere, no a toda conducta desviada, sino sólo al delito tipificado, así como sus fines, prevención, represión y a los medios que utiliza para ello: las penas, medidas de seguridad adoptadas con una rigurosa formalización y correspondientes a la legalidad. Lo propio sucede en el sector ambiental, tal cual consta en el Código Penal ecuatoriano respecto a los delitos ambientales.

El control social penal tiene limitaciones estructurales inherentes a su naturaleza y función preventiva y punitiva, y se sirve de un particular sistema normativo, que busca moldear conductas ambientales imponiendo al ciudadano mandatos y prohibiciones. No se trata de prohibir por prohibir, ni castigar por castigar, sino de hacer posible la convivencia, la paz social y la preservación de la naturaleza. No es posible un derecho penal ambiental desconectado de las demás instancias del control social, de ahí que el derecho penal ambiental y en general tiene sentido si se le considera dentro del conjunto de instituciones públicas y privadas, cuya tarea consiste igualmente en socializar determinadas pautas de comporta-

miento ambiental, social y educar para la convivencia pacífica de los individuos en un marco de relación de equilibrio entre los seres humanos y la naturaleza. Dentro de este complejo entramado de normas sociales y legales, la penal es la más vulnerable para mantener el sistema de valores, porque al margen del la dimensión preventiva que la caracteriza, al ser punitiva induce a sofisticar la comisión de la conducta desviada. En materia ambiental es evidente el sesgo, hasta el punto de que la Administración Pública establece mecanismos de protección ambiental, pero ella misma se encarga de vaciarlos de contenido ético, cuando la aplicación de aquellos mecanismos depende más de una decisión política, que de la disposición legal.

El Derecho penal ambiental protege bienes jurídicos a largo plazo cuando las personas convencidas de lo justo de esa protección, cooperan para ello. Su misión más importante es la reafirmación y el aseguramiento de las normas penales ambientales y en general fundamentales de la sociedad y la cultura jurídica; y si bien es cierto que la sociedad tiene derecho a defender sus intereses recurriendo a mecanismos punitivos, una misión del Derecho penal es limitar el poder represivo del Estado, bogando por las garantías mínimas de las personas y de la naturaleza y por la aplicación de los principios y de la proporcionalidad.

Mecanismos de control social ambiental: considerando la existencia de la Función de participación ciudadana y control social, conforme a la Constitución ecuatoriana de 2008

El sujeto social responsable de implementar el proceso de control social, en primera instancia y en términos generales es la propia sociedad. Pero están además, ONG, actores corporativos que ejercen influencia y control sobre el aparato estatal, en función de intereses privados antes que por la democratización del Estado; están las organizaciones sociales que disponen de poder e información para enfrentar a las instancias y/o instituciones públicas. Desde este enfoque, la condición para erigirse en actor del proceso de control social y ambiental radica en disponer de capacidades equivalentes a los poderes públicos para ejercer una acción de contraba-

lanceo sobre ellos, suscitando acciones colectivas que respalden sus propias acciones. En tal sentido, esta es la virtualidad de las organizaciones de la sociedad civil especializadas¹⁶ en monitorear las acciones de las instituciones estatales exigiéndoles rendición de cuentas, y en materia ambiental cada vez es más común por los riesgos que implica una defectuosa gestión ambiental pública o privada.

La importancia de este último tipo de organizaciones como sujetos del control social sobre la Administración Pública es destacada, tanto en la teoría como en la práctica. Sin embargo, circunscribir sólo a ellas el ejercicio del control social supondría la exclusión de actores individuales y, en general, de todos aquellos segmentos de la sociedad que a pesar de no disponer de capacidades organizativas, tienen intereses públicos que defender y predisposición para hacerlo. Por lo tanto, lo más probable es que en una primera aproximación, requiere abrirse la respuesta sobre cuáles son los sujetos del control social; más aún si se considera que no hay ninguna razón teórica ni práctica para que cualquier actor, sea individual o colectivo que actúe en función de intereses públicos, o susceptibles de ser defendidos como tales, no pueda exigir una rendición de cuentas de parte de la Administración Pública. En este sentido y en materia ambiental la Constitución lo establece como un derecho.

Así planteado el asunto, el control social incumbe a las organizaciones sociales, a los ciudadanos sean líderes directos o no, y por supuesto, a los medios de comunicación. Sin embargo, existen límites para actuar en función de intereses que puedan ser reconocidos como públicos. Dos problemas surgen de este tipo de casos: uno se refiere a la representatividad de los sujetos sociales; el otro, a su capacidad para hacer cumplir las demandas que surgen como resultado del ejercicio del control social sobre la Administración Pública. El primer problema es muy dependiente del tipo de diseño institucional que adopte el control social, sobre la gestión ambiental pública, específicamente. El segundo problema encarna una

¹⁶ Dadas estas circunstancias: unas se dedican a la dimensión humanitaria, exigiendo que los funcionarios públicos respeten los derechos y garantías básicas; otras se especializan en la dimensión política, ejerciendo supervisión sobre las elecciones, derechos políticos, etc., también existen aquellas que vigilan la jurisdicción y competencia de los diversos organismos estatales o gobiernos locales, y la conducta ética de funcionarios públicos con responsabilidades relevantes.

distinción analítica sobre las condiciones de eficacia del control social sobre dicha gestión ambiental y gestión pública en general.

En todo caso, estas y otras preocupaciones son evacuadas a partir del establecimiento de una normativa que regule el asunto, es decir, que establezca los términos en los cuales la sociedad ejerce el control social sobre la gestión de la Administración Pública en el área ambiental y en todos los sectores, y en las diferentes Funciones o Poderes del Estado. Para el efecto los términos son diversos: jurídicos, políticos, económicos y técnicos; que además responderán al sistema político en vigencia y a la arquitectura institucional diseñada para el ejercicio del poder. Cabe recordar que en el Estado constitucional de derechos, ecuatoriano, rige el cuarto Poder o Función de participación ciudadana y control social, y que por su trascendencia debe actuar en su real jerarquía de Función autónoma en igualdad de condiciones que las otras Funciones del Estado.

Mecanismos o instrumentos de control social sobre la Administración Pública

Son instrumentos por medio de los cuales los ciudadanos y ciudadanas individual o colectivamente, ejercen su derecho constitucional de participación y control social de la gestión que realiza la Administración Pública en sus diferentes niveles. Entre los mecanismos de control social más utilizados constan: veedurías; observatorios ciudadanos, y revocatoria del mandato.

- Las veedurías ciudadanas y en materia ambiental en particular

Son mecanismos de participación y control social de carácter temporal, mediante los cuales los ciudadanos y ciudadanas ejercen el derecho constitucional de controlar, de manera objetiva e imparcial, la administración y gestión de lo público. Su propósito es intervenir –a tiempo– en caso de encontrar irregularidades en el manejo de la gestión y administración de lo público, previniendo así actos de corrupción o ineficacia, por ejemplo. Estas pueden ser creadas para los distintos sectores de la gestión pública y

privada, y el sector ambiental es el que mayor interés ha generado a partir de la incidencia de los denominados problemas globales: contaminación, pérdida de la diversidad biológica, desertización, adelgazamiento de la capa de ozono, efecto invernadero, cambio climático, etc.

- ¿Quiénes ejercen las veedurías?

- Personas naturales y/o representantes de organizaciones, a nivel individual o colectivamente; quienes prevalecidas por sus derechos constitucionales, desarrollan actividades específicas de vigilancia y control social de actividades públicas concretas, y de una manera cívica y voluntaria.
- La actividad de las veedurías es independiente, tanto de las instituciones públicas como de las influencias político partidistas o de intereses particulares.

- ¿Sobre qué se puede ejercer el control social a través de las veedurías?

- Entidades del sector público en todos los niveles de Gobierno.
- Todo el ciclo de las políticas públicas (obviamente de las ambientales)
- Planes, proyectos, programas, procesos, obras y servicios públicos.
- Actuaciones de las y los servidores públicos en general.
- Procesos de selección o designación de autoridades públicas.
- Personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios públicos, manejen recursos públicos o desarrollen actividades de interés público (Consejo de Participación Ciudadana, 2011).

1	Solicitar información o documentos necesarios para el desempeño de su actividad a cualquier funcionario público o persona natural o jurídica que tuviera vinculación con el objeto de la veeduría, así como, a interventores, autoridades contratantes y a aquellas personas que tuvieran alguna vinculación con el cumplimiento de los respectivos programas, contratos o proyectos.
2	Ejercer su función en todas las entidades públicas de cualquier nivel o sector de la administración y sobre particulares que tengan vínculo con el sector público en la ejecución de un plan, programa, proyecto o contrato de prestación de un servicio público.
3	Vigilar los procesos de planeación, presupuesto y ejecución del gasto público, conocer los planes, proyectos, programas, contratos, recursos presupuestarios asignados, metas fiscales y financieras, procedimientos técnicos y administrativos y los cronogramas de ejecución previstos para los mismos desde el momento de su iniciación.
4	Vigilar que los procesos de contratación se realicen de acuerdo con las normas legales vigentes.
5	Evaluar las obras físicas y los servicios públicos en los impactos o afectación a la calidad de vida.
6	Conocer los procesos que corresponda antes, durante y después de la ordenación de gastos en el programa, proyecto o contrato objeto de control.
7	Aportar con sus conocimientos, experiencias y criterios para el correcto desarrollo del proceso, plan, programa, etc. objeto de la veeduría.
8	Realizar el acompañamiento, seguimiento y vigilancia del proceso, proyecto, programa, política antes durante y después.
9	Vigilar que los procesos de selección, concursos públicos de oposición y méritos, contratación, designación de autoridades, conformación de comisiones ciudadanas de selección, evaluación, etc., se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes.
10	Informar ante el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, las actuaciones, hechos y omisiones de los servidores públicos y de los participantes que ejerzan funciones públicas, que configuren posibles delitos, contravenciones, irregularidades o faltas en materia de contratación estatal y en general en el ejercicio de funciones administrativas o en prestación de servicios públicos.

Fuente: Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, 2010

• Un observatorio ciudadano

Es un espacio autónomo, técnico, intersectorial e interdisciplinario de carácter permanente conformado por grupos de ciudadanos/as u organizaciones con el objetivo de elaborar diagnósticos, informes o reportes, monitorear, evaluar e incidir en determinadas políticas o procesos a través de fuentes e instrumentos propios y externos en beneficio de los ciudadanos (Cabe insistir, conforme al interés de este trabajo: la variable ambiental es transversal).

• ¿Quiénes conforman un observatorio?

Personas naturales y organizaciones que se agrupan en un espacio autónomo con el fin de monitorear, evaluar e incidir en determinadas políticas o procesos, las cuales pueden variar en su naturaleza de forma permanente (Insistimos, actualmente la materia socioambiental ha tomado inusitada importancia, tanto en el sector extractivo, cuanto a nivel de gestión de desechos y prestación de servicios a nivel municipal).

• Objeto de los observatorios

- Políticas, procesos, proyectos, planes impulsados por entes públicos.
- Proceso, proyecto o actividad dirigido y realizado por un ente privado (puede ser el caso de los observatorios de medios).

1	Elaborar diagnósticos que identifiquen, con puntualidad los principales problemas y retos de algún tema de interés público como punto de partida.
2	Redacción de informes y reportes al respecto y la difusión de los resultados obtenidos.
3	Evaluar y dar seguimiento a los indicadores construidos con los sectores de la sociedad civil organizada.
4	Elaborar y difundir los resultados entre los miembros de la comunidad de manera directa y a través de los medios de comunicación.
5	Medir de qué manera las políticas que se implementan influyen o no en el problema inicial, y si se han generado cambios.
6	Definir estrategias de intervención a nivel local y regional por parte de las administraciones locales y departamentales.
7	Definir mecanismos técnicos que permitan transparentar y fortalecer la actividad de la gestión pública.

Fuente: Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, 2010

Es decir, los observatorios de lo social se avocan a fenómenos sociales sin distinguir necesariamente si tienen su origen en entes públicos o privados.

• La revocatoria del mandato

La revocatoria del mandato o plebiscito revocatorio constituye un procedimiento a través del cual los electores pueden destituir a un cargo de elección con anterioridad a la expiración del período por la cual fue elegido. Puede darse en las áreas que dependan de una elección por mayoría en el sector público, el sector privado o el sector voluntario.

En el caso de revocatoria del mandato la autoridad cuestionada será cesada de su cargo y será remplazada por quien corresponda de acuerdo con la Constitución. La revocatoria del mandato se fundamenta en los principios de *rendición de cuentas* y representatividad, puesto que el electorado en ejercicio de su soberanía, otorga a sus representantes un mandato para que ejerza un poder.

Causas idóneas para que el electorado pueda solicitar la convocatoria de una consulta revocatoria son: voto pragmático, actos de corrupción, violación de los derechos humanos, pérdida de legitimidad, democracia directa, votación, referéndum (CPCCS, 2010). Pero se puede fundamentar que ello puede suceder en cualquier área de la administración, y es en la socio ambiental precisamente donde la ciudadanía demanda mayor participación y quiere ejercer su función controladora, como una forma de empoderamiento de lo público, de lo que es de todos, de las actuales y futuras generaciones.

El marco normativo constitucional y la Función de transparencia y control social (4to. poder del Estado)

El Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacionales un innovado modelo político de Estado, en el cual la garantía de los derechos sociales es la base de la gestión pública; y conforme al Art. 11, numeral 6: “Todos los principios y los derechos son inalienables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”, de lo cual se deduce que la “participación ciudadana y el control social ” son derechos que tienen el carácter, sentido e igual jerarquía que los derechos fundamentales.

A partir de la cita anterior cabe argumentar que el cambio histórico del paradigma político-jurídico (en clave neoconstitucional y en clave del

constitucionalismo originario indígena impregnado en el ordenamiento de usos y costumbres), es producto de un proceso de construcción de identidades colectivas, de actores sociales que han pasado a ser protagonistas en la toma de decisiones públicas trascendentes para el país. Estos cambios y transformaciones se expresan tanto en la caracterización de la parte dogmática de la Constitución y que hacen referencia a los principios y derechos, cuanto en la orgánica, que define las estructuras (marco institucional) del proceso decisional. El protagonismo social está otorgado por la fuerza normativa constitucional que legitima el sistema político del Estado plurinacional, y establece los parámetros por los cuales funciona el poder social.

La Constitución de Montecristi al definir su dimensión proyectiva acerca de la realidad social sobre la cual despliega su diseño institucional, presenta una ampliación cuantitativa de derechos, en esta se reconoce la expresión de nuevos actores emergentes, que resultan en mucho del deterioro social producido por las crisis económicas que ha presenciado el país en las últimas dos décadas. La Constitución desarrolla importantes mecanismos de exigibilidad y de garantías que no estaban suficientemente precisados en la Constitución de 1998 (Echeverría, 2009).

Cuadro 7. El 4to. Poder del Estado (Función de transparencia y control social) en la CRE	
Art. 204	<p>El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.</p> <p>La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.</p> <p>La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.</p>
Art. 206	<p>(...) Serán atribuciones y deberes de la instancia de coordinación, además de los que establece la ley:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Formular políticas públicas de transparencia, control, rendición de cuentas, promoción de la participación ciudadana y prevención y lucha contra la corrupción. 2. Coordinar el plan de acción de las entidades de la Función, sin afectar su autonomía.

	<p>3. Articular la formulación del plan nacional de lucha contra la corrupción.</p> <p>4. Presentar a la Asamblea Nacional propuestas de reformas legales en el ámbito de sus competencias.</p> <p>5. Informar anualmente a la Asamblea Nacional de las actividades relativas al cumplimiento de sus funciones, o cuando ésta lo requiera.</p>
Art. 207	<p><i>Consejo de Participación Ciudadana y Control Social</i></p> <p>El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley. La estructura del Consejo será descentralizada y responderá al cumplimiento de sus funciones (...).</p>
Art. 211	<p><i>Contraloría General del Estado</i></p> <p>La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos</p>
Art. 212	<p>Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:</p> <p>Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.</p> <p>2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.</p> <p>3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.</p>
Art. 213	<p>4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.</p> <p><i>Superintendencias</i></p> <p>Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.</p> <p>Las superintendencias o los superintendentes serán nombrados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna que enviará la Presidenta o Presidente de la República, conformada con criterios de especialidad y méritos y sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana.</p>
Art. 214	<p><i>Defensoría del Pueblo</i></p> <p>La Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será descentralizada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior.</p>
Art. 215	<p>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:</p> <p>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</p>

	<p>reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.</p> <p>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.</p> <p>3. Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.</p> <p>4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato</p>
Fuente: CRE, 2008	

La interpretación constitucional y los derechos para el control social de la gestión pública

Para desarrollar el tópico control social desde la perspectiva jurídico-institucional y de políticas públicas en Ecuador, cabe plantearse preguntas como las siguientes: ¿Si las normas constitucionales están redactadas, en su mayor parte, en forma de principios, ello implica que impone ciertas peculiaridades al momento de ser interpretadas? ¿Si algunos de tales principios constitucionales entran en conflicto o tensión con otros, el intérprete tendrá que llevar a cabo una operación ponderativa, aplicando criterios hermenéuticos como el de proporcionalidad para poder ser capaz de superar tales contradicciones o tensiones?

Hasta aquí, las dificultades que pueden arrojar las complejidades jurídicas de la interpretación constitucional aparecen como irrelevantes cuando se enfrenta a la dimensión política de la interpretación constitucional. Y esta dimensión se expresa igualmente en los dos grandes objetivos de regulación de las constituciones: los derechos fundamentales y la división de poderes. En materia de derechos fundamentales las dificultades políticas se centran en dos aspectos:

- La puesta en práctica de los derechos sociales exige que la interpretación constitucional se materialice en distintas políticas públicas sustantivas que hagan realidad los derechos sociales, y;
- El reconocimiento de los derechos de grupos vulnerables, históricamente discriminados o ignorados por el ordenamiento jurídico, se proyecta al quehacer cotidiano del legislador. Y en materia social no es posible obviar que las políticas públicas derivadas de las prescripciones

constitucionales exigen la toma de decisiones políticas relevantes, como las presupuestarias, por ejemplo¹⁷.

Lo de fondo en este acápite radica en no subordinar la concreción de los derechos sociales a la disponibilidad de recursos económicos. Toda vez que todos los derechos cuestan, el ejercicio de los derechos a la libertad para tener relevancia práctica requieren de acciones positivas del Estado y que generalmente implican erogaciones económicas, a la vez que conllevan obligaciones de no hacer y obligaciones de hacer por parte del aparato público, es decir, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales públicas. Lo propio sucede con los derechos sociales que generan obligaciones de abstención o de realización y que requieren generalmente de acciones prestacionales.

En el caso de los derechos sociales que entrañan libertades, como el derecho a organizarse y que frente a las autoridades generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto (además de obligaciones de tutela, como en el caso de todos los derechos), también requieren de erogaciones económicas. Por lo que se puede apreciar, no hay derechos gratuitos, baratos o caros, todos los derechos demandan un costo y una estructura estatal que los proteja de posibles violaciones por parte de terceros, o del propio Estado. Los derechos a la participación y control social ejercidos para efecto de observar la conducta de la administración pública en materia ambiental, no son la excepción.

Respecto al reconocimiento de derechos a grupos en situación de mayor vulnerabilidad o históricamente discriminados, en igual forma, no cabe negar la trascendencia política de la interpretación constitucional, de aquí se desprenden preguntas como las siguientes: ¿La abstención por parte de los poderes públicos para que una discriminación históricamen-

¹⁷ Cuando se trata de recursos económicos surgen preguntas como la siguiente: ¿Cómo fijar, políticamente, los criterios de distribución del gasto público en un contexto de restricción presupuestaria —de carencia—, en el que las demandas socioeconómicas son mayores que las posibilidades de satisfacerlas? ¿Cuáles son los vínculos de las prescripciones constitucionales que obligan a los legisladores a reconocer derechos sociales? ¿De qué manera se puede combatir su inobservancia? Y nuevamente aparece aquí, la necesidad y posibilidad del control social sobre la acción de la administración pública; de lo público en general.

te comprobada deje de existir, es suficiente? ¿Qué deben hacer: positiva o activamente los poderes públicos para terminar con la discriminación, conforme a las prescripciones constitucionales?

Y respecto a los derechos de participación ciudadana y de control social, también sucede lo mismo: ¿Qué debe hacer el Estado para incentivar la concreción de tales derechos?

En todos estos casos surgen agudos problemas políticos que tienen lugar debido a la interpretación constitucional que demandan, entonces: ¿Cómo, por qué, y para qué, ejecutar acciones de control social de la gestión pública, en las diferentes funciones del Estado, y en relación a los temas antes señalados y ambientales en particular?

Seguro que abundan respuestas y será diverso el alcance de las soluciones puestas en práctica. Si el objetivo es alcanzar la “igualdad sustancial” o “igualdad real” y el equilibrio ecológico conforme a las prescripciones constitucionales, lograrlos únicamente con medidas de acción afirmativas es difícil y ello también ha generado un debate relacionado a la interpretación constitucional. Al margen de lo dicho, el debate de fondo gira en torno a cuál es el papel del Derecho en las sociedades contemporáneas; y sobre el asunto la pregunta recurrente que se han planteado los especialistas es la siguiente: ¿El Derecho debe servir para lograr la convivencia pacífica de una comunidad o puede ser utilizado también para moldear esa misma comunidad según los ideales de justicia que se asuma?

La respuesta es sí, y puede actuar como dispositivo del cambio social en función de avanzar a hacia la “igualdad sustancial”, en consecuencia, el control social legalmente establecido es una alternativa que encaja dentro de la racionalidad jurídica. En función de profundizar el tema, a las preguntas anteriores se puede sumar otras, por ejemplo: ¿El control social es un asunto que incumbe sólo a lo público, a lo público en general? ¿El involucramiento ciudadano en la gestión pública puede ser considerado como una forma de control social, o es que el control social sólo puede ser ejercitado desde fuera de la Administración? ¿Es indispensable que la ciudadanía se constituya en sujeto de sanciones para ser habilitada como sujeto de control de la Administración Pública? ¿Para el ejercicio del control social es indiferente donde éste se radique, o es preciso tener en cuenta la heterogeneidad de los productos de la Administración Pública y la

naturaleza de las organizaciones que la componen? ¿Es indiferente dónde se radique el control social o es preciso tener en cuenta la heterogeneidad de los productos de la Administración Pública y la naturaleza de las organizaciones que la componen?

Preguntas como las planteadas reflejan importantes dilemas político-jurídicos que envuelven el ejercicio del control social; y las respuestas que devienen no sólo incumben a cuestiones generales, como la tensión que puede provocarse entre el sistema democrático y la eficiencia de la Administración Pública, sino que pueden afectar a la propia eficacia del control social y a su legitimidad democrática; incluso pueden alterar los balances de poder y las capacidades de fiscalización de los actores políticos pertinentes. En todo caso y por lo expuesto, para guiar el análisis se propone la siguiente hipótesis:

No es necesario crear formas de control social, considerando que bajo la vía política electoral la ciudadanía dispone de medios de control con efecto mandatorio y respaldo legal. El derecho a vetar tanto a funcionarios electos como a autoridades designadas, son instrumentos consagrados constitucionalmente para asegurar la prevalencia de los intereses colectivos y los recursos administrativos. Si a ello se adhiere una institucionalidad contralora y judicial fuerte, independiente y eficaz, este se constituye en el mecanismo idóneo de control social, pero además, en base a las sanciones legales que la institucionalidad contralora y judicial fuerte e independiente imponga a los responsables de las irregularidades cometidas en el ejercicio de la administración pública; en tales condiciones se tornan eficaces las sanciones simbólicas desplegadas por el control social ciudadano.

Una primera respuesta ya ha sido vista a través de las consideraciones precedentes. Si el control social debe versar sobre las acciones y decisiones no sólo pasadas, sino, también, futuras de la Administración Pública, tiene que ejercerse en aquellos puntos donde se configuran las decisiones y políticas públicas, al igual que donde se producen los bienes y servicios públicos. Sin embargo, la respuesta es más compleja si se toman en cuenta realidades como las siguientes:

Una realidad se refiere a la autonomía que disponen *actualmente* los administradores como resultado de las reformas del sector público. De he-

cho, el núcleo administrativo del Estado, conformado básicamente por los ministerios, no constituye el único espacio donde se adoptan decisiones estratégicas. También es un espacio privilegiado la propia administración prestacional; es decir, la de los servicios públicos; y las redes de instituciones que por otro lado invisibilizan la responsabilidad individual (Cunill Grau, 2010). En consecuencia es clave saber dónde localizar el control social.

El control social también implica el fortalecimiento del control ejercido por los entes públicos reguladores, respecto a servicios públicos bajo la responsabilidad de entes privados (servicios de agua potable, de energía eléctrica, de telefonía, etc. Como en los casos de Guayaquil, Cuenca y Quito), desde esta perspectiva el control social cruza una frontera que le estaba vedada a la sociedad civil, pero que por ser tal, tiene fuerza moral para presionar al ente público la ejecución de control de los servicios vía regulación fuerte. Así surge una demanda de control social asociada a las nuevas instancias reguladoras. Sin embargo, la satisfacción de esta demanda tampoco está exenta de dificultades, por ejemplo: un problema destacado tiene que ver con la participación de los usuarios en los organismos de control de los servicios públicos de gestión privada, y es la contradicción que existe entre las funciones de juez (administrativo) y de defensa de los derechos de los usuarios que poseen los organismos de control, por este hecho no es compatible ser una instancia de “mediación” o control y, a la vez, de protección de los intereses de una de las partes.

Desde esta perspectiva, la representación de los usuarios en los entes reguladores consagraría un virtual desequilibrio. La representación social en los directorios no tiene, sin embargo, los mismos efectos ni sentidos que el control social, en la medida en que es minoría, su dimensión política es disminuida y sólo sirve para legitimar el poder real.

Lo cierto es que, sea ejercido o no a través de los entes reguladores, el control social requiere también ser desplegado sobre los servicios públicos privatizados. Una demanda similar existe ahora sobre las organizaciones mercantiles y ONG, que proveen bienes o servicios con financiamiento público (Cunill Grau, 2010: 10). En el caso ecuatoriano y de Quito en particular, es el que prestaba la Fundación NATURA en el tratamiento de los desechos de la ciudad, vía contrato con el Municipio del DMQ, y que fue objeto de observaciones por parte de la propia institución municipal

y de la ciudadanía que demanda una renovación de la institucionalidad de control ambiental, que incluya expresamente la Contraloría Social.

La conclusión final es una pregunta: ¿Las prácticas de control social contribuyen al fortalecimiento de la gestión de la Administración Pública, y a su vez, al fortalecimiento y eficiencia del sistema político erigido sobre la base del nuevo paradigma jurídico-político neoconstitucional, y del nuevo modelo político de Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional?

Legislación ordinaria y participación social

Ley de Participación Ciudadana y Control Social

Es la primera ley que sobre la materia se promulga en el país, y prevé la participación ciudadana conforme a las prescripciones constitucionales y ciertas propuestas de la ciudadanía. A partir de la eficacia de este instrumento normativo las autoridades y administración pública en general no podrán excluir del control de su gestión, a la ciudadanía.

Esta ley es producto de un proceso de lucha social, de las experiencias de la gente y de sus propuestas, en términos amplios recoge las disposiciones que constan en aproximadamente ochenta artículos de la Constitución. La ley contiene los principios generales, los mecanismos de democracia directa, del poder ciudadano, de las organizaciones sociales, de la acción y participación ciudadana en las diferentes funciones del Estado y diferentes niveles de Gobierno, por ejemplo, para la elaboración del presupuesto participativo. Es una herramienta indispensable para profundizar la democracia en Ecuador, y propiciar un acompañamiento razonable de la sociedad en la gestión pública, y como un mecanismo de empoderamiento de lo público por parte de la comunidad.

Cuadro 8. Mecanismos de participación directa	
La iniciativa popular normativa	Es la facultad de proponer la creación, reforma o derogación de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otra institución u organismo normativo
Reforma constitucional por iniciativa popular	La ciudadanía puede presentar iniciativas de reformas a la Constitución siempre y cuando no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución.
Los mecanismos y procedimiento de reforma constitucional por iniciativa popular son:	
Enmienda Constitucional	La ciudadanía, con el respaldo de al menos el ocho por ciento (8%) de las personas inscritas en el registro electoral nacional, puede proponer la enmienda de uno o varios artículos mediante referéndum.
Reforma constitucional parcial por iniciativa popular	La ciudadanía podrá presentar ante la Asamblea Nacional propuestas de reforma parcial, deberá contar con el respaldo de, al menos, el uno por ciento (1%) de las ciudadanas y los ciudadanos inscritos en el registro electoral nacional, el procedimiento será aquel señalado en la Constitución.
Participación de los promotores en el debate parlamentario	Las ciudadanas o los ciudadanos que propongan la reforma Constitucional tendrán derecho a su participación activa directa o mediante representantes en el debate del proyecto, tanto en las sesiones de las comisiones como en el pleno de la Asamblea Nacional.
Consulta popular	La ciudadanía puede solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto, pero ésta no podrá referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, salvo lo dispuesto en la Constitución. Se requiere dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas
Sobre las organizaciones sociales	
Con esta ley, se busca que el Estado, en todos su niveles de gobierno y funciones, promueva y desarrolle políticas, programas y proyectos con el apoyo de las organizaciones sociales, dirigidos a incentivar la producción y a favorecer la redistribución de los medios de producción; así mismo todos los niveles de gobierno y funciones del Estado prestarán apoyo, capacitación técnica y facilitarán su reconocimiento y legalización.	
Formación ciudadana y difusión de los derechos y deberes	
Las funciones y entidades del Estado y, en particular, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverán procesos de formación ciudadana y campañas de difusión sobre el ejercicio de los derechos y deberes a través de: Campañas informativas en medios de comunicación masiva y alternativos; Inclusión de los contenidos de la Constitución en las mallas curriculares del sistema educativo, en todos sus niveles; Formación de redes de educación popular mediante talleres y cursos, en castellano, kichwa y shuar, y en los demás idiomas ancestrales de uso oficial para los demás pueblos indígenas en las zonas donde habitan; Difusión de la memoria histórica, las tradiciones nacionales y locales, así como, de los conocimientos y prácticas ancestrales vinculadas a las formas de organización comunitaria de los pueblos y nacionalidades Los medios de comunicación también cumplirán un rol importante al apoyar con espacios necesarios para elaborar y difundir programas dirigidos a la formación de la ciudadanía en temas relacionados a: derechos, deberes, el buen vivir y las formas de participación ciudadana y control social.	

La acción ciudadana
La posibilidad de que las personas puedan recurrir a cualquier acción legal como parte procesal cuando se ha violentado un derecho.
La participación a nivel nacional y dentro de la planificación en todos los niveles de gobierno

Cuadro 9. Características de los presupuestos participativos
<ul style="list-style-type: none"> • Abiertos a las organizaciones sociales y ciudadanía que deseen participar; suponen un debate público sobre el uso de los recursos del Estado; • Otorgan poder de decisión a la ciudadanía para definir la orientación de las inversiones públicas. • Se implementarán de manera inmediata en los gobiernos regionales, provinciales, municipales, los regímenes especiales y, progresivamente, en el nivel nacional. • El debate del presupuesto se llevará a cabo en el marco de los lineamientos del Plan de Desarrollo elaborado por el Consejo Local de Planificación del nivel territorial correspondiente y, a la planificación nacional.
Procedimiento para el presupuesto participativo
La autoridad competente iniciará el proceso de deliberación pública para la formulación de los presupuestos con anterioridad a la elaboración del proyecto. La discusión y aprobación de los presupuestos participativos serán temáticas, se realizarán con la ciudadanía y las organizaciones sociales que deseen participar, y con las delegadas y delegados de las unidades básicas de participación, comunidades, comunas, recintos, barrios, parroquias urbanas y rurales, en los gobiernos autónomos descentralizados
Mecanismos de participación ciudadana
Entre otros tenemos audiencias públicas, cabildos populares, silla vacía, veedurías, observatorios, consejos consultivos y consulta previa. Silla vacía. — Se le da la facultad de voz y voto, la persona es designada en asambleas locales, cabildos populares o audiencias públicas, quien se acreditará ante la secretaria del cuerpo colegiado. Su participación en la sesión se sujetará a la ley, ordenanzas y reglamentos de los gobiernos autónomos descentralizados. En el caso de que las personas acreditadas representen posturas diferentes, se establecerá un mecanismo para consensuar su voto. No obstante, si no se lograra llegar a consenso alguno, en el tiempo determinado en la sesión, solo serán escuchadas sin voto.
Consulta previa libre e informada
Es aquella que se realiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, previa a la ejecución de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos, de manera oportuna y obligatoria.
Consulta ambiental a la comunidad
Es la consulta amplia y oportuna que se hace a la comunidad por una decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente.
Valoración de estas consultas
En el caso de que exista una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente argumentada y motivada por la instancia superior correspondiente, en el caso de decidir la ejecución, deberá establecer parámetros que minimicen el impacto sobre las comunidades y los ecosistemas, además, prever métodos de mitigación, compensación y reparación de daños.

Control Social
Veedurías ciudadanas. — Son modalidades de control social de la gestión de lo público y de seguimiento de las actividades de dignidades electas. Su actividad de control se ejercerá sobre aquellos asuntos de interés público que afecten a la colectividad. Igualmente, vigilarán y controlarán cualquier institución pública, privada o social que maneje recursos públicos, en el marco de lo que disponen la Constitución y las leyes.
Rendición de cuentas
La ciudadanía, individual o colectivamente, podrá solicitar en cualquier momento la rendición de cuentas a las instituciones públicas o privadas que presten servicios públicos, manejen recursos públicos o desarrollen actividades de interés público, en el marco de lo que disponen la Constitución y las leyes. La rendición de cuentas debe ser concebida como un proceso sistemático, deliberado, interactivo y universal, que involucra a autoridades, funcionarias y funcionarios que estén obligadas/os a informar y someterse a evaluación de la ciudadanía por las acciones u omisiones en el ejercicio de su gestión y en la administración de recursos públicos. Sujetos a la Rendición de Cuentas: Las autoridades del Estado electas o de libre remoción, representantes legales de las empresas públicas o personas jurídicas del sector privado que manejen fondos públicos o desarrollen actividades de interés público están obligados a rendir cuentas, sin perjuicio de las responsabilidades que tienen las /los servidores públicos sobre sus actos y omisiones. Objetivos de la Rendición de Cuentas: Garantizar a los mandantes el acceso a la información de manera periódica y permanente con respecto a la gestión pública; facilitar el ejercicio del derecho a ejecutar el control social de las acciones u omisiones de las/ los gobernantes, funcionarias y funcionarios o de quienes manejen fondos públicos; vigilar el cumplimiento de las políticas públicas; y, prevenir y evitar la corrupción y el mal gobierno.
Libre acceso a la información pública
Es el derecho ciudadano al libre acceso a la información pública, constituye un instrumento fundamental para ejercer la participación ciudadana y el control social. El Estado garantizará a las ciudadanas y los ciudadanos, individual o colectivamente organizados, el derecho al libre acceso a la información pública.
Democracia electrónica
Todos los gobiernos autónomos descentralizados expedirán políticas específicas y mecanismos concretos para la utilización de los medios electrónicos e informáticos en los procesos de información, consulta, constitución de grupos, foros de discusión y diálogos interactivos.
Fuente: Ley de Participación Ciudadana y Control Social

*Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública
(R. O. suplemento 337 del 18 de mayo del 2004)*

El objeto de la ley consta en el Art. 2, que norma el ejercicio del derecho fundamental de las personas a la información conforme a las garantías consagradas en la Constitución de la República, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Interamericana sobre Derechos

Humanos y demás instrumentos internacionales vigentes, de los cuales Ecuador es signatario.

Cuadro 10. Objetivos específicos	
a)	Cumplir lo dispuesto en la Constitución Política de la República referente a la publicidad, transparencia y rendición de cuentas al que están sometidas todas las instituciones del Estado que conforman el sector público, dignatarios, autoridades y funcionarios públicos, incluidos los entes señalados en el artículo anterior, las personas jurídicas de derecho privado que realicen obras, servicios, etc., con asignaciones públicas. Para el efecto, adoptarán las medidas que garanticen y promuevan la organización, clasificación y manejo de la información que den cuenta de la gestión pública:
b)	El cumplimiento de las convenciones internacionales que sobre la materia ha suscrito legalmente nuestro país: <ul style="list-style-type: none"> • Permitir la fiscalización de la administración pública y de los recursos públicos, efectivizándose un verdadero control social; • Garantizar la protección de la información personal en poder del sector público y/o privado; • La democratización de la sociedad ecuatoriana y la plena vigencia del estado de derecho, a través de un genuino y legítimo acceso a la información pública; y, • Facilitar la efectiva participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y su fiscalización.
Fuente: Ley de Participación Ciudadana y Control Social	

El ámbito de aplicación de la Ley son los organismos y entidades que conforman el sector público, y que se rigen a los principios contenidos en ella, tales como: la información pública pertenece a los ciudadanos; el acceso a la información será gratuito; el ejercicio de la función pública está sometido al principio de apertura y publicidad de sus actuaciones; participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y la rendición de cuentas de las diferentes autoridades que ejerzan el poder público.

El Art. 24 establece las sanciones a funcionarios y/o empleados públicos y privados; en forma explícita prevé que los funcionarios de las entidades de la administración pública y demás entes señalados en el artículo 1, que incurrieren en actos u omisiones de denegación ilegítima de acceso a la información pública: información que ha sido negada total o parcialmente (...) serán sancionados, según la gravedad de la falta, y sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar (...). En función de su mejor aplicación la Ley dispone del reglamento correspondiente dictado mediante D.E. del 25 de mayo de 2005.

El rol del Estado y la sociedad civil en el control social: alcances y límites

Si la Administración Pública no observa el Orden constitucional y la legislación ordinaria sobre la materia, o si no reacciona positivamente frente al ejercicio del control social; la situación se torna compleja, porque las sanciones que puede imponer la sociedad son únicamente de carácter simbólico y no tienen efectos mandatorios. En tales condiciones su cumplimiento depende de la presión generada por la movilización social, protestas colectivas o por el escándalo con alta resonancia política; pero estas acciones están condicionadas por la disposición de recursos organizacionales y económicos, y que casi siempre son limitados cuando intervienen sectores pobres.

Una posibilidad para lograr la sanción es el involucramiento de los medios de comunicación –generalmente neutralizados debido a sus intereses comerciales–. Pero además de los mecanismos señalados, la comunidad requiere de recursos coercitivos respaldados legalmente como elementos coadyuvantes para la eficacia de las sanciones simbólicas. Esto es evidente, por ejemplo: cuando se trata de hechos socioambientales negativos sometidos al escrutinio público, como en el caso de la deficiente gestión ambiental en la Amazonía por parte del sector extractivo, o la deficitaria recolección y tratamiento de los desechos orgánicos o tóxicos peligros en las ciudades, o la insuficiente dotación de agua o alcantarillado en los barrios periféricos de las urbes, etc.

Una limitación del control social sobre la gestión ambiental de la administración pública está en el carácter dicotómico del modelo socio-económico-político liberal capitalista, ya que por un lado es extractivista y contaminador, y por otro conservacionista. Y a ellos adhieren el Estado y los sujetos del control social, en franca disputa política respecto al modelo de desarrollo vigente, lo que implica una ideologización del problema y pérdida de objetividad en el análisis que asuma cada parte.

En la medida en que el Estado Constitucional de derechos, intercultural y plurinacional responde al nuevo paradigma jurídico –político neoconstitucional, implica una adecuada comprensión técnica de la Constitución, respecto a aspectos como: por qué es invasiva, plan de gobierno,

ley, garantista– normativa y rígida. En sentido material, es una Constitución que regula las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y además, contiene principios dirigidos a determinar el contenido de la legislación futura. En cuanto es Constitución formal (escrita), la interpretación constitucional consiste en una serie de operaciones relativas al significado del texto y es responsabilidad de todos los operadores jurídicos: jueces ordinarios, jueces constitucionales, ciudadanas y ciudadanos en general. Por lo expuesto cabe concluir que el Estado debe propiciar el empoderamiento colectivo de la Constitución, a fin de que el control social de la gestión pública sea asumido en ese nivel y marcar la diferencia entre lo que significa aquella en el nuevo modelo político de Estado constitucional de derechos, plurinacional.

Observaciones y recomendaciones sobre el control social de la gestión pública

Desde fines de la década de los años noventa se hacen más evidentes en Ecuador déficits de gobernabilidad, y a partir de la comprensión de tal hecho y de la mejor comprensión de la naturaleza misma del Estado, la sociedad comienza a reclamar la re-conexión de la administración pública y la democracia participativa. En este sentido, la noción control social (en general) como un medio para lograr transparentar la responsabilidad del control social por parte del Estado, experimenta transformaciones que aún son ambiguas.

- Política y moralmente se fundamenta la necesidad de profundizar el control social sobre la Administración Pública, pero hace falta desarrollar métodos menos burocráticos acerca de “cómo hacerlo posible”, “sobre qué”, “cuáles” o “quiénes” están habilitados para el ejercicio del control social sobre el aparato del Estado, a nivel central y seccional.
- Es necesario operacionalizar los instrumentos técnicos y reglados para el ejercicio del control social, y como ya se ha expuesto, uno es la 4ta. Función del Estado (Función de transparencia y control social); además de las Leyes vigentes: Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana; Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social, Ley de Transparencia, etc.

- El control social está compuesto por las obligaciones y deberes que la ley impone a los funcionarios públicos respecto a la socialización de ciertas actividades y transparencia de los actos públicos en general, y en materia ambiental del sector específico; además, por la capacidad de observación y de acceso a la información sobre la gestión pública por parte de los medios de comunicación; así como el derecho a la libre opinión e información de la ciudadanía; y también por el derecho constitucional que tienen los ciudadanos y ciudadanas para presentar peticiones a la autoridad administrativa y el derecho de reclamo ante las instancias públicas; reiterando que el área ambiental tiene las suyas propias.
- Resulta imperativo obligar el cumplimiento del orden jurídico (constitucional) y que den respuesta a los reclamos de la comunidad, particularmente los socioambientales relacionados a pueblos indígenas, este es un elemento clave del control social. Si el monitoreo a la Administración Pública se reduce a conocer las justificaciones o razones de sus acciones, el control social es mínimo e infructuoso. La importancia del control social es evidente cuando existe reacción positiva de la Administración, y cuando el no acatamiento del control social da lugar a la imposición de sanciones eficaces sobre ella.

Capítulo IV

Definiciones jurídicas básicas

Introducción

El estudio del sistema jurídico supone el análisis de conceptos básicos y necesarios para la construcción de otros conceptos jurídicos derivados o secundarios. Entre otros, son conceptos básicos: sanción, responsabilidad, acto antijurídico, obligación, facultad, persona, fuerza, coercible, etc. Y estos constituyen el soporte teórico del desarrollo conceptual del Derecho positivo.

Por su parte Bobbio, estudia el Derecho como norma de conductas y para el efecto asume el enfoque normativo, es decir, que el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos, considerar el derecho como un sistema de normas o reglas de conducta, en este sentido, la experiencia jurídica es una experiencia normativa. Toda nuestra vida está llena de carteles indicativos, algunos que ordenan tener cierto comportamiento, otros que lo prohíben. Muchos de estos carteles indicativos son reglas de Derecho (Bobbio, 2005: 3). De allí la importancia de lo normativo en nuestra vida individual y social y la necesidad de reconocer que la Historia misma se presenta como un conjunto de ordenamientos normativos que se suceden, se sobreponen, se contraponen y se integran.

Por ejemplo, ¿En determinado pueblo los sacrificios humanos están permitidos o prohibidos? ¿La poligamia, la propiedad de los bienes inmuebles, la esclavitud, estaban prohibidas o permitidas? ¿Cómo se regu-

laban las relaciones familiares que podía el padre ordenar de sus hijos y que les estaba prohibido? ¿Cómo se regulaba el ejercicio del poder, cuáles eran los deberes y derechos de los súbditos en relación con el jefe y cuáles los deberes y derechos del jefe frente a los súbditos? ¿Era la naturaleza sujeto de derechos? Y en este sentido se podría formular un sinnúmero de cuestiones con relevancia jurídica, y que presuponen, conforme lo sustenta Bobbio (2005), el conocimiento de la función que caracteriza un sistema normativo de una sociedad dada; y que no pueden tener respuestas sino por medio del estudio de las reglas de conducta que han moldeado la vida de aquellas personas humanas distinguiéndolas de las otras personas pertenecientes a otra sociedad con diferente sistema normativo.

El Derecho

Generalmente se asume que el Derecho es un conjunto de reglas o normas de conducta social uniforme, cuyo cumplimiento es obligatorio y cuya observancia puede ser impuesta coercitivamente por la autoridad legítima o competente. No obstante, en el estricto sentido etimológico deriva de la voz latina (*directus*), participio pasivo del verbo (*dirigere*) que significan conducir, enderezar, regir (Cabanellas, 1982: 93). Las diversas escuelas jurídicas hacen referencia a que el Derecho es sinónimo de norma o normas de organización y regulación de las actividades humanas; y fundamentando que el ser humano es el único “ser” que puede obrar con libertad, solamente con respecto a él se puede plantear la posibilidad de la conveniencia o no de regular sus actos, en consecuencia, siempre que se de una concurrencia de conductas, a fin de evitar confrontaciones será necesaria su regulación, es decir el Derecho. Así es como la el Derecho se la encuentra identificado con el concepto de norma o normas que regulan conductas, actos humanos que suponen una relación de unas personas con otras y dentro de estos actos sociales regulará aquellos que tengan mayor trascendencia jurídica. El Derecho supone límites a la libertad humana pero sin llegar a anular la libertad individual y para hacer posible la convivencia social.

Cabe enfatizar que el positivismo jurídico aparece estrechamente vinculado a un modelo determinado de Derecho, en un contexto histórico y

cultural, que en líneas generales coincide con la fórmula europea del Estado liberal de Derecho:

La teoría del Derecho en el Estado liberal de derecho resulta relativamente uniforme y puede resumirse en los siguientes aspectos: la tesis de la relación entre derecho y fuerza, una concepción estatalista y legalista de las fuentes del Derecho, una idea impertivista de la norma jurídica como mandato de la estructura tripartita donde a un supuesto fáctico se anuda una consecuencia jurídica mediante un nexo deóntico, al afirmación del carácter unitario, pleno y coherente del sistema jurídico, y por último una concepción mecanicista o meramente subjuntiva de la interpretación (...). Bien en el sentido de que la fuerza o el poder son el fundamento del Derecho, bien en el sentido de que la fuerza es indispensable para la realización del derecho, bien, en fin, concibiendo Derecho y fuerza como facetas de una misma realidad (Prieto Sanchís, 2003: 27).

El concepto Derecho como regulador de la conducta humana no da una orientación correcta del Derecho frente a otros fenómenos afines, pues, la moral y los usos sociales afectan a la conducta del hombre como ser social. En todo caso el Derecho como precepto jurídico está orientado hacia la realización de lo justo, de lo que la justicia demanda¹ –normas morales y justas por su contenido e impuestas por el Derecho, es decir; normas jurídicas que regulan las relaciones interpersonales. El Derecho cumple además– con independencia del contenido de justicia de sus normas– una función ordenadora de la vida en común. No obstante, la aspiración finalista de justicia en las relaciones humanas y de orden en la vida en común, es la pretensión ideal de todo ordenamiento jurídico concebido como aproximación creciente a la justicia² (entendida como ética social), cuya

- 1 La esencia del Derecho no se encuentra solamente en el mantenimiento del orden social y jurídico. El fin del Derecho es llevar la justicia a las relaciones humanas. Pero el Derecho no es la justicia misma, sino atributo o vehículo de ella, instrumento a su servicio, para que la vida en común sea crecientemente más conforme a lo que la justicia exige (Martín Fornoza, 1979: 23).
- 2 J. Rawls ha propuesto una teoría de la justicia después de la denominada crisis de los paradigmas. A esta situación contribuyó la dominación de las teorías utilitaristas en el estudio político y social con un carácter teleológico por un lado, así como consecuencialista por el otro. Además, el utilitarismo presenta un atractivo inherente a su utópico devenir, no sólo toma como punto de referencia a individuos “reales” de “carne y hueso” en las decisiones entorno a conflictos sociales, sino que también aparenta basarse en la idea de igualdad al tomar a todos los actores –*prima*

concreción pretende el Derecho a través de normas coercitivas destinadas a regular la organización de la sociedad, las relaciones interpersonales y las agrupaciones sociales.

El Derecho se centra sobre la idea de ordenación, y de que es el Orden jurídico el que transforma las agrupaciones humanas. Núñez Encobado (1979: 4) enfatiza que al fenómeno jurídico se sitúa en el campo humano, y que el término “ley” se emplea al tratar realidades sometidas a la causalidad. El término ley se utiliza en las ciencias de la naturaleza y expresa vínculos necesarios entre los diversos fenómenos, indica cómo se realizan y cómo son los hechos. En el campo jurídico el término ley, a diferencia de aquella ley sea de la naturaleza o de las ciencias humanas, no es indicativa, sino preceptiva, y no señala como son las conductas, sino como deben ser³. Las normas legales no indican lo que ocurre o lo que ha ocurrido sino lo que debe realizarse, aunque de hecho no se cumpla. No obstante hay que tener presente que el carácter normativo del Derecho no agota la realidad jurídica, pues la vocación de toda norma jurídica es coin-

facie— como iguales.

Así, la obra de John Rawls aparece como una inminente respuesta al utilitarismo reinante. Es una vehemente y veraz crítica a la falsedad detrás de los apelativos utilitaristas que no necesariamente resultan éticamente correctos y que mientras apelan al principio de mayorías, dejan fuera a muchos actores sociales (las minorías por ejemplo), lo cual es contraintuitivo en las democracias liberales modernas caracterizadas por el pluralismo y, peor aún, es un acto plagado de injusticia.

“La obra de Rawls yace dentro de un marco de pluralidad propia de las democracias liberales modernas. El pluralismo agudo es claramente apreciable desde el título mismo de su libro: *A Theory of Justice*. Rawls no está hablando de *La teoría* de la justicia, sino que pareciera asumir desde el comienzo mismo que él solamente aporta *Una* teoría que de ninguna manera es la única que prevalece, o que esté *per se* encima de las demás. El pluralismo agudo es pues, el problema que más le preocupa a Rawls en su obra, principalmente en tanto éste es, un elemento que caracteriza a las sociedades modernas democráticas. Sin embargo, esto no siempre se vislumbró en su obra, en un principio su teoría buscaba ser universalista en el más amplio sentir de la expresión. No es sino hasta que aparece *Political liberalism* (Liberalismo político) cuando va reduciendo su paisaje hasta el punto en que sus detractores dicen que difícilmente llega a salir de Massachusetts. De esta manera, lo que comenzó siendo una teoría universalista de la justicia, pasa a ser una teoría política de la justicia en sociedades democráticas liberales y, además, altamente industrializadas, y el pluralismo agudo se transforma en pluralismo racional” (Vudoyra Nieto, 2009).

3 Desde el punto de vista normativo, el Derecho como ciencia se diferencia de otros saberes y según Kelsen (2005: 35 y ss) “al determinar el Derecho como norma (...) deslindase el Derecho respecto de la naturaleza y deslindase la ciencia, que tiene por mira la explicación legalista causal de sucesos naturales”.

cidir con la actividad humana, en que se resuelve la realidad social de las personas; por ello la plenitud de toda norma jurídica se logra cuando es cumplida, de este modo, el Derecho se vincula al mundo de la praxis. El derecho es, por tanto, puente o bisagra entre el ser y deber ser (Núñez Encobado, 1979: 5).

El concepto Derecho tiene diversos significados y los tratadistas han definido las siguientes acepciones:

Cuadro 1. Significados del Derecho

a) El Derecho como norma o normas con pretensiones de generalidad se lo denomina Derecho objetivo. En cuanto las normas jurídicas son dictadas o reconocidas por el Estado, el Derecho objetivo se identifica con el Derecho positivo.
b) El Derecho como facultad que el sujeto, la persona, posee para hacer o exigir algo, es la acepción de Derecho en sentido subjetivo.
d) El Derecho se identifica con el significado de justicia.
Fuente: Bobbio, 2005

No obstante lo expuesto en el cuadro anterior respecto a las definiciones, es pertinente reiterar que el término Derecho no es unívoco ni equívoco, sino análogo. Núñez Encobado (1979), coincidiendo con otros autores asume la noción de Derecho objetivo, en este caso la norma aparece como base y punto de referencia de las significaciones anotadas. Por otra parte está el Derecho subjetivo, que independientemente de los problemas sobre su naturaleza, para que sea eficaz debe estar protegido por el Derecho objetivo, aunque estemos, psicológicamente, más preparados para encontrarnos primero con la noción subjetiva que con la objetiva⁴. Bobbio (2005: 7) asume el estudio del Derecho desde el enfoque normativo y enfatiza que el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica,

4 De ordinario el hombre piensa lo jurídico primero como derechos subjetivos suyos; y sólo después, por operaciones mentales de reflexión, medita sobre la norma. Nada de extraño tiene que así ocurra, pues el orden de conexión lógica de las ideas no suele coincidir con el orden de su aparición en la conciencia, y, así, es frecuente que los primeros principios en la estructura lógica son los últimos con los cuales tropieza el entendimiento humano. El *a priori* lógico constituye a menudo un *a posteriori* psicológico. Y esto es lo que muchas veces ha pasado con los dos sentidos de la palabra derecho: aunque lógicamente corresponde la prioridad, la primacía, a la idea de Derecho como norma, sin embargo, la ciencia ha pensado, de ordinario el Derecho como facultad, esto es, en sentido subjetivo (Recasens, 1961: 238 en Núñez Encobado, 1979: 7).

es aprender sus rasgos característicos y comprender al Derecho como un sistema de normas o reglas de conducta. Partimos –dice el autor– por lo tanto, de una afirmación general de este tipo: la experiencia jurídica es una experiencia normativa⁵.

El Derecho también puede ser considerado como una estructura ideal de valores, constituida y dirigida por la razón y por el deber ser; o como un conjunto de normas dictadas por el Derecho político; y, por último, como una realidad sociológica surgida por efecto de determinados fenómenos. La existencia de este mecanismo social obedece a la necesidad de regular y limitar las aspiraciones individuales, a fin de que se encuadren en un orden jurídico-político determinado. El Derecho señala las conductas aceptadas por el orden social y establece las sanciones correspondientes a la infracción de aquellas.

En este sentido, siguiendo a Bobbio (2005: 147), si sanción jurídica es sólo aquella que se encuentra institucionalizada, es muestra de que, para que sea Derecho se necesita una organización, por grande o pequeña que sea, un completo sistema de normas. Definir el Derecho mediante la noción de sanción organizada significa buscar el carácter distintivo de éste, no en un elemento de la norma, sino en un conjunto orgánico de normas u ordenamiento jurídico.

Para este autor, la teoría de la norma jurídica es una confirmación del camino obligado que el teórico general del derecho recorre desde la parte, al todo; dado que partiendo de la norma se llega, si se desea entender el fenómeno del derecho, al ordenamiento jurídico (Bobbio, 2005).

Mediante el Derecho se legitiman las diferentes formas de convivencia social y en función de intereses económicos, políticos, públicos, privados, nacionales, internacionales, etc. En términos del positivismo jurídico el Derecho materializa su acción en la sociedad mediante el sistema jurídico, instrumentado por la Ley, y en la medida en que bajo este modelo, la

5 Concordando con Bobbio (2005: 7), el elemento característico de la experiencia jurídica es el fenómeno de la normatividad, y por lo tanto, es legítimo el punto de vista normativo del cual hemos partido –señala–, no podemos dejar pasar por alto que hay teorías diferentes de la normativa, que consideran como elementos característicos de la experiencia jurídica hechos diferentes de las reglas de conducta: la teoría del derecho como institución y la teoría del derecho como relación.

Ley es la declaración soberana de un Estado. La Ley “manda, prohíbe o permite” (Código Civil ecuatoriano)⁶, con lo cual los particulares pueden conocer el contenido de sus obligaciones y “derechos”. Desde esta perspectiva, y a fin de ampliar la comprensión del tema, procede introducir el debate entre el positivismo jurídico y el constitucionalismo.

Síntesis de las nociones generales del Derecho

En la doctrina se establece que el Derecho positivo únicamente reconoce el derecho que existe en una determinada sociedad y en una cierta época. Considera que el Derecho proviene de la sociedad y por ende del Estado; es esencialmente un producto social y artificial sujeto a las transformaciones generadas por voluntad humana.

El Derecho es orden jurídico tendiente a lograr justicia en las relaciones humanas, para su efectividad es necesario que las normas jurídicas sean cumplidas aún por vía coercitiva. Por coacción hay que entender la fuerza que impone el cumplimiento del Derecho, ya que la validez de la norma jurídica no puede quedar nunca sometida a la voluntad del individuo, sino que este viene obligado a cumplirlo (Martín Fornoza, 1979: 22).

Es fundamental asumir que toda norma jurídica (Bobbio, 2005: 20) puede ser sometida a tres distintas valoraciones, y que esas valoraciones son independientes entre sí. En efecto, frente a cualquier norma jurídica se puede plantear un triple orden de problemas: si es justa o injusta; si es válida o inválida; si es eficaz o ineficaz⁷. En consecuencia se trata de tres diferentes problemas: justicia, validez y eficacia de una norma jurídica.

Ciertamente el estudio del sistema jurídico supone el análisis de conceptos básicos y necesarios para la construcción de otros conceptos jurídicos derivados o secundarios. Entre otros, son conceptos básicos: san-

6 El Código Civil ecuatoriano en el Art. 1 prescribe: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita en la Constitución, manda, prohíbe o permite.

7 Tratándose de la norma jurídica, la eficacia tiene relación a que la ley sea efectivamente observada y, en caso contrario, que sean reparados los efectos de su incumplimiento, restaurando el derecho perturbado. La coacción es, por lo tanto, la posibilidad de aplicar una determinada sanción ante la infracción de la norma.

ción, responsabilidad, acto antijurídico, obligación, facultad, persona, fuerza, coercible, etc. Y estos constituyen el soporte teórico del desarrollo conceptual del Derecho positivo.

A partir de las nociones generales del Derecho, cabe considerar las definiciones específicas de cada rama del Derecho según la materia de la que trate (Ver: Cabanellas de Torres, 1982: 93 y ss.; Pérez Velasco, 2008: 121-162). Finalmente conviene no perder de vista la visión que fundamenta Prieto Sanchís (2003: 28) respecto a las acepciones referidas al concepto Derecho, es decir, a la determinación del tipo de realidad que es el Derecho desde la perspectiva positivista y desde la iusnaturalista, a fin de visualizar de mejor manera lo que se entiende por constitucionalismo (neoconstitucionalismo):

El positivismo parte de la llamada tesis de las fuentes sociales del Derecho, que concibe a éste justamente como un producto histórico de la voluntad de los hombres; lo que se opone a la concepción iusnaturalista, que siempre ha confiado en la existencia de una fuente de normatividad superior o metafísica, en todo caso diferente a la expresada por las fuerzas sociales. En segundo lugar, y como consecuencia, el positivismo defiende la separación conceptual entre el Derecho y la moral crítica; dado que el orden jurídico es un producto cambiante de la voluntad de los hombres, capaz de tutelar los más dispares principios morales y políticos, su existencia es independiente de su valor moral (Conforme a Hart, 1958 en Prieto Sanchís, 2003: 28).

Algo que el iusnaturalismo no acepta, es que el Derecho no puede renunciar a su conexión con la moral, de manera que la validez de las normas no es del todo independiente de su justicia. Es propio de la tradición iusnaturalista considerar que el Derecho “injusto”, injusto en grado sumo o que no incorpora siquiera una mínima pretensión de corrección, no es Derecho⁸. De lo expuesto se desprende una tercera tesis relativa a la obediencia:

⁸ A partir del renacimiento del Derecho natural se viene sustentando que una ley no es simplemente injusta, sino insosteniblemente injusta y que carece de naturaleza jurídica; esa idea ha sido actualmente desarrollada por R. Alexy (1992). Sobre el tema ver: García Figueroa, Alonso (1998).

Si el Derecho que es, no depende del Derecho que debe ser, piensan los positivistas que conceptual o necesariamente no existe una obligación moral de obediencia al mismo; lo contrario viene a sostener un iusnaturalista consecuente, pues si en alguna medida la existencia del derecho está en función de su justicia, es lógico postular que su obediencia debe producirse por razones morales (Prieto Sanchís, 2003: 29).

Cabe anticipar lo que este autor sostiene respecto al neoconstitucionalismo, a fin de introducir el debate que posteriormente se los desarrollará con amplitud:

(...) el constitucionalismo hace insostenible la teoría del Derecho positivo principalmente en tres aspectos: la teoría de las fuentes, que obviamente ya no se puede girar en torno a la hegemonía absoluta de la ley; la teoría de la norma, que ha de dar cuenta de la existencia de nuevas “piezas del derecho”, en particular de los principios; y la teoría de la interpretación, que en puridad ya no puede seguir defendiendo ni la tesis mecanicista ni tampoco la tesis de la direccionalidad, al menos tal y como ambas fueron planteadas por el positivismo (Prieto Sanchís, 2003: 28).

Finalidades o fines del derecho

- Llevar la justicia a las relaciones humanas. El Derecho no es la justicia, sino atributo de ella, instrumento a su servicio, para que la vida en común sea cada vez más conforme a lo que la justicia exige.
- Propender al Bien Común (Interés General).
- Consolidar la seguridad jurídica: para garantizar la vida, los bienes, la naturaleza, etc., y también la firmeza de las relaciones que voluntariamente los seres humanos desean contraer⁹.

⁹ Cabe considerar que en materia ambiental por ejemplo, varios convenios internacionales no son cumplidos por parte de los estados suscriptores, caso Tratado de Kioto. Lo que genera dificultades en la relación entre estados u organismos internacionales con los estados, por ejemplo.

Fuentes del derecho

La fuente indica el origen o causa de algo, en relación al Derecho, la fuente es la causa de lo jurídico. Por fuentes del Derecho también se asumen a los modos y formas en que el Derecho se manifiesta y se establece. El Derecho surge a través de las normas jurídicas, y el conjunto de normas que rigen en determinado país y momento histórico, constituye el Ordenamiento jurídico, el Derecho que rige en dicho país.

- Por su jerarquía son: La Constitución, los convenios internacionales, la ley, la costumbre, los principios generales del derecho¹⁰, entre otros¹¹.
- Por su eficacia son: Directas: Constitución, ley, costumbre, principios generales del derecho. Indirectas: ley natural, jurisprudencia, derecho científico, derecho histórico, analogía, equidad.
- Por su contenido son: Dispositivas, coactivas, negativas, positivas.
- Otras fuentes: Doctrina (criterios de los tratadistas), jurisprudencia, decretos ejecutivos, acuerdos ministeriales, derecho comparado, políticas públicas, resoluciones de organismos internacionales (Carta mundial de la naturaleza, Declaración de Río), Decisiones de conferencias como: Conferencia de las partes del Convenio sobre cambio climático, Decisiones de las partes del Protocolo de Kioto, etc.

En todo caso, corresponde señalar que el estudio de un sistema jurídico implica el análisis de las fuentes y de la validez del propio sistema, es decir;

10 Son los principios jurídicos fundamentales que se encuentran en cualquier ordenamiento legal del mundo, y muchas normas ambientales nacionales han adoptado estos principios. Algunos de ellos se han originado por influencia de normas internacionales. Las políticas y normas adoptadas a nivel global, regional y local se influyen mutuamente. Por ejemplo: los estados tienen obligación de no causar contaminación transfronteriza, se incluyó en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo; la de no causar daños ambientales transfronterizos se incluyó en el principio 2 de la Declaración de Río, y el de precaución es el principio 15.

11 La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 425 prescribe: El orden jerárquico de aplicación de las leyes será el siguiente: La Constitución; los convenios y tratados internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las ordenanzas regionales y las ordenanzas distritales; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

el análisis de la condición de su origen, de las condiciones y características de su existencia y funcionamiento. En este sentido, la teoría desarrollada por Hart y Ross sostiene que el sistema jurídico está constituido por normas que cumplen diversas funciones, y en cuanto a su origen, que las fuentes pueden ser, espontáneas como la costumbre; y la deliberada, en la cual las normas son sancionadas conforme a actos ejecutados por órganos competentes. En este sentido, la ley es el resultado de una sucesión de actos dirigidos a ejecutar el procedimiento prescrito para su creación. Conforme al positivismo jurídico, la legislación es el arquetipo de la forma consciente de la creación del Derecho, y el Estado tiene el monopolio de la producción normativa.

El sistema jurídico u ordenamiento jurídico

En la teoría del Derecho la noción Orden jurídico parte del concepto general de sistema, o conjunto de elementos que se estructura y funciona a partir de una racionalidad y coherencia interna, en base a cierto modelo que determina procesos de interacción: a) de naturaleza interna, es decir; entre las partes que conforman el sistema jurídico y entre este y aquellas; y b) de naturaleza externa, lo que equivale a la interacción entre un sistema jurídico y otro sistema, y entre las partes de cada sistema.

En una sociedad o país determinado se denomina Ordenamiento jurídico –de acuerdo a la teoría positivista de H. Kelsen– al conjunto de normas legales integrado por constitución, leyes, reglamentos, decretos legislativos, resoluciones y acuerdos legislativos, ordenanzas y reglamentos locales, decretos ejecutivos, sentencias y resoluciones administrativas. Además en la práctica existen otras normas como acuerdos ministeriales, estatutos, convenios y tratados internacionales también entran en esta clasificación.

La teoría del Ordenamiento jurídico asume que las normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en un contexto de normas, que tienen entre sí relaciones particulares. No obstante, sostiene (Bobbio, 2005: 141) no existe, hasta hoy, ningún estudio completo y orgánico sobre todos los problemas que implica un Ordenamiento jurídico, en consecuencia, la norma jurídica era la única perspectiva a través de la cual se

estudiaba el Derecho, dado que el ordenamiento jurídico era cuando más, un conjunto de muchas normas, más no un objeto autónomo de estudio. Y es en el sistema de Kelsen que la teoría del Ordenamiento jurídico constituye una de las dos partes de una teoría completa del derecho (Bobbio, 2005: 143), es decir, la teoría de la norma jurídica y la teoría del Ordenamiento jurídico (de la institución).

En todo caso, Bobbio sostiene que la posición preeminente que se le ha atribuido al Ordenamiento jurídico conduce a invertir la perspectiva en el estudio de algunos problemas de la Teoría general del derecho. Esta inversión se puede expresar sintéticamente de la siguiente manera, afirma el autor:

...mientras que para la teoría tradicional, un ordenamiento jurídico se compone de normas jurídicas, para la nueva perspectiva, normas jurídicas son aquellas que hacen parte de un ordenamiento jurídico. En otros términos: no hay ordenamientos jurídicos porque existen normas jurídicas distintas de las normas no jurídicas, sino que existen normas jurídicas porque existen ordenamientos jurídicos distintos de los ordenamientos no jurídicos. El término derecho, en su más común acepción de derecho objetivo, indica un tipo de sistema normativo, no un tipo de norma (Bobbio, 2005: 149).

El Ordenamiento jurídico tiene un orden jerarquizado y se expresa como:

- Un conjunto de normas jurídicas y componentes institucionales, como materia o elemento constitutivo del Ordenamiento jurídico.
- Un fin, propósito o función que articula al todo y a las partes, que cohesionan la unidad y la regularidad del conjunto.
- Una racionalidad y coherencia determinada, en cuanto lógica, cohesión interna del conjunto normativo.
- Una interacción como relación dinámica entre normas jurídicas y sistemas jurídicos, a distintos niveles.
- Un modelo de regularidad, en cuanto es tendencia de reproducción del sistema sobre una estructura que admite ajustes (Pérez Velasco, 2008: 122).

Clasificación del Derecho positivo

No existe una clasificación estandarizada, pero en términos generales el Derecho se divide en natural y positivo;¹² el positivo se divide en público y privado por una parte y por otra, en sustantivo y adjetivo; a su vez el derecho público se divide en nacional e internacional. El Derecho público es aquel que trata sobre la organización, competencia y efectos que emanan del funcionamiento de los órganos del Estado y de las personas jurídicas de Derecho público. El Derecho privado es el que regula las relaciones de los individuos considerados como iguales y de estos con el Estado cuando el Estado actúa como particular, etc.¹³

Cada área del Derecho tiene características especiales como se podrá ver a continuación, por ejemplo, El Derecho internacional público (Terán, 1976: 12-13), es aquel que asegura a los miembros de la comunidad internacional, la inviolabilidad del territorio, su legítima libertad e independencia, la conservación o preservación de su personalidad y su patrimonio nacional, a la vez que el pleno goce de derechos y cumplimiento de deberes (...) es el conjunto de normas que regulan las relaciones de los estados en sus procesos conflictivos o cooperadores, cuya meta reside en la salvaguarda de una existencia pacífica entre los estados, al mismo tiempo que expresa la voluntad de las clases dirigentes que gobiernan a los estados de la comunidad internacional. En este sentido hay que pensar respecto a la materia ambiental, a fin de alcanzar la convivencia pacífica.

El Derecho internacional privado (Derecho civil internacional) ha merecido como toda rama del Derecho, un amplio debate respecto a su conceptualización. Es la ciencia, cuyo objeto es determinar los principios

12 El Derecho positivo se entiende como aquel no común a todos los países, sino propio de un país determinado; no igual a la vigencia de sus principios en todos los tiempos, sino circunstancial de un determinado momento histórico; no basado en la naturaleza y razón humanas, sino en la voluntad del legislador. No en un derecho ideal, sino fundado en necesidades concretas de convivencia y realismo político.

13 Ramírez Gronda (1976: 121), explica que las diferentes escuelas jurídicas discrepan entre sí, respecto a la conceptualización del Derecho público y privado, en todo caso se asume que lo que los diferencia puede ser el interés y según Savigny, sería el fin. Por su parte Kelsen —señala Ramírez Gronda— encuentra que la distinción deberá basarse en la distinta forma en la que tiene lugar el nacimiento de la relación jurídica.

que deben regir las relaciones del Derecho civil (familia y propiedad) entre los individuos, cuando por alguna circunstancia, la integridad de esas relaciones no ha podido tener efecto en una forma localista (nacional) sino espacial (internacional)¹⁴. Es el patrimonio jurídico individual el que se pone en movimiento.

Se puede observar elementos comunes en los derechos público y privado internacionales, pero su ligamen visible es lo internacional. Y se puede complejizar el estudio de estas dos ramas debido a la concurrencia simultánea de materias, que permiten ver que existe un conflicto de soberanías. No obstante ello, ahora se trata de connotar que el Derecho internacional no ha asumido en forma plena a su preocupación por el área ambiental, sino en las últimas décadas; lo mismo que en el nivel nacional las “constituciones políticas”, de las que posteriormente se derivan las leyes positivas, únicamente en los últimos años han sido objeto de sustanciales modificaciones para incorporar la materia ambiental en los ámbitos civil, administrativo y penal, y en el caso ecuatoriano con la promulgación de la nueva Constitución de 2008 (enfoque neoconstitucional), hasta el punto de reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos (ver Art. 10, segundo párrafo).

Cuadro 2. Características y diferencias	
Derecho privado	Derecho público
Fin individual	Fin público
Vínculo jurídico entre particulares	Vínculo jurídico entre los individuos y el Estado
Se subordina a la voluntad de los individuos	Se subordina a la voluntad política del Estado
Hay una igualdad teórica de las personas	Se somete a la voluntad de un mandato superior
Satisface las necesidades y aspiraciones del individuo	Satisface las aspiraciones de orden social
Fuente: Narváez, 2004	

14 Cuando se refiere a la integridad de las relaciones jurídicas, se da a entender la totalidad de las mismas, y esta idea debe estar precisada por la Constitución, el ejercicio y la extinción del derecho. En cada uno de estos estadios del Derecho, juegan sus elementos esenciales: personas, cosas y actos. Puede una persona ver constituido su derecho en una cosa situada en un país que no es el de su sometimiento político y propio; y puede invocar ese derecho aún desde un Estado diverso. Esta posibilidad permite hablar de relaciones jurídicas sin integridad localista o nacional: y por lo mismo, el Derecho civil internacional, viene a llenar la necesidad de establecer los principios a que han de quedar sujetas dichas relaciones.

En el Derecho público las normas son taxativas, es decir, se deben cumplir expresamente los mandatos constantes en un cuerpo legal determinado, sin que pueda existir más interpretación que la legislativa. En materia constitucional, esta categorización no es determinante a partir de la vigencias del Estado constitucional de derechos (enfoque neoconstitucional), porque el juez constitucional dispone de capacidad interpretativa, sin más límites que los que establece el bloque constitucional y la hermenéutica analógica, y que bien vale tomar en cuenta cuando se trate de incumplimiento de los derechos fundamentales, en la esfera del Derecho público.

En el Derecho privado, en cambio, depende de la voluntad e iniciativa de los individuos para acordar el alcance de las relaciones existentes entre ellos y aún de la normativa aplicable. En este punto cabe recordar el axioma jurídico que dice: “En Derecho público sólo se puede hacer lo que la Ley faculta; en tanto que, en Derecho privado, todo lo que la Ley no prohíbe”. Por ejemplo, la legislación forestal, es decir, la normativa que rige esta actividad es parte del Derecho público y por ello sus normas deben ser aplicadas en estricto apego a su significado, sin que pueda haber una interpretación especial para casos determinados, se debe actuar conforme al tenor de las normas legales pertinentes y vigentes (Así lo fundamenta la racionalidad conforme al Derecho positivo)¹⁵.

En principio, queda establecido que el Derecho ambiental es Derecho público, y en consecuencia asume todas las características generales del Derecho que corresponde a esta materia. Posteriormente se ampliará la base conceptual, su génesis, desarrollo doctrinal, técnico-jurídico y político desde la perspectiva interna y supra estatal.

15 La Constitución ecuatoriana de 2008, Art. 133, únicamente establece la existencia de leyes orgánicas y leyes ordinarias Ver, Art. 425 (Orden jerárquico de las leyes). Pero vale tener en consideración la categoría de ley especial a fin de notar la diferencia por la materia ambiental de que trata, y que fuera asumida antes de la promulgación de la Constitución de 1998.

Características de las normas jurídicas

La doctrina jurídica positivista ha establecido que las características más importantes de las normas jurídicas son: generalidad, supremacía, obligatoriedad, exigibilidad, estar sujetas a un ordenamiento jurídico, ser imperativas, permanentes e impersonales. En lo específico las características son las que establece la Constitución de la República y se plasman en la ley (Código) Civil. No obstante cada una de estas características ha sido abordada en textos de disciplinas jurídicas particulares, pero, desde la perspectiva de la Teoría general del derecho (Bobbio, 2005: 128) por ejemplo: a fin de caracterizarlas las clasifica en normas generales y particulares, de carácter general y carácter abstracto, normas afirmativas y negativas, normas categóricas e hipotéticas. En esta clasificación prima el criterio formal, y que es aquel que hace relación exclusiva a la estructura lógica de la proposición prescriptiva o norma legal.

En el campo filosófico, el estudio desarrollado por Kant, a propósito de los juicios categóricos e hipotéticos, sentó las bases de un particular modo de analizar la norma jurídica; y debido a su rigor, la tesis kantiana fue asumida por la Dogmática jurídica y aplicada al conocimiento de la norma jurídica escrita. Ciertamente la doctrina kantiana permitió discernir, que mientras el juicio imperativo categórico es propio del ámbito ético, el juicio imperativo hipotético es propio del ámbito jurídico. En consecuencia, si las normas jurídicas son imperativos hipotéticos que establecen un deber condicionado y que devienen en categóricos cuando sus supuestos se producen; bajo la influencia kelseniana la doctrina jurídica ha referido la existencia de una estructura normativa, integrada por una hipótesis y una consecuencia que pone en juego una relación de “deber ser” e imputación, entonces, la teoría kelseniana postuló así que las normas jurídicas no son otra cosa que juicio del “deber ser” e imperativo hipotético. Con ello consolidó una particular visión del Derecho como ordenamiento normativo exclusivamente configurado por estructuras lógicas hipotéticas y sancionadoras (Pérez Velasco, 2008: 102).

La ley en el Estado de derecho (positivismo jurídico)

En los acápites anteriores se ha señalado indistintamente el concepto de ley¹⁶ en las perspectivas positivista y iusnaturalista; de lo que se trata ahora es de referir un concepto que no perjudique la comprensión general de la ley, a partir de la referencia constitucional (en clave neoconstitucional) que se viene realizando.

Conforme al positivismo jurídico, la norma jurídica (Ley) es el instrumento más importante de la gestión pública, por su obligatoriedad se logra su cumplimiento y aún por vía judicial. Sin embargo, ello no constituye el objetivo de la gestión pública o privada en sí. En efecto, tanto la norma jurídica como el régimen institucional, los niveles de formulación de políticas, planificación, financiamiento, ejecución, control, sanción, capacitación divulgación, entre otros, constituyen elementos de la gestión integral en el ámbito público (Chiriboga, 2000: 527).

Efectivamente, la norma jurídica es instrumento de gestión, requiere de una adecuada institucionalidad y del conocimiento y aplicación de sus contenidos, con el objeto de lograr eficiencia y eficacia en la gestión del tema regulado y el apropiado vínculo con los demás instrumentos de gestión establecidos.

El conjunto de normas jurídicas constituyen un Orden jurídico, y son de común aplicación, de carácter general, permanentemente obliga-

16 Para la promulgación de una ley (una ambiental, por ejemplo) en términos generales se debían considerar al menos los siguientes aspectos básicos:

- Políticas generales: tienen relación a las políticas nacionales sobre la materia ambiental y el desarrollo sustentable.
- Planificación: considerando la planificación nacional establecida y conforme a los preceptos del desarrollo sustentable.
- Financiamiento: debe prever la vinculación entre planificación y financiamiento por parte del Estado u otros mecanismos, y la respectiva orientación del uso de los recursos económicos.
- Estructura institucional: propendiendo al fortalecimiento institucional, determinando específicamente las funciones y el ámbito.
- Ejecución: tiene relación al establecimiento de servicios de ejecución pública o privada, responsabilidad institucional y siempre asumiendo la perspectiva del desarrollo sustentable.
- Procedimientos administrativos: deben ser uniformes, para la aplicación de la ley, para sancionar incumplimientos, determinar responsabilidades, competencias y sanciones.
- Participación social: en particular cuando se trata de leyes ambientales, este componente es fundamental y tiene que ver con la participación, divulgación, beneficios, etc.

torias y circunstancialmente coercitivas. Por su alcance, las leyes se pueden clasificar en generales y especiales. La Constitución ecuatoriana vigente (2008) en su Art. 133 establece la existencia de leyes orgánicas y ordinarias:

Serán leyes orgánicas: 1) Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución, 2) Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, 3) Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados y; 4) Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral. La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional (Función Legislativa).

Las leyes sólo pueden ser expedidas y modificadas por la Asamblea Nacional (Función Legislativa), aunque pueden ser vetadas por el Presidente de la República. En materia ambiental por ejemplo, en la legislación ecuatoriana constan hasta mayo de 2011: la Ley de Gestión Ambiental, Ley de Prevención y Control de la Contaminación, Ley de Aguas, Ley Forestal, Ley de Áreas Naturales Protegidas, entre otras, y mencionamos a la Ley de Hidrocarburos, Ley de Minería porque tienen relación a la extracción de recursos naturales e incorporan elementos que tienen relación a la protección ambiental.

Principio de jerarquía de las normas jurídicas

En el Estado de derecho (positivismo jurídico) es absoluta la supremacía de la ley para su aplicación en determinado caso y circunstancia. El derecho moderno proclamó la supremacía de la ley sobre toda otra norma. La ley es la fuente primaria, superior en jerarquía jurídica a cualquiera otra, siendo la costumbre fuente subsidiaria, válida solamente en defecto o ausencia de la ley. En base a la orientación logicista y descriptiva Hans Kelsen desarrolló la Teoría pura del derecho, definiendo la esencia del

Derecho mediante la eliminación de todos los elementos extraños de naturaleza ética, psicológica, política, etc... La teoría positivista kelseniana rechaza el Derecho natural y se limita a considerar el Derecho positivo tal como es y al margen de cualquier valoración ética; su teoría del Derecho partió de la premisa de adscripción dogmática a la norma jurídica positiva, como base y elemento irreductible del Derecho. Para Kelsen la esencialidad de la Ley se centra en la coactividad.

Zagrebelsky (1997: 24) reitera que el Estado liberal de derecho asume la primacía de la ley frente a la administración y la jurisdicción de los ciudadanos. El Estado liberal de derecho es un Estado legislativo que se afirma así mismo a través del principio de legalidad, que expresa la idea de “ley” como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento (...), la ley se configura como la expresión de la centralización del poder político, y su fuerza se vincula al Poder Legislativo, que es el que tiene capacidad de decisión soberana, en nombre de una función ordenadora general.

En el *Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional* el carácter de prevalencia de la ley se ha debilitado y ya no ostenta tal categoría; es la Constitución de la República la que tiene el carácter de ley, de aplicación inmediata, es norma jerárquicamente superior y garantista de todos los derechos, las ordinarias están subordinadas a ella; la Constitución en el Estado constitucional de derechos, es ley ordenadora.

La jerarquía normativa se determina entre normas del mismo origen, por la superioridad política o administrativa del órgano del que emanan, sea por razón de tiempo (la norma posterior, de idéntico rango, deroga la anterior en cuanto contenga de contrario con aquella) considerando que las leyes sólo se derogan por otras posteriores (Ver la CRE, Arts. 424 al 428)¹⁷.

En la Constitución de 2008 el Art. 424 prescribe:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán

¹⁷ En el Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional se rompe el paradigma de hegemonía de la Ley, y la Constitución es norma que adquiere dicha jerarquía para garantizar los derechos y particularmente los derechos fundamentales.

mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

El Art. 425 establece:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Aplicación de las normas jurídicas

- Aplicación en el tiempo: (La ley está vigente mientras no sea derogada).
- Aplicación en el espacio: (Considerando la jurisdicción territorial: seccional, regional, provincial, nacional, supranacional).

En materia ambiental existe legislación nacional específica (leyes), al igual que a nivel municipal y provincial (ordenanzas), por ejemplo. Toda norma ambiental por estar dentro del ordenamiento jurídico del Estado, sigue el mismo procedimiento de fuente, interpretación y aplicación que cualquier otra norma legal.

La crisis del positivismo jurídico

La crisis del positivismo jurídico refleja la crisis de la racionalidad formal del derecho en general en las sociedades occidentales contemporáneas, dicha crisis ha impulsado un nuevo tipo de racionalidad denominada “racionalidad reflexiva”, y que está dando lugar al desarrollo de nuevos modelos teóricos capaces de unir la distancia entre construcciones teóricas e investigación empírica, es decir, un desarrollo teórico que se apoya en los conceptos de reflexividad y autorregulación, pero que evoluciona hacia un modelo más completo y complejo, tomando elementos de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann (Morales de Satién Ravina, 2002: 26).

En principio se puede argumentar que la crisis se incentivó con el poderoso renacimiento del Derecho natural experimentado por la ciencia jurídica alemana tras la Segunda guerra mundial. Prieto Sanchís (2003: 22) asume que cuando apareció el totalitarismo, el exterminio de las minorías y, en suma, la asfixia del Estado de derecho tenían un responsable ideológico en el ámbito de la cultura jurídica, el positivismo; un positivismo inaccesible a los valores, obediente mudo de la desnuda voluntad del poder y capaz de comprometerse en la explicación y en la aplicación de cualquier derecho positivo.

En términos más laxos las críticas al positivismo jurídico datan desde un buen tiempo atrás, los fundamentos son filosóficos, jurídico-políticos y sociales. Una crítica parte del análisis de la conexión entre positivismo jurídico y Estado moderno, que da lugar a la crisis de la idea tradicional de ley, tal como ésta era entendida por el positivismo decimonónico. De esa conexión se identificaba una doble vertiente de la crisis que sacudía al Estado como estructura política. Por una parte, una crisis externa en la que los bloques ideológicos sustituían a los estados. De otro lado, desde el punto de vista interno, se aludía a las fuerzas que actuaban y luchaban entre sí en el escenario que les ofrecía el Estado, y frente a las cuales el Estado tradicional se mostraba agotado. Ansuátegui Roig (1993: 145) analizando la postura crítica asumida por U. Scarpelli, lo cita para enfatizar lo que este autor positivista sustenta:

La aceptación, en concreto, de iniciativas cada vez más amplias en materia económica, comporta para los poderes públicos amplias esferas de discrecionalidad, exige una cantidad de decisiones particulares importantes y de graves consecuencias, que en las normas generales y abstractas no logran circunscribir e individualizar. En el afanarse en disciplinar las multiplicadas actividades del Estado y las nuevas relaciones que las transformaciones sociales crean, la legislación se fragmenta en infinitas leycitas, desordenadas, confusas, cambiadas y superpuestas, una jungla de normas donde ni aún el especialista entra seguro: si en los códigos la razón celebra su culminación, la legislación especial de un Estado contemporáneo parece a veces el delirio de una mente esquizofrénica.

Señala Ansuátegui Roy, que según Scarpelli, la concepción liberal de la ley es fruto de las aportaciones conjuntas de Hobbes, Montesquieu y Rousseau. De Hobbes se extrae la idea de que la ley es la expresión de la voluntad del soberano. De Montesquieu, se aprende la relación que hay entre la idea de ley y seguridad. De ahí, también, que la ley deba ser interpretada según su tenor literal. Por otra parte, Rousseau enseña la función democrática e igualitaria de la ley a través de su generalidad. Una ley general, y por tanto igual para todos, que ofrezca seguridad al individuo y que sea expresión de la voluntad del poder constituyente, en buenas cuentas, el arquetipo legal liberal.

La imagen liberal de la ley encuentra su culminación en la idea de código, en cuanto exigencia de sistematicidad, seguridad y claridad que se encuentra incluida en el ideario revolucionario liberal. El código se presenta como un sistema, como una articulación propia de ordenación de la vida social (Ansuátegui Roig, 1993: 146).

El positivismo jurídico concibe al Derecho como un conjunto de normas creado por seres humanos, y asigna como cometido de la ciencia jurídica su estudio, y de la práctica del Derecho, aplicar el Derecho de ese modo. Es decir, tras la creación de una norma existe un acto de voluntad cuya finalidad consiste en someter las conductas de los destinatarios según lo establecido en esa norma. Quien manda quiere efectivamente que ocurra todo lo que manda, el mandato. La norma jurídica en cuanto tal sirve para expresar su voluntad comunicándola al destinatario o destinatarios.

Por su parte Bobbio (2005: 30) sustenta que la teoría (positivista) opuesta al iusnaturalismo es la doctrina que reduce la justicia a la validez. Para el iusnaturalismo clásico tiene valor de orden sólo lo que es justo, para la doctrina opuesta (positivista) es justo sólo lo que es ordenado por el hecho de ser ordenado.

En definitiva, para un iusnaturalista, una norma no es válida si no es justa; para la doctrina (positivista) una norma es justa sólo si es válida: para unos la justicia es la consagración de la validez, para otros la validez es la consagración de la justicia. A esta doctrina la llamamos positivismo jurídico (Bobbio, 2005: 30). Bobbio al igual que otros autores afirma que el positivismo jurídico se remonta a la doctrina política de Hobbes, quien dio un vuelco al iusnaturalismo clásico y afirmó que no existe otro criterio de lo justo y de lo injusto que el de la ley positiva, es decir, por fuera de la orden del soberano. Para Hobbes sólo es verdad que es justo lo que es ordenado, por el solo hecho de estar ordenado; es injusto lo que es prohibido, por el solo hecho de estar prohibido.

Como deductivista que es Hobbes lo que cuenta para él es que la conclusión se desprenda rigurosamente de premisas. Frente a ello Bobbio argumenta lo siguiente:

En el Estado de naturaleza como todos están a merced de los propios instintos y no hay leyes que le señalen a cada quien lo suyo, todos tienen derecho a todas las cosas (*ius in omnia*), surge la guerra de todos contra todos. Del estado de naturaleza sólo su puede decir que es intolerable y que es preciso salir de él. En efecto la primera ley de la razón para Hobbes es la que prescribe la búsqueda de la paz (*pax est quarendam*). Para salir del Estado de naturaleza de manera definitiva y estable, los hombres pactan entre sí la renuncia recíproca de derechos que tenían en el Estado de naturaleza y su cesión a favor del soberano (*pactum sobiectionis*). En el Estado de naturaleza no existe lo justo ni lo injusto porque no existen convenciones válidas.

En el Estado civil lo justo y lo injusto descansan en el acuerdo común de los individuos de atribuir al soberano el poder de decidir sobre lo justo y lo injusto. Por lo tanto, para Hobbes la validez de una norma jurídica y de su justicia no se diferencian, porque la justicia y la injusticia nacen juntas con el derecho positivo, es decir al tiempo con la validez. Mientras que

se permanece en Estado de naturaleza no hay derecho válido, como tampoco hay justicia; cuando surge el Estado nace la justicia, pero nace a un mismo tiempo con el derecho positivo, así que donde no hay derecho tampoco hay justicia y donde hay justicia quiere decir que hay un sistema constituido de derecho positivo (Bobbio, 2005: 32).

Se afirma en general que el derecho positivo está lleno de lagunas, y que para llenarlas es necesario confiar principalmente en el poder creativo del juez, o sea, de quienes están llamados a resolver los infinitos casos que suscitan las relaciones sociales, más allá y por fuera de toda regla pre constituida (Bobbio, 2005: 214). Lo que refleja esta posición es que existe una crítica a la plenitud del ordenamiento jurídico, es decir una revuelta contra el monopolio estatal del Derecho desarrollado a finales del siglo XIX, enfatizando que es necesario acabar con la creencia de que el Derecho estatal es completo. Más aún se ataca también el envejecimiento del “código” que no daba respuestas o ignoraba la complejidad de la sociedad industrial, y a esto se sumó la polémica contra el Estado por parte del marxismo y la sociología positivista¹⁸, animados por una crítica contra el monismo estatalista y el mito del Estado, uno de cuyos elementos era el dogma de la plenitud (Bobbio, 2005: 214).

Observaciones al positivismo jurídico

Además de la caracterización de la crisis del positivismo jurídico, se puede agregar que esta tiene raíces en las diferencias entre iusnaturalismo y iuspositivismo en los tres sentidos diferentes enunciados por Bobbio: como ideología o punto de vista moral acerca de la mejor forma de organización

18 La Sociología del derecho, es la única ciencia posible para estudiar el Derecho, afirma Ehrlich, en Robles (1997: 31): “Es la verdadera ciencia jurídica, la doctrina científica del derecho. Es una parte de la sociología que, como tal, tiene que utilizar el mismo método que ésta: la observación directa de la vida. Y como la sociología estudia hechos, la Sociología del derecho tendrá por objeto la investigación de los hechos jurídicos o hechos del derecho, con lo que se sustituye la concepción tradicional de las fuentes por una concepción sociológica de las mismas: el derecho no surge básicamente de la ley ni de las decisiones, sino de la vida misma de los grupos sociales”.

política; como teoría explicativa del derecho, y; como posición conceptual sobre el Derecho y sobre el modo de aproximarse a su conocimiento. Prieto Sanchís (2003: 24) inclusive va más allá y alerta que para observar la crisis procede preguntar además, ¿En qué medida iusnaturalismo y iuspositivismo se hallan en el origen de una institución como puede ser el control de constitucionalidad?

Pues bien, si el iusnaturalismo en sentido ideológico respalda la limitación del poder en base a unos principios no positivos de justicia, cuya observancia es la condición de la obediencia al Derecho, “El esquema, es obvio decirlo, permite sustituir la idea de principios no positivos por la idea de Constitución como norma suprema (Prieto Sanchís, 2003: 24).

En cambio el positivismo ideológico, al menos en su versión más radical, afirma aproximadamente lo contrario de la cita anterior, esto es: “(...) no sólo que el Derecho positivo es el único Derecho, sino que en él se agota toda posible normatividad porque la voluntad del poder indica al mismo tiempo que obligaciones jurídicas tenemos y qué deberes morales hemos de cumplir”¹⁹. Entonces, para el positivismo jurídico no hay otra justicia que la legal, esta afirmación connota un legalismo ideológico: la ley como expresión de la voluntad soberana, debe ser la suprema e indiscutible fuente del derecho y sobre ella no cabe control alguno.

Queda claro entonces que si el legalismo ideológico es una tesis positivista, o en la medida en que lo sea, el constitucionalismo comporta una negación de aquel. Es decir, el constitucionalismo actual dotado de una densidad normativa a base de principios, derechos y directrices sustanciales dirigidas al legislador, no puede convivir con una concepción de Derecho en la que la voluntad del legislador carece de límites. Prieto Sanchís (2003: 25) para ilustrar mejor el caso cita a Ferrajoli, quien sostiene que: “El constitucionalismo corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico.”. Es decir, si la primera revolución se expresó en la

19 La nota esencial de un Estado es la existencia de un poder del mismo. Este poder no puede derivar de ningún otro, sino que tiene que proceder de sí mismo y según su propio derecho. El contenido de este poder de dominación es completamente indiferente para su existencia. Allí haya una comunidad con un poder originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, conforme a un orden que le es propio, allí existe un Estado (Jellinek, 2004: 445).

omnipotencia del legislador, esta segunda se basa en el “principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial), lo que implica el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y derechos. Derechos constitucionalizados que son derechos *prima facie*, precisamente porque se basan en principios que permiten al operador jurídico judicial una interpretación ilimitada en función de la justicia, y no de la mera aplicación de la ley”²⁰.

Para concluir el tema de la crisis del positivismo jurídico cabe referir a Ferrajoli (2003: 15) cuando reitera que el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbsiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del derecho, sobre el principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad.

El Estado de derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de afirmación del Derecho válido y antes, aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son de su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa (Ferrajoli, 2003:15).

De aquí el cambio de paradigma de la jurisdicción, que deja de ser producción jurisprudencial del Derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación.

De ello se sigue el carácter también tendencialmente cognoscitivo del juicio. Precisamente, el hecho de que la ley sea preestablecida convencional-

20 Prieto Sanchís argumenta que el constitucionalismo comporta una negación del positivismo, lo que no supone negar la influencia del positivismo en la formación del Derecho constitucional moderno, conforme lo sustenta (García Pelayo, 1959, en Prieto Sanchís, 2003: 25) “(...) se trata de una Constitución concebida como el simple orden jurídico del Estado, un concepto racional despojado de toda referencia axiológica de índole política o moral y resaltando la pura normatividad formal”. De ahí que “para el positivismo lo jurídico se identifica con lo legal; no existe más derecho que el expresado en la ley, a la que, por otra parte, no se le exige que tenga un contenido determinado, sino que este puede ser de cualquier índole. El liberalismo sustancial se había convertido en liberalismo formal; el Estado de Derecho, en Estado legal”.

mente por una autoridad, según la fórmula hobbsiana, sirve, en efecto, para transformar el juicio de verificación de lo que ha sido preestablecido por la ley, según el principio simétrico y opuesto *veritas, non auctoritas facit indicium*. Y sirve, pues, para dar fundamento a todo el complejo de las garantías: desde la certeza del Derecho a la igualdad ante la ley y la libertad frente a la arbitrariedad, de la independencia del juez a la carga de la prueba para la acusación y a los derechos a la defensa. Se evidencia el extraordinario alcance de la revolución producida con la afirmación del principio de legalidad por efecto del monopolio de la producción jurídica (Ferrajoli, 2003: 16-17).

En el afán de evitar ambigüedades respecto a la vigencia del positivismo jurídico, procede la observación que hace García Figueroa (2003: 186), él sugiere que el positivista habría de acompañar su teoría descriptiva del Derecho con una teoría normativa de la argumentación jurídica que guíe al operador jurídico en el ejercicio de su discreción en los casos difíciles, y concluye sugiriendo que no parece posible pensar una teoría del Derecho que no sea en alguna medida positivista. En este sentido discurre el autor:

El positivista se concentró en el ser del Derecho frente al iusnaturalismo que lo había confundido con su deber ser. Hoy en día esta confusión se halla bajo control y lo que interesa es, más allá del ser y del deber ser del Derecho, estudiar que puede llegar a ser el Derecho argumentativo en los actuales estados constitucionales (García Figueroa, 2003: 186).

Efectivamente, este es el desafío en el Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional: estudiar que puede llegar a ser el Derecho argumentativo en los actuales estados constitucionales, pero además corresponde evaluar la aplicación del neoconstitucionalismo y pensando en qué, por una u otras circunstancias, su ineficacia puede poner en riesgo el propio modelo político de Estado plurinacional.

Capítulo V

El Derecho ambiental: conceptos y evolución

Introducción

La normativa legal no ha surgido como producto de una actitud íntimamente relacionada al interés general o colectivo de los pueblos, sino en base a intereses de carácter económico y político fundamentalmente ligados a los grupos detentadores del poder¹, los mismos que a través de sus conductos de interrelación con el Estado, logran estructurar un marco jurídico-institucional que no ponga en riesgo el sistema y modelo socioeconómico-político liberal, tampoco la forma capitalista de acumulación y de apropiación privada y monopólica de los recursos naturales.

Por otra parte, movimientos sociales y políticos, medios de comunicación, universidades, ONG nacionales e internacionales y más actores privados y estatales, han logrado formular desde una visión crítica, innovados marcos conceptuales relacionados a la crisis ambiental y su implicancia de carácter local y planetario. Esta crisis ha generado situaciones de tensión y conflicto que sugieren cambios y transformaciones trascendentes en el marco normativo, institucional y de políticas públicas. Desde

1 El Derecho ambiental es producto de un acumulado de leyes internas, y de documentos e instrumentos internacionales, conocidos comúnmente como *soft laws* (leyes blandas), cuyas disposiciones no son de carácter obligatorio y con frecuencia en la redacción de estos no se contemplan mecanismos para hacer cumplir sus disposiciones, ni sanciones para los casos de no acatamiento por parte de un Estado o los particulares. El Derecho internacional es fuente del Derecho ambiental.

finales del siglo anterior en todo el mundo regiones enteras de bosques maduros, montañas, cuencas hidrográficas, océanos, sistemas lacustres, además de la contaminación, efecto invernadero, pérdida de la diversidad biológica, etc., han captado la atención de la opinión pública y de los escenarios políticos globales, en el marco de los debates sobre ambiente y desarrollo.

En este sentido, casi nadie ha sido indiferente a la crisis; incluso se volvió algo común a fines del siglo anterior saber que vivimos en ecosistemas locales interrelacionados a ecosistemas regionales que se integran a su vez al ecosistema planetario. Este proceso es lo que se ha dado en llamar “interdependencia ecológica” (Conca et al., 1993 en Ortiz, 1997: 9-10). Y esto confirma que los daños al medio ambiente no se restringen ya al lugar donde se inician, sino que producen efectos en cadena que, a su vez, exigen soluciones en un ámbito mayor, muchas veces mundial o global (Conca et al., 1993 en Ortiz, 1997). En consecuencia, también desde estos espacios ha habido enorme injerencia para que los estados promulguen normas ambientales más acordes a las exigencias ecológicas, culturales, es decir, correspondientes a la sostenibilidad y desarrollo humano.

También es evidente que el Estado liberal capitalista a través de sus diversas instancias político-administrativas connota preocupaciones ambientales que se reflejan en la promulgación de un marco regulatorio básico y establecimiento de mínimas políticas ambientales públicas, aún solamente políticas, toda vez que el modelo de desarrollo sostenible en lo económico, es extremadamente incipiente y únicamente exigible de acuerdo a las posibilidades de cada Estado, conforme a la Declaración de Río 92.

Algo que llama positivamente la atención es la convocatoria a la suscripción de un *nuevo contrato natural*², un nuevo planteamiento teórico que pretende revolucionar el campo del Derecho, de la filosofía política y el estudio de la problemática ambiental. La idea del contrato natural en realidad no es nueva, toda vez que ya en el siglo XVIII había sido plante-

2 La Revolución Francesa (1789-1799) se constituye en la posibilidad real de trascender la monarquía absoluta al planteamiento de un contrato social que imponía la democracia representativa; sin embargo el planteamiento de Morelly y Holbach iba más lejos, puesto que pretendía no sólo a los seres humanos sujetos de derecho, sino también de la naturaleza; era no sólo el planteamiento de un contrato social sino también de un contrato natural (Zárate, 1992: 16).

ada, pero se la retoma hoy cuando la vida humana en particular y la vida del planeta en general se ven amenazadas. Efectivamente, el desenvolvimiento social está en contra vía del desenvolvimiento natural. Desde el siglo XVIII se ha intensificado la ruptura del equilibrio y la armonía natural de la cual hombres y mujeres hacen parte; el ecosistema planetario está alterado, la biodiversidad es cada vez más reducida, el concepto de utilidad genera otro antagónico como lo inútil, lo improductivo, lo desechable, la maleza. El contrato social siempre ha requerido de un contrato natural (Zárate, 1992: 16).

Este trastocamiento jurídico-político implica una re-definición filosófica en función de dotarle de un enfoque sistémico a la propuesta jurídico-política en materia socio-ambiental, es decir, para impulsar una transformación civilizatoria que privilegie el saber ambiental, diverso y hasta simbólico que está en los intersticios sociales, en la periferia del poder y de la racionalidad cognitivo-instrumental.

Efectivamente, si la comprensión del mundo y la cultura continúa arraigada en la tradición histórica erigida sobre las bases liberales de la modernidad, la construcción ideológica que de allí emerge guía la práctica del derecho y la política, en el marco del ejercicio de la libertad individual, de la libre competencia económica, propiciatoria de un desarrollo de la ciencia y tecnología orientado al dominio prometeico del medio natural. En tales condiciones, la crisis ambiental pone en entredicho el modelo socio-económico-político liberal y su poderosa elaboración cultural. Toda vez que la crisis ambiental moderna se debe no solamente al desarrollo industrial y de la sofisticada tecnología, sino también a la red de símbolos con la que el hombre moderno ha sustentado y justificado su conducta depredatoria.

Augusto Ángel Maya, sustenta que el pensamiento moderno elaborado desde la época de los renacimientos y perfeccionado por la filosofía moderna, descansa en dos principios básicos: la desacralización del mundo y la sacralización de la libertad humana. Ante todo la desacralización del mundo. Para la ciencia y la filosofía moderna, el mundo es un objeto pasivo de conocimiento, regido por leyes mecánicas. La ciencia a su vez, es un instrumento para el dominio y la transformación tecnológica. Con la construcción de la ciencia moderna se rompieron los antiguos modelos

unitarios de comprensión del mundo, contruidos por las culturas primitivas. Los elementos ya no se comprenden como partes integradas de un conjunto, sino como recursos necesarios para la actividad tecnológica. Así los elementos pierden su funcionalidad originaria. Ya no se integran a un sistema coherente, sino que pasan a ser desperdicios difíciles de reintegrar de nuevo a los circuitos de la vida (Maya, 1992: 39 y ss. en Varios, 1992).

La cosmovisión liberal no reconoce los vínculos de las diversas culturas. En el espacio del mercado han desaparecido los ligámenes que forman el tejido social. El mundo moderno ha construido el mito de la libertad, contra la utopía del vínculo social. El hombre se asoma al mundo solo, desligado de todo caparazón cultural³. Y fue el pensamiento marxista el que intentó recuperar la importancia de las fuerzas sociales que construyen la historia y la vinculación del hombre con la naturaleza. Al margen de su ruptura como sistema político el socialismo dejó un legado digno a la historia de la humanidad, pero al igual que el sistema capitalista en materia ambiental, dejó estragos parecidos a los de aquel. La crisis ambiental está señalando los límites y los peligros de una cultura autónoma, establecida con independencia de las leyes que han venido construyendo los sistemas vivos durante millones de años. De ahí que se coincide en la necesidad de una nueva filosofía que defina con claridad la ubicación del hombre dentro del sistema natural y que establezca de nuevo los límites de la libertad, a la par de los nuevos equilibrios tecnobiológicos que garanticen la continuidad y el desarrollo de la vida.

En este sentido, se ha tratado de relieves algunas propuestas planteadas por científicos sociales contemporáneos (E. Leff, 2006; A. Touraine, 1997; F. Mires, 1995; J. P. Deléage, 1993; L. Ferrajoli, 2003; N. Bobbio, 1997; M. Mateo, 2006; Huanca Ayaviri, 2008) entre otros, y que al igual

3 Este hombre independiente ha construido su cultura, desligada de las leyes del sistema natural. Quiere explicar su historia por las decisiones autónomas de su voluntad, sin tener en cuenta las determinaciones del medio. Parece que hubiese vivido y construido su cultura sin plantas ni animales. De ahí que conciba al territorio como un simple paisaje para sus guerras o sus diversiones (Maya, 1992: 41). Lo que es más, como mera fuente de recursos en función de la apropiación privada, monopólica y de la acumulación del capital. Hasta el punto de fabricar políticamente espacios independientes, cuyos límites cortan los cauces de los ríos o dividen las montañas sin tener en cuenta la homogeneidad de los ecosistemas. Lo que importa es al final, transportar las mercancías y los recursos por objetivos eminentemente crematísticos.

que Ángel Maya (1992) o Beck (2006), de una u otra forma coinciden en que ni la ciencia, la filosofía o el derecho tal cual fueron contruidos por la modernidad son instrumentos eficaces para superar la crisis ambiental y la del mundo moderno. Más aún, rezeptando el clamor humano por la generación de formas de manejo ecosistémico planetario y sus recursos, han ido definiendo una ética que guíe el comportamiento individual, colectivo dentro del sistema general de la naturaleza. Concluyen en el imperativo de instaurar un sistema jurídico-político que comprenda las potencialidades y los límites del sistema natural, a la par de ir forjando una cultura que pueda servir como estrategia adaptativa, como referente y condicionante de la nueva dimensión humana vindicativa del sujeto personal, del sujeto comunitario, de la trama de la vida, en cuanto elementos constitutivos del contenido esencial de la transformación civilizatoria (Touraine, 2006; Leff, 2006).

Evolución jurídica ambiental (clave represiva)

Para establecer el ámbito jurídico que comprende la dimensión ambiental, se parte del estudio de las diversas formas de relación del hombre con la naturaleza, y de aquellas establecidas por el Derecho (Derecho vigente en un Estado de derecho o en un Estado constitucional). Considerando que la regulación de la naturaleza desde el interés del poder público ha quedado delimitada en los ámbitos del Derecho administrativo, que es el derecho que se ocupa de las nociones y disposiciones relativas al dominio público y, en consecuencia, a los bienes naturales que componen dicho dominio público.

Inicialmente el estudio de las relaciones entre el hombre y la naturaleza desde el punto de vista económico, se desarrolló a través de lo que se conoce como Derecho de los recursos naturales. Al respecto, el tratadista del Derecho ambiental, Pigretti (2000: 48) hace la siguiente reflexión:

... es el caso ahora de preguntarnos si el estudio jurídico del proceso vital de la naturaleza –no ya el económico– en cuanto a la vida, es decir, el estudio del ámbito jurídico relacionado con la biosfera, que sin lugar a

dudas está constituyendo el núcleo central del Derecho Ambiental, puede o no considerárselo incluido dentro de esta materia más general y troncal que es el Derecho de los Recursos Naturales.

Lo que está fuera de discusión, afirma, es la imprescindible e inmediata urgencia que tiene la ciencia jurídica de dedicar sus esfuerzos al estudio de las reglas que permiten el mantenimiento de la vida humana, desde todos los puntos de vista imaginables, y en el más amplio espectro. Las conductas humanas que en el caso sea necesario analizar, no se limitará al estudio de los aspectos dolosos o culposos tradicionales que el derecho penal posibilita, dado que el objeto a preservar, que es la naturaleza⁴, está siendo afectado aún por conductas que se estiman legítimas en las actuales condiciones, pero generan daños ambientales⁵. Este aspecto es clave en el caso ecuatoriano, considerando que el ordenamiento jurídico reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, y en la media en que en el Art. 11, numeral 6 de la CRE se establece que todos los derechos son iguales, en consecuencia los de la naturaleza también son exigibles y justiciables.

Derecho del entorno, derecho ecológico, son términos no asumidos por los tratadistas debido a limitaciones de interpretación que pueden provocar. Según (Pérez, 2000: 18) tanto, Martín Mateo, como Raúl Brañes consideran que dichas denominaciones corren el peligro de connotar un sentido más bien limitado y a diferencia del concepto derecho de biosfera propuesto por Pigretti, tendría un ámbito inconmensurable e indefinido, que no resulta apropiado para constituir una rama especializada del derecho. Pérez enfatiza que para él, el término “derecho del desarrollo sustentable” satisface las expectativas de la sociedad actual.

4 En este acápite cabe recordar, que la Constitución ecuatoriana de 2008, haciéndose eco de estas preocupaciones, es el primer cuerpo normativo constitucional que prescribe el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos (CRE, Art. 10).

5 El daño ambiental se configura cuando la degradación de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico adquieren cierta gravedad que excede los niveles estándar de calidad, estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que la convivencia pacífica y de respeto a la naturaleza impone necesariamente. El daño ambiental resulta ser toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio o uno o más de sus componentes bióticos, abióticos y sociales.

Al margen de que en ciertos círculos jurídicos se cuestione la existencia del Derecho ambiental, lo cierto es que en los diversos países existe un marco jurídico amplio que trata esta área especializada del Derecho y además, el legislador ha desarrollado algunos conceptos de la doctrina clásica jurídica y se los ha adaptado a los requerimientos de la protección del ambiente. En concreto: “El conjunto legislativo y el tratamiento de las instituciones del Derecho con énfasis en los requerimientos ambientales, configuran el denominado Derecho ambiental (Chiriboga, 2000: 522).

Michel Prieur, en Chiriboga (2000: 524) sostiene que el Derecho ambiental es aquel que por su contenido contribuye a la salud pública y al mantenimiento de los equilibrios ecológicos, la protección de la naturaleza y los recursos, la lucha contra la contaminación y los daños y el mejoramiento de la calidad de vida. Para Eduardo García Maynes, citado por Ramírez Bastidas (1998: 38), Derecho ambiental es el conjunto de normas que rigen en el país las relaciones del hombre con el entorno en el propósito de regular la conservación de los recursos naturales, su manejo adecuado y el ordenar las conductas que sobre él incidan.

Toda actividad estatal se presenta necesariamente bajo la forma de actos que crean o aplican normas jurídicas. Una norma jurídica que se sustenta en el cumplimiento de los trámites constitucionales para su expedición, crea la existencia de leyes válidas por su forma. Por ejemplo, en los principios en que se sustenta la gestión ambiental, el principio de “El que contamina paga” se traduce en la Ley, en la obligación de que quien cause el deterioro ambiental, solvente los gastos necesarios para prevenirlo o corregirlo.

Por su parte Zagrebelsky (1997: 103-104) induce a pensar que el llamado ecosistema actual, es el equivalente del cosmos cerrado de los antiguos, y la novedad más relevante que cambia nuestra relación con la naturaleza consiste en que ésta, por vez primera ha perdido la capacidad de vivir y regenerarse por sí misma. De ahí la exigencia de una revisión que cuestione la originaria promesa bíblica de la tierra como objeto de conquista del hombre, una promesa que hoy se asemeja irónicamente a una condena a muerte (Zagrebelsky, 1997: 103-104); y obviamente corresponde cuestionar la utopía originaria de la modernidad, cuyo modelo económico liberal se erigió y erige sobre el equívoco de pensar que los

recursos de la naturaleza son infinitos y en consecuencia explotables sin límites.

Para evitar la catástrofe, insiste Zagrebelsky, se ha abierto ya paso la convicción de detener aquellas alteraciones de la naturaleza que hagan caer más piedras de las que el hombre esté en condiciones de volver a subir. Pero su reflexión está dirigida a la necesidad de derechos-voluntad más mesurados, menos insolentes, más aún cuando ya se está reduciendo progresivamente la propia base material para el ejercicio de tales derechos. La voluntad no puede tutelarse como un derecho sin límites intrínsecos, porque ya no es ilimitado el campo físico “natural” en que se ejercita (1997: 104).

Definiciones: Derecho ambiental, ecológico o para la defensa de la vida

25 años atrás en Ecuador, Vladimiro Serrano convocó a una profunda reflexión respecto al Derecho ecológico y pergeñó las primeras nociones básicas internas a partir de fundamentos previos desarrollados por Martín Mateo en España, Guillermo Cano en Argentina y Raúl Brañes en México, o Michel Prieur en Francia, respondiendo a una base conceptual que se venía acuñando a partir de la Primera Conferencia Mundial de Naciones Unidas, realizada en Estocolmo en 1972.

La disciplina que nació en el momento, en que se comprendió que el entorno constituye, un conjunto, un todo, cuyos diversos elementos interaccionan entre sí. Siendo esta su verdad física y también sociológica, sólo percibida y entendida en la década de los setenta, su comprensión originó la elaboración de principios científicos y de técnicas para el manejo integrado de estos diversos elementos constituyentes del ambiente humano, en tanto conjunto o universalidad y no sólo en función de cada una de sus partes componentes o de los usos de estas. La aplicación de tales principios al orden físico y social originó la necesidad de trasladarlo al campo jurídico, y la de adaptar o reformular normas legales y nuevas estructuras administrativas para posibilitar su implementación. Esas normas legales y la doctrina que le es correlativa, son las que constituyen el Derecho ambiental (Guillermo Cano, en Serrano, 1988: 176).

Raúl Brañes sostiene que el Derecho positivo, o sector del sistema jurídico que integra lo que se conoce también como “legislación ambiental”, puede definirse como Derecho ambiental (Quintana, 2000: 18), y es:

...el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación de las condiciones de existencia de dichos organismos.

Conforme a Michel Prieur: el Derecho del medio ambiente es de carácter horizontal, que abarca las clásicas ramas del derecho (privado, público e internacional) y un derecho de interacciones que tiende a penetrar en todos los sectores jurídicos para introducir la idea ambiental. Estos sectores normativos, cubiertos por el Derecho ambiental, pueden referirse a los aspectos institucionales de las estructuras políticas y administrativas de decisión y a las cuestiones materiales relacionadas con la definición del medio ambiente. Si se toma en cuenta el criterio institucional, el Derecho ambiental sería: “El conjunto de reglas jurídicas relativas al medio ambiente que relevan de la competencia de la autoridad ambiental”, sea este ministro, director o concejo⁶ (Chiriboga, 2000: 524).

Por su parte Pérez (2000) fundamenta que lo sobresaliente para Prieur es que el núcleo del Derecho ambiental está constituido por el derecho de

6 Un enfoque más amplio y apropiado del derecho ambiental (Pérez, 2000: 21) incluye los conceptos y definiciones constantes en el Derecho positivo, vale decir, la legislación vigente a la época. Así, se añaden al medio ambiente sectores como los “sitios, monumentos, paisajes los recursos naturales” que no estaban contemplados en las nociones tradicionales del Derecho ambiental. También se incorporan sectores que antes estaban constituidos en cuerpos jurídicos más o menos estructurados como el derecho forestal, el derecho rural, el derecho minero. La Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) de Chile, incorporó una legislación de relevancia ambiental que sin ser estrictamente ambiental generó efectos ambientales significativos, y enfatiza Pérez (2000), el orden de clasificación se realiza con base en descriptores temáticos, que permiten buscar las normas jurídicas aplicables a “una materia”, “cuestión o problema ambiental específico”. Este esquema aparece apropiado para el análisis y desarrollo del estudio de las normas jurídicas, porque consigue integrar diversos elementos pertenecientes a situaciones determinadas. En cambio, para efectos de implementación jurídica, es menos relevante la clasificación de normas deliberadas o casuales, puesto que poco importa la intención con que fueron dictadas, sino que la importancia casuística depende de si afectan o no al medio ambiente, los recursos naturales y su manejo, es decir, en palabras de Brañes, la lectura que se haga de ellas.

la naturaleza, el derecho de las contaminaciones y los daños y el derecho de los monumentos naturales y de los sitios. En segundo lugar, cierta legislación está incidida por el Derecho ambiental, como el urbanismo, el derecho rural, el derecho de los monumentos históricos, el derecho de la minería, el derecho del ordenamiento físico del territorio, (*aménagement du territoire*), el derecho aplicable a los espacios frágiles (litoral, montaña, zonas húmedas). Finalmente, otros derechos pueden ocasionalmente ser influidos por el Derecho ambiental (derecho laboral, derecho del consumidor, derecho de la energía, derecho económico, derecho de los deportes y diversiones, etc.).

Prieur define al Derecho ambiental, como el estudio de las reglas jurídicas existentes en materia del medio ambiente. El Derecho ambiental –afirma– debe definirse según un criterio finalista, y es aquel que por su contenido contribuye a la salud pública y al mantenimiento del equilibrio ecológico. Así, el Derecho ambiental comporta “una obligación de resultado”. Prieur concluye afirmando que el Derecho ambiental no cumple su función sólo si su finalidad es efectivamente la protección de la naturaleza y los recursos, la lucha contra la contaminación y los daños y el mejoramiento de la calidad de vida. En consecuencia, se puede agregar, el Derecho ambiental para ser tal, debe ser un instrumento de transformación integral.

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

El Derecho ambiental, en cuanto cuerpo normativo objeto preferente de la presente investigación, es aquel que contempla las agresiones ambientales directas, bien para prevenirlas, bien para reprimirlas, o para repararlas. Y puede estructurarse internamente sobre la base de las categorías de conductas que pueden incidir sobre los elementos que son objeto de protección en función de su mayor o menor trascendencia para el medio, teniendo presente las propias características de este, o atendiendo al sistema administrativo general establecido en el país, por ejemplo:

- Tratándose de las aguas, cabe distinguir entre la tutela de las aguas terrestres, de las marítimas litorales y de las internacionales.
- El control de la contaminación atmosférica en general, que puede ser de diferente regulación al de la contaminación vehicular.
- Determinado tipo de agresión como la radiactiva y la sónica también está sustantivada, al igual que la eliminación de residuos sólidos o de los tóxicos peligrosos, etc.

Una consideración relevante tiene relación a la Ecología y al Derecho ambiental, toda vez que la Ecología es la ciencia que estudia las relaciones de los organismos entre sí, con el medio que les rodea. Todo organismo está íntimamente relacionado con el medio –tanto físico como biológico– intercambiando con él continuamente materia y energía. Esta definición asumida por Ernesto Hake (1834-1919) hacia 1869, la utilizó para designar el estudio de las relaciones de un organismo con su ambiente inorgánico y orgánico. Posteriormente Alexander von Humboldt (1769-1859), fue el primero en considerar a las plantas en relación con el medio que las rodea y Charles Darwin (1809-1882), en su obra “El origen de las especies” extendió esta misma idea al mundo animal; conceptos de “lucha por la existencia” y “supervivencia del más apto”, tiene en realidad un alto significado ecológico para llegar a comprender en forma unitaria y evolucionista la naturaleza (Padilla Hernández, 2000: 15 y ss.).

La Ecología moderna es asumida a partir de 1930, dada la necesidad de generalización y de descubrir leyes aplicables a todos los seres vivos –insiste el autor– el estudio de la interrelación entre los organismos o entre ellos y el medio no puede realizarse olvidando la gran diversidad del mundo animal y vegetal y las leyes generales establecidas ya en el siglo XIX, por ejemplo, los avances en la química y los errores ecológicos por la utilización inadecuada de productos químicos. De ahí que la Ecología demuestra como el ser humano no puede infringir impunemente las leyes de la naturaleza sin sufrir antes o después las consecuencias que ni el propio desarrollo de la técnica puede ya impedir (Padilla Hernández, 2000: 15 y ss.).

De aquí se infiere las razones por las cuales el Derecho ambiental está intrínsecamente relacionado a la Ecología, y se afianza en ella para funda-

mentar sus proposiciones técnico-legales y político-jurídicas, tamizadas desde luego por un soporte filosófico suficientemente desarrollado.

Por su parte Ramírez Bastidas (1998: 62) cuando hace referencia a la evolución del Derecho ambiental, se remonta a la época en la que el ser humano vivía en armonía con la naturaleza sin pretensión de dominarla y considerándose parte constitutiva de ella. Enfatiza en el carácter igualitario de propiedad de los recursos naturales y de la tierra, que era colectiva, después pasó a ser familiar y posteriormente individual, hecho este que –simultáneo al asentamiento de los pueblos en comunidades agrícolas y pastoriles–, marca el comienzo de la civilización.

Es de conocimiento general que en el Derecho romano, a partir de las Doce Tablas se titularizó la propiedad de la tierra en cabeza del paterfamilia y con caracteres absolutos. Ampliando el análisis sobre el régimen de propiedad cabe recordar que en Roma, en el período en el que el derecho de propiedad tiene el carácter de individual, a través de la legislación se consideran formas de propiedad colectiva y que tomaba parte de la llamada *potestas*, es decir, que estaba sometida a la autoridad del padre de familia y que con el nombre de *mancipium* ejerce sobre bienes y personas. Posteriormente se rompe esa rigidez patriarcal y la ley de las Doce Tablas incorpora el llamado *heridium*, que hace transmisible los bienes inmuebles entre los descendientes, y el dominio se torna de carácter absoluto. Desde esa ley priman tres principios: el *ius utendi* que constituye el derecho a servirse de la cosa poseída de la manera a que a bien tenga el propietario; el *ius fruendi*, que es el derecho a guardar y percibir todos los frutos que provengan del bien poseído; y el *ius abutendi* o derecho de disponer de la cosa de manera absoluta, ya sea transformándola, enajenándola o destruyéndola.

En la época feudal⁷, la propiedad de la tierra fue concedida por el soberano a los nobles por medio del llamado “contrato de fundo”, que dio

7 En la época feudal, las nociones de propiedad y soberanía se confunden con las del señorío y los modos o formas de propiedad tienen total vinculación con la estructura social. Al siervo noble se le atribuye un derecho de uso y goce perpetuo con la condición de fidelidad y servicio militar hacia el señor feudal; el plebeyo en cambio no era propietario y sólo tenía el derecho de usufructo, que fue considerado como un medio o forma de dominio que le permitió poco a poco ir apropiándose del bien, lo que desde el punto de vista de la propiedad, no es más que la consolidación de ella en manos de los llamados arrendatarios.

lugar al surgimiento a los conceptos de dominio corriente –correspondiente al soberano– y dominio útil –del concesionario o señor feudal–, el último de los cuales tenía calidad de perpetuidad y exclusividad aunque debía soportar servidumbres para la conservación de recursos como el agua y bosques, y actividades de caza, pesca y minería. La prevalencia de los derechos de dominio creó dificultades entre soberano-señor feudal, que culminó cuando los nobles terratenientes renunciaron a la propiedad inmueble a favor de la burguesía (en agosto de 1789-1793), con la concreción de la Revolución Francesa.

En cuanto se consolidó la Revolución Industrial, se establecieron nuevas relaciones sociales de producción y una marcada división del trabajo, que trajo como consecuencia la hegemonía de la burguesía y la filosofía liberal que se reflejaba a través del individualismo en lo económico y de las libertades en lo político, tal como se consagró en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, con la Revolución Francesa, que proclamó a la propiedad como inevitable y sagrada con inmediatos reflejos en el Código Civil francés de 1804, antecedente inmediato de varios códigos civiles de América Latina; cabe tener en cuenta que el Código Civil estructurado por Andrés Bello tenía aquella base jurídico-política y rigió en gran parte del continente. Así por ejemplo –recalca Ramírez Bastidas–, el bien ambiental identificado como biosfera fue considerado un *res nullius*, que adquiriría la calidad de bien jurídico cuando se convertiría en objeto de apropiación de personas individuales, respuesta al pensamiento del siglo de las luces, que estimaba como único valor a la razón humana mientras que la naturaleza era algo inútil que sólo el trabajo del hombre le brindaba utilidad (1998: 63).

En el siglo XV, con el apareamiento del individualismo jurídico y que tuvo su apogeo en el siglo XVI, basado en la teoría del derecho natural que considera a la propiedad como uno de los derechos absolutos del hombre y conforma el denominado patrimonio individual. Este concepto llegó a estructurarse en todo el derecho y se plasmó en la Declaración del Hombre y del Ciudadano en 1789. Lo propio ocurrió con el individualismo agrario gracias a la partición de los bienes comunales, la prohibición del libre pastoreo que tiene como consecuencia el derecho a que el propietario fije los límites cercando los campos y los prados.

A partir de esta concepción de la propiedad se han producido profundas transformaciones en la sociedad. Posteriormente se establecen límites al uso y goce de la propiedad, puesto que estos no pueden ser arbitrarios, sino sujetos a normas.

En el mismo sentido Quintana (2000: 20), al revisar la historia del régimen de propiedad, enfatiza que hacia 1794 cuando se compendia las ideas centrales del Código Civil francés⁸ se asumía que: “tres cosas son necesarias y suficientes para el hombre en su vida social: ser dueño de su persona, contar con bienes para satisfacer sus necesidades y poder disponer en su propio interés de su propia persona y de sus bienes. Todos los derechos civiles se reducen entonces a los derechos de libertad, de propiedad y de contratar...”. De ahí se desprende que la libertad económica se tradujo en la columna fundamental del desarrollo humano, generando así la propiedad privada. Y precisamente, sobre los principios señalados anteriormente, se instituyó el Derecho liberal sobre el que se sustenta el sistema capitalista.

En adelante los individuos aprovechan de los bienes que la naturaleza no hubiera reservado para la explotación común de la humanidad, acarreado con ello su usufructo arbitrario y desmedido, como si se tratase de un derecho absoluto. Esto dio génesis a lo que se conoce como “economía social de mercado”, particularmente iniciada a partir de 1973 en Alemania, Inglaterra y EE.UU. de Norteamérica. Los hechos referidos generaron efectos ambientales al definir el régimen jurídico de los recursos naturales, y que como se ha señalado, ya en la modernidad el Derecho

8 Las concepciones modernas de la propiedad han estado sujetas a los diferentes ordenamientos jurídicos bajo influencias filosóficas, políticas y sociales liberales en particular.

1) La concepción liberal está contenida en el Art. 1544 del Código Napoleónico, que dice “la propiedad es el derecho a gozar y disponer las cosas de manera absoluta” cuyo fundamento consta en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa (1789). El Código francés, a pesar de la facultad absoluta del derecho de dominio que reconoce, no dejan de constar ciertas limitaciones que impiden el dominio absoluto y aún más en el caso de los servicios prediales. Esto se extiende a nivel universal.

2) La concepción social es la más moderna de las tendencias jurídicas y orienta la función social de la propiedad, pero sigue siendo un derecho real subjetivo que confiere a su titular el ejercicio de derechos inherentes a la propiedad.

3) La concepción marxista leninista sostiene que el derecho de dominio o propiedad es la consecuencia de un proceso histórico de la lucha de clases y que en la sociedad comunista sin clases, producto de la revolución y toma del poder por parte del proletariado, no subsistirá ningún derecho de propiedad, debido a la anulación de la propiedad sobre los medios e instrumentos de producción y con la eliminación de la explotación del hombre por el hombre. Proclama el carácter jurídico público en el terreno económico y solo reconoce la propiedad personal de los efectos de uso doméstico y personal que en definitiva es mínima en relación a la propiedad colectiva.

liberal capitalista se instala con una posición dirigista, en la que el Estado se transforma y se arroga, entre otras funciones, la protección del medio ambiente en función de sus propios intereses y de los grupos hegemónicos que ostentan el poder.

Actualmente la visión holística y sistémica del ambiente⁹, lo considera como un todo; pero ese todo no es el resto del universo en razón de que algo formará parte del ambiente en la medida en que pertenezca al sistema ambiental de que se trata, premisa que ha permitido la evolución del Derecho ambiental hasta el punto de juzgar que la legislación elaborada en base a esa visión, constituye la piedra angular del Derecho ambiental.

Las referencias hechas son importantes en la medida en que permiten correlacionar la evolución del pensamiento político-económico y del filosófico-jurídico en cuanto a la caracterización de los bienes y su calidad, para la apropiación individual y usufructo. Para comparar con lo que actualmente sucede respecto a los intereses o derechos difusos¹⁰, derechos de

9 Se asume que el ambiente es un bien jurídico, y como tal es objeto de tutela legal. El bien jurídico es aquel que encuentra protección en un instrumento normativo con fuerza legal. El ambiente es tutelado por la importancia que dicho bien constituye para la sociedad. Si el ambiente no fuera objeto de tutela por la ley, no podrían intentarse demandas en nombre y representación del ambiente y los recursos naturales. Esta claro que al ambiente no se lo desagrega en los elementos que lo integran, es decir, el aire, suelo, paisaje, flora y fauna. El ambiente es el todo, en consecuencia, quien recibe la protección jurídica no es el aire, el suelo, los árboles o animales que se encuentran en un lugar, sino el todo (ambiente) que comprende todos los elementos que lo integran y las relaciones que se suceden u originan en él.

10 De los intereses o derechos difusos: son intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa, de tal forma que la satisfacción o la lesión del fragmento o fracción de interés que atañe a cada uno alcanza o afecta, simultánea y globalmente los intereses del conjunto comunitario. En general comprenden una amplísima gama de verdaderos derechos vitales que hacen a la calidad de vida. preservación del medio, tutela de la fauna, defensa de los derechos del consumidor, protección de los bienes históricos arqueológicos, que no se alojan en el exclusivo patrimonio de una persona singular; pues comprometen la suerte y el destino de un grupo, medio o colectividad. El interés difuso no se identifica ni con un interés personal o individual, ni con el interés social en su concepto estricto –como imputable a una determinada organización jurídica colectiva–, sino que más bien se lo podría ubicar “delante del interés individual pero detrás del interés colectivo”, en una especie de *tertium genus*, con matices propios (Goldenberg y Cafferatta, 2001: 19). Los intereses difusos se caracterizan como aquellos que no son ya sólo de uno o de varios sino, mejor, de todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte, en lo que concierne al enriquecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento o consumo sin reposición, angustia el conjunto de lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobre manera de las generaciones

incidencia colectiva, derechos de titularidad indiferenciada, trans-personales, meta-individuales, derechos públicos subjetivos plurales. En última instancia, son derechos que “de oscuros personajes en el paisaje jurídico, han subido a derechos constitucionalmente prioritarios, preferentes” (Goldenberg y Cafferatta, 2001: 18).

En base a las premisas liberales capitalistas a estos derechos se los pretende considerar como *res nullius*, a fin de seguir favoreciendo su apropiación privada y monopólica, en desmedro de los intereses colectivos o sociales y transgeneracionales.

Legislación ambiental

Conforme ya se ha mencionado, en la temática ambiental se asume la existencia de una amplia gama de legislación nacional, supra estatal, doctrinaria y jurisprudencial sobre la materia, todas configuran el denominado “Derecho ambiental” y que para ciertos sectores más bien es el “Derecho del desarrollo sustentable”.

Los diversos tratadistas y en particular Guillermo Cano, proponen un análisis ambiental en general basado en instituciones, las mismas que parten de la definición de ambiente humano o entorno, el mismo que incluye:

- El ambiente natural: es el que se encuentra en su estado original; sobre el cual, no ha influido el hombre. Está constituido por los recursos naturales y los fenómenos naturales.
- El ambiente inducido o cultivado: es el que el hombre induce o influye en la producción de recursos naturales, producto de la agricultura, silvicultura, ganadería, acuicultura, energía secundaria.
- El ambiente creado o producido: es el producido por la acción humana, edificios, construcciones (diques, caminos, etc.), productos manu-

futuras. Se llaman intereses difusos porque están desparramados o compartidos entre todos cuantos componen esa sociedad o ese grupo, porque no pertenecen individualmente a una persona o varias, sino a “todo” el conjunto que esos intereses afectan (Goldenberg y Cafferatta, 2001:19).

facturados (alimentos, remedios, fertilizantes, pesticidas) y los elementos fabricados que forman el ambiente sensorial: ruido, olores, sabores, paisajes creados.

- El ambiente humano: el hombre mismo en su condición integral.

No obstante reconocer la importancia de la clasificación de Cano, Pérez (2000: 21) advierte que ésta fue útil en la etapa de desarrollo del Derecho ambiental sudamericano hasta el año 2000, y que esa clasificación ya no procede porque numerosos elementos como el agua, por ejemplo, se clasifica tanto en el ambiente humano como en el natural y además como recurso natural, lo que obliga a estudiar dicho recurso en cada clasificación desde un punto de vista diferente. En el caso ecuatoriano a partir de octubre de 2008, el Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional, CRE, Art. 12, prescribe al agua como derecho humano¹¹.

Esta observación tiene sentido porque actualmente corresponde analizar los problemas ambientales específica e integralmente y desde el punto de vista del desarrollo sustentable, a la vez en el ambiente humano, en el ambiente natural y de los recursos naturales; sea en base al enfoque de conservación del ambiente, utilización de recursos naturales, etc., y en el contexto socio-económico-político en el que dichos problemas ocurran.

Siguiendo a Pérez (2000: 25) el Derecho ambiental se centra en la racionalidad del desarrollo sustentable, para el cual la producción, el aprovechamiento y uso de los recursos naturales están íntimamente ligados a la conservación ambiental, en consecuencia, ambos temas deben tratarse conjunta y coordinadamente. Para el desarrollo sustentable el crecimiento económico y conservación son insolubles y necesarios para “el mejoramiento de la calidad de vida humana dentro de la capacidad de carga de los ecosistemas”. Más aún, conforme a la proclama de las Naciones Unidas a través del PNUD, el desarrollo humano es incompleto si no se incorpora la libertad del individuo. El desarrollo sustentable es real si incluye: vida prolongada y saludable, educación, acceso a los recursos ne-

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

cesarios para un nivel de vida decente, libertad política, garantía de los derechos humanos y no violencia.

En la legislación ecuatoriana el Derecho ambiental toma en cuenta, además de las disposiciones dictadas para la regulación de la contaminación, protección de recursos naturales y ambientes específicos como las áreas protegidas; aquellas normas que no han sido dictadas con el objeto de regular el ambiente, pero que inciden de manera positiva o negativa en éste, como el caso de los programas de asentamientos humanos donde la superpoblación constituye un factor contaminante y peligroso, o la repartición de tierras, las leyes agrarias y de fomento agrícola, por ejemplo. En consecuencia, de la necesidad de proteger el ambiente nace el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y que ha sido establecido en Constitución, en la Ley de Gestión Ambiental, y que podría ser sustituida por un Código ambiental conforme a criterio expuesto a septiembre del 2011, por miembros de la Asamblea Nacional ecuatoriana.

Fuentes del Derecho ambiental (supra estatal y nacional)

Las fuentes no difieren en lo sustancial de las fuentes generales del Derecho, y los diversos tratadistas coinciden en señalar que son, la Constitución (instrumento jurídico político que determina el “ordenamiento jurídico” del Estado)¹² las leyes civiles, penales, mercantiles, procesales,

12 En el Estado de derecho, el Derecho, para solucionar los conflictos de intereses tiene que buscar respuestas o relaciones prácticas que se interpongan a todos por igual, de modo que sus normas se cumplan inexorablemente. Para cumplir con ese propósito práctico, el Derecho se apoya en el poder social que es el ente más fuerte de todas las fuentes del Estado. Por lo mismo el Derecho necesita del poder político organizado para cumplir con su misión. En consecuencia Estado o poder político y Derecho son interdependientes porque el Estado surge del Derecho y éste a la vez es dictado por él. El Estado no aparece sin el Derecho que es el que le da su forma, su organización, su estabilidad, su permanencia. Y el Derecho para cumplir con su propósito recibe del Estado el apoyo necesario a fin de que sus normas se cumplan. En consecuencia (conforme al positivismo jurídico) el poder del Estado es jurídico, es la expresión del poder del Derecho. El sistema jurídico señala las pautas dentro de las cuales ha de desenvolverse el poder político. Y para ello se establecen las delegaciones de poder y competencias debidamente jerarquizadas que responden, no al arbitrio, sino a los marcos fijados por el propio Derecho. El poder se entiende dentro del ámbito en el cual debe actuar el Estado constitucional, los individuos, ámbito que está establecido en la Constitución del Estado constitucional de derechos,

administrativas, laborales, fiscales, agrarias, mineras, ambientales, entre otras; La Constitución va primero no sólo por razón de jerarquía, sino también por orden cronológico, ella es la primera fuente del Derecho ambiental. En el caso ecuatoriano la materia ambiental tiene mayor énfasis a partir de la promulgación de la Constitución de 1998 y en la del 2008 aún más porque se eleva a categoría constitucional el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos (CRE, Art. 109).

En consecuencia tenemos:

- Constitución de la República como fuente principal
- El Derecho ambiental internacional a través de los tratados y convenciones internacionales
- La legislación ambiental específica, y es aquella que se ocupa de la materia ambiental en forma integral
- La jurisprudencia
- La costumbre
- Las determinaciones de los organismos internacionales
- Los principios generales del Derecho
- Las decisiones judiciales
- La doctrina
- La equidad
- Los actos unilaterales o disposiciones jurídicas que emanan del órgano de la administración pública encargado de proteger el ambiente.

intercultural y plurinacional, vigente en Ecuador a partir de octubre del 2008.

En lo que tiene relación a la constitucionalidad de los tratados y más instrumentos internacionales (Larrea Holguín, 1981: 450) señala: En primer término, es obvio que su negociación, suscripción, ratificación y entrada en vigencia, tienen que seguir las normas constitucionales, pues de otro modo serían formalmente inconstitucionales. En todo caso, si hubiera una causa de inconstitucionalidad sea formal o material, este es un problema que debe resolverse no sólo atendiendo a las normas internas del Estado, sino respetando los principios y disposiciones del Derecho internacional. El Estado que llegare a la conclusión de que un Tratado válidamente celebrado y ratificado, resulta inconstitucional, deberá o bien revisar o reformar su derecho interno, o acudir a los procedimientos aceptados por el Derecho internacional para desahuciar, reformar o llegar a la anulación del Tratado, pero no puede unilateralmente hacerse justicia por sí mismo.

División del derecho ambiental

Como cualquier otra rama del derecho, el Derecho ambiental se divide por su jurisdicción y materia:

- Derecho ambiental internacional
- Derecho ambiental nacional
- Derecho del desarrollo sostenible.

A partir de esta clasificación inicial se desagrega en una gama de materias:

- Derecho para la protección de la vida silvestre
- Derecho para el manejo sostenible de los recursos genéticos
- Derecho forestal
- Derecho para la prevención y control de uso del suelo
- Derecho de los recursos naturales, etc.

Y tantas ramas del Derecho que se relacionan con las emisiones al aire, descargas de efluentes al agua, desechos sólidos, desechos tóxicos peligrosos y hospitalarios, por ejemplo.

Caracteres específicos del Derecho ambiental

Conforme se viene sustentando, desde su génesis incide sobre conductas individuales y sociales para prevenir y remediar las perturbaciones que alteran el equilibrio de los sistemas ecológicos. El profesor Martín Mateo (1977: 84 y ss.) ya estableció los rasgos peculiares del derecho ambiental que legitiman su consideración como sector ordinalmente sustantivo, y que al margen de las modificaciones posteriores, por su importancia las resumimos a continuación:

- Sustratum ecológico

A diferencia de la normativa sectorial previa de carácter sanitario, paisajístico, defensora de la fauna o reguladora de las actividades industriales,

es el carácter sistémico lo que caracteriza al ordenamiento ambiental, es decir: la regulación de conductas que comporta no se realiza aisladamente, sino que toma en cuenta el comportamiento de los elementos naturales y las interacciones en ellos determinadas como consecuencia de las actuaciones del hombre.

- Espacialidad singular

El ámbito espacial frente a la normativa sectorial puede ser mayor o menor y depende del sistema que se trate, por ejemplo, tratándose del sistema de aguas se puede aludir al sistema global-terrestre, o a ciertos mares o de sus subsistemas hidrológicos continentales, o de un curso de agua o de un afluente. De nada vale por ejemplo, intervenir en la tutela de un afluente si se tolera la contaminación en el resto de las masas de agua directamente interrelacionadas. De aquí que el derecho ambiental cuestione los dispositivos organizatorios generales: nacionales y subnacionales actuales.

- Énfasis preventivo

Aunque el Derecho ambiental se apoya a la postre en un dispositivo sancionador, sin embargo, sus objetivos son fundamentalmente preventivos. Reconociendo que la represión lleva implícita una vocación de prevención, pero cuando las sanciones son mínimas, el contaminador paga la multa antes que cesar en sus conductas ilegítimas. De ahí que se plantea una mayor rigurosidad en la sanción y sobre todo eficacia a fin de fortalecer los efectos psicológicos de la sanción o de la compensación-sanción.

- El componente técnico-reglado

La normativa del Derecho ambiental incluye prescripciones rigurosamente técnicas que determinan y cifran los niveles de emisión o inmisión, la altura de las chimeneas, descargas permisibles, etc. En la actualidad se dispone de tablas técnicamente elaboradas que marcan las especificaciones de contaminación permisibles. Estas prescripciones técnicas marcan los

límites y umbrales y permiten modulaciones cuando se entrecruzan factores diversos que se resisten a un planteamiento puramente científico o matemático.

- Vocación redistributiva

Uno de los desafíos del Derecho ambiental radica en interiorizar los costos que suponen para la colectividad la transmisión de residuos y subproductos a los grandes ciclos naturales. A través de compensaciones, indemnizaciones, internalización de externalidades, el que contamina paga, etc. (Hoy se asume la internacionalización de la internalización de las externalidades).

Podrán conseguirse resultados ambientalmente aceptables si el Derecho ambiental consigue canalizar recursos para compensar a los perjudicados, remediar e implantar sistemas de control de la contaminación.

- Primacía de los intereses colectivos

El Derecho ambiental es un derecho público. Los conflictos que el Derecho ambiental aborda enfrentan habitualmente amplios sectores sociales: productores y consumidores, contaminadores y perjudicados, industriales entre sí, propugnadores del consumo y defensores de la calidad de vida, etc. Los intereses más relevantes son de carácter político y los respalda el Estado. Su carácter público no excluye el concurso del ordenamiento civil (privado) en lo que respecta a compensaciones o indemnizaciones en caso de culpa contractual (problemas ambientales que pueden generarse dentro de una relación por arrendamientos de predios, locales urbanos, etc.) o extracontractual (problemas ambientales que pueden generarse por culpa, o dolo, relación entre responsable y perjudicado).

Reiterando que la visión de Martín Mateo, respecto a los contenidos del Derecho ambiental, no es la única, Vladimiro Serrano (1988) señala que al Derecho ambiental le preocupa, ante todo, poder sustentar una legislación fundamentada sobre una ideología enraizada en las ciencias ambientales, en la biología, en la misma ecología. Hasta ahora —enfática—, los pasos han sido lentos, cuando no en dirección equivocada, por la fra-

gilidad política y económica de los gobiernos, especialmente del llamado tercer mundo; o por la irreconciliabilidad entre protección ecológica y desarrollo económico ilimitado. Se han hecho primar los intereses económicos y no preservacionistas cuando se trata de zonas en donde existe un mineral cotizado; (en torno a la industria petrolífera, es sumamente difícil elaborar un marco jurídico de protección ecológica, porque el poder político, económico y social lo obstaculiza todo). Conforme a declaraciones oficiales hechas por funcionarios del Gobierno del presidente Rafael Correa, en Ecuador es previsible un amplio desarrollo minero.

El Derecho ambiental como normatividad de carácter público y conectividad con el derecho privado

El Derecho ambiental es una normativa de carácter público¹³ con un área de influencia casi tan amplia como el Derecho constitucional, en el sentido que sus normas a más de ser administrativo-ambientales, son penales, tributarias, civilistas, internacionales, etc. Y, en una elaboración más detenida, sus normas se insertan en la legislación laboral, social, económica de un país (Serrano, 1988: 225).

Con la siguiente reflexión se concluye en que el Derecho ambiental tiene implicaciones y manifestaciones de derecho privado, pero su medio es fundamentalmente público, se impone directamente por el Estado, en cuanto regula las relaciones del hombre con su entorno y no de los sujetos privados entre sí. Tiene por lo tanto claras manifestaciones autoritarias y su desacato puede ser objeto de importantes represiones administrativas y penales (...) el liberalismo no es aquí una panacea. Se puede utilizar los mecanismos de mercado para ajustar positivamente en términos ambientales el valor de los bienes, pero para ello se requiere de la intervención pública. Los fabricantes nunca van a recargar voluntariamente en

13 La doctrina considera que el Derecho público no puede absorber al Derecho privado, ni este corre el riesgo de desaparecer. Cabe considerar que la ciencia del Derecho es una, con diversas ramas, materias, que están interrelacionadas y que no son absolutamente autónomas o independientes.

los precios las externalidades que han interiorizado con la producción de las mercancías (Martín Mateo, 2001: 63).

Constitucionalización del Derecho ambiental

Desde finales del siglo XVIII se ha asumido el concepto esencial de Constitución propuesto por Aristóteles –para quien, la Constitución es el orden fundamental de una comunidad–, “una serie de determinaciones formales que han adquirido un valor propio hasta establecer un concepto formal de Constitución para el que se reclama una significación absoluta” (Sánchez Agesta, en Juan Ferrando Badía, 1976: 563), tratadista que sostiene que fue la burguesía revolucionaria francesa la que cristalizó tal concepción jurídico-formal de Constitución, verbigracia, la Revolución Francesa de 1789 creó, como consecuencia de su ideología liberal lo que se ha venido a denominar Constitución. El concepto formal de Constitución ha sido denominado por García-Pelayo (1999: 34-35) como concepto racional normativo: la Constitución en su complejo sistema de preceptos jurídicos abarcaría toda la organización política de una comunidad, en (Ferrando Badía, 1976: 564).

En términos generales se admite que la Constitución es superior a las leyes y demás normas ordinarias, además, una ley contraria a una disposición constitucional es irregular y no debe aplicarse. Este es el principio de la constitucionalidad de las leyes (Duverger, 1970: 242). En términos jurídicos Hans Kelsen en su “Teoría pura del Derecho” establece la jerarquía de las leyes y ubica a la Constitución en primer lugar.

A partir de este enunciado doctrinal se enfatiza que la Constitución como norma suprema¹⁴ incorpora preceptos ambientales que constituyen la base para la promulgación de leyes ambientales. Y es a inicios de la década de los años cincuenta cuando en forma más concreta se dan los pri-

14 En el caso ecuatoriano consta en el Título IX: supremacía de la Constitución, Capítulo I Principios, Art. 424 (Jerarquía de la Constitución).- “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica...”.

meros síntomas de este proceso, como producto de una serie de factores de carácter político, económico, social, tecnológico, en todo caso, por la crisis energética que dio pábulo a la emersión de nuevos paradigmas políticos y que empezaron a concretarse en el mundo industrializado.

El texto más antiguo es la Constitución polaca de julio de 1952, prescribe que los ciudadanos: “Tienen derecho al aprovechamiento de los valores del ambiente natural y el deber de defenderlos”. Posteriormente siguen las constituciones de: Checoslovaquia 1960; Hungría 1972; Grecia 1975 Bulgaria 1971; Portugal 1979. En América Latina se ha introducido la materia ambiental en las constituciones de: Panamá 1972; Cuba 1976 Honduras 1982; Brasil 1988; México 1987; Colombia 1991; Ecuador 1976-93, 1998 y la del 2008; Bolivia, 2009, entre otras.

La constitucionalización en términos generales y con los matices que cada Estado imprime, implica tres grandes planos que son producto de visiones prevalecientes en épocas distintas, y que fueron evolucionando y concretándose en las reformas constitucionales pertinentes reflejadas en los planes nacionales de desarrollo, donde lo ambiental no es un componente aislado, sino una dimensión transversal e inherente al desarrollo. El objetivo de la política ambiental de dichos planes, al menos en lo teórico, expresa el interés en la construcción de un modelo de desarrollo sostenible basado en el potencial social y ambiental de cada país, y en el mejor de los casos dentro de un proceso participativo de respeto al patrimonio ecológico de las generaciones presentes y futuras. Los tres grandes planos referidos son:

- La conservación de los recursos naturales susceptibles de apropiación;
- La prevención y control de la contaminación ambiental que afecta a la salud humana;
- El cuidado del medio ambiente frente al uso de los recursos productivos por parte de los sectores privado y social.

Estas tres visiones son el resultado de la decisión de cada Estado, y de las influencias y presiones ambientales en lo conceptual y operacional a nivel externo, mayormente visibles a partir de las conferencias convocadas por NN. UU. a nivel global:

Estocolmo 1972¹⁵: esta Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo, fue el primer evento internacional en el que los países del mundo reconocieron la evidencia de una crisis ambiental global que afectaba al conjunto de las economías nacionales y constituía una grave a menaza para la supervivencia de los seres humanos. No es coincidencia que esta Cumbre tuviera lugar en momentos en que se verificaba un esfuerzo internacional por adecuar las distintas estructuras estatales a la globalización. La Cumbre de la Tierra reconoció por primera vez, el valor estratégico de la biodiversidad y los servicios ambientales para los procesos de desarrollo y estableció los parámetros para orientar la inserción del medio ambiente en la economía global. Esto se tradujo en acuerdos multilaterales dirigidos a asumir conjuntamente las responsabilidades de reorientar los procesos nocivos al ambiente y definir cuerdos para que todos los países pudieran acceder a los beneficios derivados de los servicios ambientales y los recursos genéticos de la biodiversidad.

Río de Janeiro 1992: culmina con la construcción del paradigma sustentable, directamente relacionado al equilibrio ecológico, crecimiento económico, distribución de la riqueza, mejoramiento de la calidad de vida, ética y equidad, o lo que se conoce como desarrollo sustentable.

Johannesburgo 2002: transcurridos los primeros diez años de la proclama de Río 92, los resultados fueron magros, los países industrializados y principales causantes de la crisis global, incumplen los acuerdos o no suscriben los tratados, estas afirmaciones se verificaron con los resultados de la Cumbre de Johannesburgo, que fueron muy desalentadores para la consecución del desarrollo sustentable. Por otra parte, los países pobres del

15 Debido al preocupante deterioro ambiental se comenzó a gestar desde 1966, con la fundación del Club de Roma, un movimiento internacional para afrontar este problema, lo que generó en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, la convocatoria a la primera Conferencia mundial para el medioambiente y el desarrollo –Estocolmo 1972–, a partir de entonces en diversos países se han promulgado leyes sobre recursos naturales y protección del ambiente en forma sistémica y orgánica. Debido a que dicha legislación no fue eficaz para la protección ambiental y el deterioro ambiental se convirtió en una dimensión crítica para la subsistencia de las naciones conforme lo demostró el Informe Brundtland en 1987, más temprano que tarde, esta preocupación fue evidente en la Constitución Política de los estados. La fundamentación de elevar a rango constitucional la dimensión ecológica también radicó en la necesidad no sólo del país, sino de todo el planeta de frenar el proceso de destrucción de la naturaleza y que podía tornarse irreversible.

Sur, debido a sus limitaciones de carácter político y económico, tampoco son cumplidores eficientes de los acuerdos y en consecuencia los problemas se agravan y extienden en el tiempo.

Variables ambientales comunes en las constituciones andino-amazónicas

Tiene por objeto verificar el desarrollo que en esta materia ha tenido la Constitución ecuatoriana, en relación al contexto continental, y su correspondencia doctrinal y política con las conferencias y convenios ambientales internacionales. Para entonces precisar si las políticas, planes y estrategias corresponden a esa nueva visión, y en un segundo momento evaluar el nivel de aplicación de las normas legales ambientales y de las sanciones correspondientes por su incumplimiento.

Es decir, ver no sólo lo macro, lo relacionado con la organización general del sistema legal, desde la Constitución, formulación de leyes y reglamentación hasta su administración y aplicación, sino también la organización institucional, vacíos regulatorios e institucionales, problemas de compatibilidad entre los sistemas legales existentes y la tradición legal subyacente y los requerimientos de la protección y el manejo ambiental; el proceso de reorganización económica del país; la necesidad de coordinación entre las metas del desarrollo y las metas ambientales y el tratamiento limitado que se da al concepto ecosistema en las leyes y reglamentos; la escasa e ineficaz fiscalización y aplicación forzosa de las normas; falta de recursos humanos y económicos; incipiente conciencia y liderazgo ambiental, es decir, evaluar la gobernanza ambiental ecuatoriana. El ejercicio comparativo se lo realiza en base a las constituciones de los países andino-amazónicos utilizando la matriz que se detalla a continuación.

Cuadro 1. Prescripciones constitucionales ambientales - países andino-amazónicos Propuesta hipotética (categorías y subcategorías) Aspectos ambientales	
Derechos ambientales	Ambiente sano
	Acciones legales para proteger el ambiente
	Derechos fundamentales
Obligaciones ambientales	Protección de espacios
	Educación ambiental
	Obligaciones del Estado
	Obligaciones de la sociedad
	Control de biotecnología, desechos tóxicos e instrumentos y desechos nucleares
	Tecnologías limpias
Sostenibilidad	Manejo sustentable de recursos y biodiversidad
	Actividades económicas sustentables
Daños ambientales	Indemnización
	Restauración de espacios
	Sanciones legales
Derechos de la naturaleza	
Biodiversidad	Protección de áreas sensibles y zonas fronterizas
	Propiedad sobre biodiversidad
	Compromisos y convenios
	Instituciones de control
Recursos Naturales	Agua
	Suelo
	Aire
	Recursos energéticos
	Minales
	Recursos forestales
	Concesiones y explotación
	Responsabilidad del Estado
Gestión ambiental	Institucionalidad (organismos encargados)
	Políticas de Gestión
Planificación ambiental	Desarrollo de tecnologías
	Investigación
	Desarrollo de planes en general

Fuente: Constituciones de los países andino-amazónicos, 2011

Áreas en las que se aplica la legislación ambiental

Conforme se viene relevando, el ambiente humano es central en el tratamiento de la legislación ambiental, para el efecto hace constar algunos temas de interés que están siendo tomados en cuenta a nivel de los diversos actores: públicos, privados, colectivos, individuales, internos e internacionales.

Cuadro 2. Temas ambientales de interés general
• <i>Sumak kawsay</i> (buen vivir)
• Derechos de la naturaleza
• Participación ciudadana
• Soberanía alimentaria
• Control social ambiental
• Ubicación de los asentamientos urbanos
• Urbanización: límites, cotas, etc.
• Destino de suelos: agrícolas, industriales, etc.
• Regulación de industrias: ubicación, jurisdicción, objeto, etc.
• Asentamientos rurales: pequeños, medios, dispersos
• Asentamientos marginales: suburbios, barriadas, zonas de pendiente
• Cinturones y espacios verdes
• Sanidad ambiental: agua potable, alcantarillado, disposición de basura
• Servicios públicos: orden, electricidad, agua
• Educación
• Vivienda, hacinamiento
• Transporte: particular, público, tránsito
• Trabajo: riesgos del trabajo, condiciones del trabajo
• Seguridad social: derechos de los trabajadores
• Alimentos: control de calidad, control de contaminación
• Contaminación por ruido
• Contaminación: aire (partículas, gases), agua (aguas servidas), aguas de alta temperatura, aguas industriales, aguas lluvias, agua potable, contaminación del suelo
• Comportamientos sociales: derechos de la vecindad, las obligaciones de no contaminar, propiedad
• Manejo de residuos tóxicos
• Manejo de residuos tóxicos peligrosos, etc.

Problemas ambientales

Problemas ambientales de tercera generación, más conocidos como problemas globales: la lluvia ácida, el agotamiento del ozono estratosférico, el calentamiento global que genera el cambio climático –el efecto invernadero–, la deforestación –desertización–, preservación de la biodiversidad, el tráfico internacional de productos y desechos tóxicos peligrosos, la protección del medio ambiente en tiempos de conflicto armado, la explosión demográfica, la pobreza de los países del Sur; se trata de que sean asumidos desde una perspectiva socio-política integral y en forma particularizada, ya que por sí mismos constituyen objeto de estudios técnicos especializados.

No está por demás enfatizar que los países post-industriales o del Norte, entre los que sobresalen Estados Unidos de Norteamérica, Alemania, Inglaterra, Francia, entre otros, son los principales causantes de la degradación ambiental planetaria expresada en los problemas ambientales de segunda generación. A dichos países se suman los hegemones emergentes como China, India, Brasil, debido a la implantación del modelo de desarrollo energívoro, aunque se pretende justificar que la pobreza de éstos y demás países del Sur es la que acelera dicha degradación. El debate sobre estos temas es cada vez más álgido y multidisciplinar, y desde la economía ecológica, ecología política y sociología ambiental, por ejemplo, se continúa profundizándolos en función de respuestas plausibles.

Cuadro 3. Principales problemas ambientales del Ecuador
• La pobreza, principal causa y mayor efecto del deterioro ambiental
• La erosión y la deforestación, que se encuentran íntimamente relacionadas
• La pérdida de la biodiversidad y de los recursos genéticos
• La desordenada e irracional explotación de los recursos naturales en general
• La generación y manejo deficiente de desechos, incluyendo tóxicos y peligrosos
• El deterioro de las condiciones ambientales urbanas
• La creciente contaminación del agua, suelo y aire
• El proceso de desertificación y agravamiento del fenómeno de las sequías
• El deterioro de las cuencas hidrográficas por deficiencia de manejo
• Los riesgos, desastres y emergencias naturales y ambientales
• Los grandes problemas de salud nacional por contaminación y malnutrición
Fuente: Narváez, 2011: 173

Cuadro 4. Las áreas geográficas más afectadas
• Los bosques del Nor-occidente del país (prolongación del bosque del Chocó, en la Provincia de Esmeraldas)
• Los ecosistemas de manglares en la Costa ecuatoriana
• Los bosques de las estribaciones exteriores de los Andes
• La selva amazónica
• La región del Archipiélago de Galápagos
• El Golfo de Guayaquil
• Las ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca, Ambato, Esmeraldas, Santo Domingo de los Colorados, Quevedo, Babahoyo, Machala, Portoviejo y Nueva Loja
• Las zonas agrícolas con preocupantes procesos erosivos
• Los sistemas lacustres
Fuente: Narváez, 2011: 173

Cuadro 5. Actividades productivas con mayor incidencia ambiental
Las actividades hidrocarbúrficas (explotación, producción, transporte refinación)
Las actividades mineras (particularmente auríferas)
La pesca a gran escala
Las agroindustrias localizadas en medios ecológicamente sensibles (Amazonía, Costa y otros)
La producción agrícola que demanda el uso de grandes cantidades de fertilizantes, pesticidas y químicos en general
Las industrias generadoras de emisiones contaminantes y de aquellas que generan gases de efecto invernadero que aceleran el adelgazamiento de la capa de ozono y coadyuvan al cambio climático
El sector transporte de servicio público y privado
Fuente: Narváez, 2011: 173

Derechos colectivos (tercera generación)

Los denominados derechos de tercera generación han provocado un debate público amplio y complejo, no obstante, cada vez más se los aborda en forma concreta, para el autor (Sisa, 2003: 132 y ss.) uno de los pilares del análisis consiste en que, la titularidad colectiva o difusa de los intereses medioambientales se enfrenta 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 tercera generación son habitualmente caracterizados a partir de tres notas esenciales que los diferencian de los derechos subjetivos de la construcción tradicional. Si el valor que fundamentó a los derechos de la 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 los derechos de la colectividad (Sisa, 2003: 132).

Una característica relevante 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 ciudadana¹⁶ 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 (Sisa, 2003). Este autor hace una diferencia conceptual entre lo que son los derechos colectivos y los derechos difusos. Los colectivos tienen por objeto bienes no susceptibles de apropiación o goce exclusivo, y los difusos como aquellos intereses plurisubjetivos que tienen como portador un ente exponencial de un grupo racional. Concluye el autor señalando que los intereses medioambientales entran dentro de estas categorías: unas veces nos encontramos con daños a la naturaleza que afectan específicamente a una determinada colectividad más o menos organizada (intereses colectivos) y otras veces con daños vinculados no tanto a un grupo social sino más bien a un determinado territorio, supuestos éstos en los que la utilización del término “interés difuso” resulta más adecuada.

Autores como Goldenberg y Cafferatta (2001: 19) sostienen que una parte de la doctrina engloba a los derechos difusos dentro de la categoría

de “derecho debilitado”, no porque su fuerza sea jurídicamente menor sino, precisamente, por una menor definición en relación al sujeto. Si el interés de las situaciones jurídicas tradicionales –derecho subjetivo e interés legítimo– es por naturaleza diferenciado o individualizado, la característica propia del interés difuso es la de ser por naturaleza, indiferenciado, y al igual que los intereses colectivos considerados supraindividuales, este también lo es.

¹⁶ Con Constitución de 2008 prevalece la participación ciudadana y el control social, hasta el punto de haberse creado la 4ta. Función del Estado (Función de transparencia y control social)

Capítulo VI

Evolución del Derecho ambiental en Ecuador

Introducción

Los problemas ambientales en Ecuador se hacen mayormente visibles a partir de los años sesenta, con la concreción de un proceso industrial que aunque incipiente, marca la inserción del país en una modernidad económica que posteriormente apuntó a la sustitución de importaciones, ejecución de una serie de políticas de atracción de capital extranjero, e inversión por parte del Estado en el área económica. Estos hechos y el auge petrolero de la década de los años setenta, crearon las condiciones para el desarrollo acelerado del capital y emergente proceso de acumulación, en los años posteriores.

Estos sucesos incentivaron la industria multisectorial, el capitalismo monopolista nacional y extranjero; condicionaron en gran medida el desarrollo económico a través de mayores inversiones y fueron el eje central del proceso de acumulación, hasta dar paso posteriormente a la hegemonía del capital especulativo financiero.

Así por ejemplo: la gravitación de empresas transnacionales en ciertas actividades económicas era dominante y casi única. Tales los casos de la industria del tabaco (Philips Morris y R.S. Reynolds Industries Inc.); de fabricación de papel y productos de papel (Pacific Fruti Co. Y St. Regis Paper); de la fabricación de productos de caucho (General Tire International y General Tire and Rubber Co.); de la fabricación de vidrio y productos de

vidrio (Owens Illinois Inc.); de la construcción de material de transporte (Thomas Built Buses y Blue Bird Body Co.). Otras actividades como la fabricación de productos químicos (The Dow Chemical Co.; Pfizer Corporation Schering Overseas Ltda.); Grumenthal CMBH, Chering A.E.) alemana; (Ciba Greigy) suiza; en la rama productora de objetos de barro y porcelana (Cerámica Carabobo S.A. y Vencerámica) venezolana; General Electric; Durex S.A. En la rama productora de artículos minerales no metálicos (Uralita C.A.) española; en la industria metálica (Crown Cork & Seal (norteamericana). En el sector agrícola: (Ecellent Product Corporation, Nestlé S.A.; Bumble Bee; Fleishman Inc.; Conserveras Faravilla; International Multifoods Corporation; Quaker Oats. Las bananeras crecen y la industria petrolera se incrementa significativamente. En la década de los años setenta hay una proliferación de bancos, financieras y empresas de seguros, etc., que al final acabaron con la quiebra que tuvo que cubrir el Estado, de 1999 en adelante (Moncada, 1983: 27 y ss).

Concomitantemente al desarrollo de la industria se produjeron impactos ambientales significativos debido a la contaminación de áreas físicas y bióticas, además de las afectaciones sociales. Por ejemplo: por la aplicación de la reforma agraria y fomento de la colonización —que implicaban la ampliación de la frontera agrícola— se generaron nuevos y crecientes problemas sobre el bosque y el suelo. Respecto al aprovechamiento de recursos naturales como el agua, la legislación era y continúa siendo insuficiente para regular su uso.

En relación al ordenamiento territorial para establecer áreas naturales protegidas como medida cautelar de la diversidad biológica y otros recursos, se adoptaron progresivamente mecanismos técnicos y jurídico-políticos ya implementados a nivel internacional¹.

En la década de los años setenta la Fundación Natura², organización ambientalista no gubernamental, constituyó un banco de datos sobre le-

1 En el país es muy antigua y siempre constó en la Constitución de la República, en los artículos que se refieren a la propiedad en general y al uso de la tierra y obviamente en el Código Civil, Ley de Aguas, Ley de hidrocarburos, Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, para citar unos ejemplos.

2 La Fundación NATURA es una organización no gubernamental sin fines de lucro, posteriores a ella se han creado cientos de ONG y que responden a distinto signo ideológico político. Actualmente son coordinadas por la CEDENMA.

gislación conservacionista y protectora de la naturaleza y del ambiente: ochenta leyes, reglamentos, instrumentos jurídico-administrativos sirvieron de base para el ulterior desarrollo de la legislación ambiental, en cuya cúspide se ubica la Constitución de la República o Carta Fundamental (Narváez, 2004).

La dimensión ambiental constitucional en Ecuador

El método más común utilizado para la generación normativa ambiental ecuatoriana ha sido la adopción o adaptación de legislación ambiental externa, y conforme ha sucedido con la legislación civil, laboral, penal, de procedimiento penal, de comercio, y constitucional, etc., sin considerar a profundidad en muchas ocasiones si podía o no ser adecuada para los requerimientos de la realidad material del país. En el caso de la legislación ambiental no ha sucedido lo contrario³.

La evolución del Derecho⁴ ecuatoriano en términos generales ha estado marcada por un exacerbado individualismo, en el que la autonomía de la voluntad privada dictaba las reglas del juego, dentro de una órbita preestablecida por el Derecho civil. No obstante, desde la expedición del Código del Trabajo en 1938 poco a poco ha ido evolucionando hacia un sentido más social.

A partir de entonces se incrementa la intervención estatal en áreas de actividad que estaban sujetas a la decisión de los particulares, y el Derecho

3 Se ha hecho conciencia de la necesidad de consolidar una cultura ambiental bajo el principio de la irrenunciabilidad a la autodeterminación, propia condición política, económica y cultural como país, conciencia de que la destrucción de la naturaleza ha llegado a límites insostenibles que no dan margen a seguir confiando en esfuerzos de autodisciplina y buena voluntad para evitar la catástrofe ambiental. En consecuencia, la imposición de drásticas y efectivas medidas deben ser tendientes a evitar la separación premeditada e interesada entre la economía, la política, la regulación jurídica internacional, nacional y la ecología, a fin de evitar la apropiación privada de los elementos de la naturaleza, o por parte de los países ricos del Norte, dejando secuelas ambientales, sociales y económicas nocivas irreversibles en los países pobres del Sur.

4 El Derecho está compuesto de normas y por ello es un orden normativo u ordenamiento jurídico. Partiendo del hecho de que las “normas” son proposiciones que expresan un deber ser con relación a conductas o comportamientos humanos”, son de carácter prescriptivo. Este régimen ha cambiado sustancialmente en Ecuador por la vigencia del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional, y desde esa perspectiva se estudia la normativa ambiental.

público se desarrolla para responder a las complejas exigencias de la sociedad moderna y que implica inéditas soluciones jurídicas a nuevos y crecientes problemas, como los generados por el sector productivo y extractivo en desmedro del ambiente.

Otro problema emergente de interés público tiene relación al territorio, conceptualizado como el escenario donde se expresan espacialmente los procesos y acciones de la política del desarrollo y dinámica social. El concepto territorialidad define identidades a nivel local, regional y nacional, demarca la soberanía de un pueblo sobre su espacio e integra territorios diversos que se distinguen de otras áreas geográficas por la homogeneización de sus atributos. La perspectiva ecológica del ordenamiento territorial, implica que en él actúan los procesos naturales y sociales que definen al ambiente, se acumulan las transformaciones de sus elementos y contiene la entropía y la capacidad del sistema de resistir las perturbaciones, por su dinámica propia, o por las externalidades que le permean (Quintana, 2000: 27). En el caso de Ecuador, la dimensión territorial comprende la territorialidad indígena, y el caso de la propiedad de la tierra por parte de particulares, la condición es otra, la propiedad es fundamentalmente pública y privada. La pública corresponde al Estado y la privada está asociada a los particulares.

La propiedad privada se basa en el derecho de un individuo para excluir a otro de los beneficios de un objeto o bien. Es la institución más importante en la protección jurídica de los intereses económicos de los individuos frente a otros individuos, grupos sociales o del poder del Estado. Pero la propiedad no puede ser entendida al margen del poder del Estado, ya que bajo el concepto de interés público, el Estado imprime un carácter subordinado y débil a la propiedad individual y en virtud de sus facultades restringe los derechos de aprovechamiento de la tierra, y hace prevalecer la función social, que es algo que se encomienda al poder público y no a los propietarios privados, para que estos no ejerzan su propiedad más allá de los límites establecidos por la Constitución y la norma legal. Esta referencia tiene importancia a fin de considerar la evolución conceptual, jurídica y política de casos como el enunciado y que tienen relación al componente socioambiental, en cuanto dimensión fáctica que con el paso de los años ha alcanzado importancia colectiva, como es el

caso de los intereses colectivos o difusos, ahora establecidos constitucionalmente y en consecuencia tienen tutela constitucional.

En resumen, las tendencias legislativas ambientales han pasado desde la concepción sanitaria de los años setenta, orientada a la regulación de los permisos sanitarios (Ley de Aguas, Código de la salud, entre otras), por la preservacionista de los años ochenta; y a partir del 1992 (Conferencia de Río) cobra fuerza la ambientalista, vinculada con la legislación que regula las actividades productivas y extractivas desde el enfoque del desarrollo sustentable. También se registran disposiciones ambientales relacionadas a la organización territorial del Estado, por ejemplo, Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos, de Régimen Municipal, de Régimen Provincial, de Descentralización del Estado y Participación Social. Además se registran las leyes de creación de las Corporaciones Regionales de Desarrollo, del Fondo para el Desarrollo de la Región Amazónica, de Organización del Régimen Institucional de Aguas, entre otras, y que están dentro de lo que se denomina al régimen dependiente.

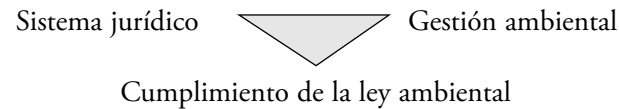
Sin embargo, no es erróneo afirmar que el Derecho ambiental está en formación⁵, que es un Derecho de tercera generación⁶ y puede ser agrupado en: normas generales de naturaleza ambiental; normas de naturaleza ambiental contenidas en leyes sectoriales; normas de naturaleza ambiental contenidas en leyes seccionales; normas de naturaleza ambiental contenidas en leyes del ámbito (penal) policial. Como corolario se puede establecer que la eficacia de la legislación ambiental dependería de una

5 Conforme se asevera, es una novísima y compleja rama del Derecho, cuya investigación y estructura demanda profundas reflexiones y estudios, puesto que se enfrenta la gran tarea de convertir en categorías jurídicas lo que han venido siendo conceptos de las ciencias naturales, ambientales y sociales en general. Teniendo en cuenta, que en el caso ecuatoriano, la producción doctrinaria-jurídica es en sí escasa, más aún cuando se trata de legislación protectora de la naturaleza. En todo caso se registra que en el Ecuador esta legislación se desarrolla junto con los esfuerzos que sobre esta materia hacen la CEPAL y PNUMA, posteriormente OLADE y ARPEL, en relación al campo energético para América Latina.

6 El Derecho: dimensión social (fáctica). Una de las dimensiones del Derecho relativa al hecho social, considera que las normas tienen que ver con un contexto social, pues el Derecho es algo que se produce dentro de la vida social y las relaciones jurídicas constituyen un sector, una parte de esa vida social. Por lo tanto el Derecho es un producto histórico por cuanto las normas surgen como resultado de diversas condiciones socio-económicas y culturales y buscan imponer un determinado modelo de organización social.

relación triádica que se expresa de la siguiente manera:

Interrelación del sistema jurídico y la gestión ambiental



El marco jurídico-institucional ambiental en el Ecuador

Para el estudio del marco jurídico-institucional en Ecuador se asume el enfoque metodológico del GEO Ecuador (FLACSO, MAE, PNUMA, 2008: 135 y ss.). El análisis permite constatar que a comienzos de la década de los años cincuenta, con el apoyo de la Organización Panamericana de la Salud –OPS, en consideración a la carencia de sistemas de abastecimiento de agua potable y saneamiento en la mayoría de municipios del país, se estableció una agencia de Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública, encargada de planificar y construir sistemas de agua potable y saneamiento, de aquí nace en 1965 el Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias –IEOS, para eliminar el déficit de los servicios y coordinar con municipios y otras entidades el planeamiento y ejecución de obras de agua potable, alcantarillado e higiene.

En 1964 se expide la Ley de Reforma Agraria y Colonización, la misma que propició la ampliación de la frontera agrícola y ésta a su vez generó nuevos y crecientes problemas sobre el suelo y el bosque.

El desarrollo de la industria mayormente visible a partir de los años sesenta devino en la producción de impactos ambientales significativos debido a la contaminación de importantes áreas de los ambientes físico, biótico y social. También incidió en el aprovechamiento del recurso agua, en el ordenamiento territorial para establecer áreas naturales protegidas como medida cautelar de la biodiversidad y otros recursos que estaban sujetos a una legislación de control y regulación de uso aún incipiente, y que fue modificándose paulatinamente conforme a referentes técnico-político-

jurídicos que iban siendo innovados a nivel internacional. A este nivel Ecuador inició ratificando el Estatuto de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales (R.O. Nro. 399 del 21 de enero de 1972); Convenio referente a la Organización Hidrográfica Internacional (R.O. Nro. 40 del 14 de abril de 1972); Declaración de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena sobre Explosiones Nucleares en el Pacífico (R.O. Nro. 119 del 9 de agosto de 1972). Las nociones preservacionistas, conservacionistas y ambientalistas, empiezan a establecerse a partir de la influencia de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano llevada a efecto en Estocolmo entre el 5 y 16 de junio de 1972 (FLACSO, MAE, PNUMA, 2008: 135).

Etapa sanitarista

Esta designación es arbitraria y responde a una necesidad investigativa para explicar la evolución legal e institucional ambiental en Ecuador, y se parte de la constatación de la creación del Instituto Nacional de Energía en 1961 y mediante D.E. se estableció el Servicio de Meteorología e Hidrología posterior Instituto de Meteorología e Hidrología (INAMHI) adscrito al Ministerio de Energía; el Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias-IEOS (1965); en 1966 se estableció el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hídricos-INNERHI, encargado de la administración del agua en general y de la gestión del riego en particular. Estas dos funciones se confirmaron en la Ley de Aguas de 1972 (Ulrich Kuffner, 2005: 35).

Se crearon las corporaciones de Desarrollo Regional del país, estas iniciaron una gestión integral del agua en su jurisdicción y particularmente en la costa, impulsando planes y proyectos de propósito múltiple: riego, energía hidroeléctrica y control de inundaciones. Entre otras, el Instituto de Recuperación Económica de las Provincias del Austro, posterior Centro de Reconversión Económica del Azuay y Morona Santiago-CREA (1952); el Centro de Rehabilitación de Manabí-CRM (1962) cuyo objetivo era la realización de obras de regadío, canalización, pavimentación, urbanización y agua potable; la Comisión de Estudios para el Desarrollo de la Cuenca del Río Guayas-CEDEGE (1965), su función era realizar

investigaciones y obras necesarias para el desarrollo de la provincia del Guayas y la Península de Santa Elena; el Programa de Desarrollo Regional del Sur del Ecuador-PREDESUR (1972) para el aprovechamiento de las cuencas binacionales Puyango-Tumbes y Catamayo-Chira; se crea el Fondo para el Desarrollo de la Región Amazónica; la Organización del Régimen Institucional de Aguas, etc. Los organismos enunciados constan dentro de lo que se denomina régimen dependiente, y posteriormente se transformaron en instituciones empresariales que absorbieron muchas de las funciones que les correspondía a los organismos seccionales. El desempeño de algunas corporaciones ha sido cuestionado porque los resultados han sido bajos pese a las cuantiosas inversiones. Además se las acusa de ser las responsables de más del 40% del endeudamiento externo del Ecuador (Ulrich Kuffner, 2005: 35). Así concluye la etapa sanitarista-higienista fundamentalmente orientada a la regulación de los permisos sanitarios descrita en el GEO Ecuador (FLACSO, MAE, PNUMA, 2008: 137).

Etapas conservacionista

Paradójicamente en la misma década de los años setenta, a partir de la Conferencia de Estocolmo (1972) tuvo lugar un proceso aún incipiente de institucionalización de la gestión ambiental o de cambios donde ella ya existía. No obstante, este proceso propició significativas modificaciones en los sistemas jurídicos, la conformación de la administración pública y establecimiento de políticas públicas ambientales. La creación de normas para proteger el medio ambiente permitió actualizar aquellas referidas a los recursos naturales renovables y su aprovechamiento, pero que no habían legislado respecto a su conservación, planificación, ordenación, manejo y protección. Esta primera etapa se caracterizó por la promulgación de normas fragmentadas y dispersas en diversos textos legales que regulaban directa e indirectamente sólo algunos aspectos concretos relacionados con temas ambientales (FLACSO, MAE, PNUMA, 2008: 137).

A esta época Ecuador disponía de cuerpos normativos en los que constaban prescripciones ambientales e instituciones jurídico-protectoras como el Código Civil (1970), Código de la Salud (1971), Ley de Ré-

gimen Municipal (1971), y de otras leyes generales como la Ley de Preservación y Zonas de Parques Nacionales (1972), Ley de Reforma Agraria (1973), Convenio para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (R.O. No. 581 del 25 de junio de 1974 (que fue ratificado en esta fecha), Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental referida a los elementos aire, agua y suelo (1976), Ley de Aguas y su reglamento (1972), Ley de Fomento Minero, Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero (1974), Ley de Hidrocarburos (1978), Ley No. 52 de Sanidad Vegetal R. O. 475 del 18 de enero de 1974; Ley No. 56 de Sanidad Animal (1981), Ley de Reforma Agraria en (1973), Ley de Colonización de la Región Amazónica R.O. 504 del 12 de enero de 1978.⁷ Declaración de Parques Nacionales y la Delimitación de Zonas de Reserva Ecológica (R.O. No. 69 del 20 de noviembre de 1979 (Ibid.: 37).

Conforme se sustenta en el GEO Ecuador (FLACSO, MAE, PNUMA, 2008: 137), en los años ochenta toman fuerza las nociones preservacionistas y de conservación, mayormente asumidas por la incidencia de instrumentos exógenos o adhesión a otros de índole conservacionista, lo expuesto se evidencia cuando se promulgan: la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre (1981); las bases de contratación para los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos D.E. 1747 R.O. 416 del 15 de abril de 1986; Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas R.O.A. 1311, R.O. 681 del 8 de mayo de 1987; el de la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental originada por la Emisión de Ruidos (A.M. 7789 en el R.O. 560 del 12 noviembre de 1990); la Ley de Minería (1991); el

7 La "primera ola" de reformas legales e institucionales se asocia con la influencia de la conferencia de Estocolmo; se promulgan leyes de impacto ambiental y leyes generales del ambiente, y se instalan las primeras agencias gubernamentales sobre ambiente. El contenido de estas leyes es similar: política nacional ambiental, instrumentos jurídicos para su aplicación y protección de ciertos recursos naturales (Brañes, 2001; en PNUMA, GEO América Latina, 2003: 9, Cap. I). La normativa antes mencionada fue modificándose o remplazándose por otra, que al igual que en diversos países de América latina era tendente a introducir enfoques preventivos, asumiendo, en la relación costo-beneficio, que es preferible prevenir antes que remediar. En la nueva normativa se han prescrito formas precisas e incluso modalidades tecnológicas para alcanzar los fines que se persiguen, especialmente en la gestión ambiental de la industria; el enfoque preventivo se dirige a los factores determinantes de la contaminación y de la degradación ambiental (PNUMA, 2004: 241).

Reglamento de la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental en lo referente al Suelo (A.M. 14629 en el R.O. 989 del 30 de julio de 1992); el Reglamento para el Manejo de Desechos Sólidos (A.M. 14630 en el R.O. 991 del 3 de agosto de 1992) y el Reglamento para el Manejo de Desechos Hospitalarios, por ejemplo.

No obstante la proliferación de normas legales como las descritas, el marco normativo-regulatorio e institucional continuaba adoleciendo de serias deficiencias debido a la carencia de una política ambiental nacional específica. Hacia 1992 declina la visión preservacionista-conservacionista, dando paso a innovadas percepciones y propuestas que se desarrollan dentro de un dinámico y complejo proceso de interrelación supranacional, regional y local⁸ (Narvaéz, 2011:176).

Etapa ambientalista

Esta difiere sustancialmente de las anteriores y se caracteriza por la asunción del paradigma sustentable propuesto en el sistema mundial, efectivamente, después de la Conferencia de Río 1992 toma mayor fuerza la concepción ambientalista, vinculada con la legislación que regula actividades productivas y extractivas y promueve el desarrollo sustentable como eje rector de las mismas. Esta última generación de normas generales y de carácter sectorial (calidad ambiental, recursos naturales, biodiversidad) promueve instrumentos de regulación jurídica, económica y administrativa que utilicen medidas precautorias para abordar los facto-

8 A escala regional, hubo una “segunda ola” de reformas asociada a la Cumbre de la Tierra, profundizándose la legislación y creándose ministerios del ambiente. Hasta cerca de 1990, sólo hubo en la región uno de estos ministerios, el Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales Renovables de Venezuela, creado en 1976. En general, el organismo ambiental solía ser una dependencia de algún ministerio o secretaría (Esta tendencia se ha visto acompañada, y en mucho contrarrestada, por las reformas estructurales profundas de la década de 1990, que han reducido la presencia estatal en varios países, derivando parte de la gestión a actores privados, y en algunos casos fragmentando o reduciendo secretarías o ministerios. Se mantienen problemas en la aplicación de las normas legales, y sus relaciones con otra normativa, especialmente la económica (Brañes, 2001). En general, persisten las dificultades para introducir la dimensión ambiental en un alto nivel de las estrategias de desarrollo (PNUMA, GEO América Latina, 2003: 10, Cap. I).

res condicionantes de los problemas ambientales (FLACSO, MAE, PNUMA, 2008: 137).

Entonces se suscribe el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) 1992, ratificado en 1993, cuyos objetivos básicos son tres: conservar la diversidad biológica, usar sustentablemente los recursos biológicos y asegurar la participación justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos. A partir de entonces estas bases constan en los diversos instrumentos técnicos y legales como el de Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad 2001-2015, del MAE (FLACSO, MAE, PNUMA, 2008: 137).

Se crean: el Instituto Ecuatoriano Forestal y de Áreas Naturales y Vida Silvestre (INEFAN) 1993) y la Comisión Asesora Ambiental (CAAM) en 1994, que además creó el Grupo Nacional de Trabajo sobre Biodiversidad, y mediante el D.E. No. 1802 se formularon las Políticas Ambientales Básicas Generales del Ecuador. En octubre de 1993 se emiten los reglamentos y regulaciones que establecen límites permisibles y otros parámetros para emisiones y descargas; Ley 44 de hidrocarburos, reformada por la Ley 49 R.O. 346 del 28 diciembre de 1993; bases de contratación de los Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos D.E. 1416 R.O. 364 del 21 de enero de 1994. Además, se emitió la Norma para la Protección, Conservación y Control de Bosques y Manglares Naturales (D.E. 1907 en el R.O. 482 del 13 de julio de 1994); se promulgó la Ley de Desarrollo Agrario (1994) en la que se reconoce la posesión ancestral sobre tierras de comunidades indígenas y afroecuatorianas, su derecho a la adquisición de las mismas y la adecuación de las decisiones del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA) a las políticas del Ministerio del Ambiente, a fin de que el régimen de propiedad a cargo del primero no afecte el manejo de áreas naturales protegidas, bosques nativos y zonas de alta biodiversidad (Ecociencia-Regal, 2004: 13); el Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarbúferas establecía un marco institucional y procedimientos de control en este sector, se emitió en 1995 (FLACSO, MAE, PNUMA, 2008: 137).

La creación del Ministerio del Ambiente en Ecuador, en 1996, constituye un hecho histórico en Ecuador, en cuanto se convierte por primera vez

en la principal autoridad nacional responsable de establecer las políticas ambientales y coordinar las acciones públicas y privadas que pudieran incidir sobre los recursos naturales. Se emite el Reglamento Ambiental para las Actividades Mineras en el Ecuador en 1997; además se sancionan normas ambientales relacionadas a la organización territorial del Estado, tales como: la Ley de Descentralización y Participación Social (1997), la Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la provincia de Galápagos (1998), cuyos contenidos y orientaciones marcaron el inicio de la gestión descentralizada en Ecuador (FLACSO, MAE, PNUMA, 2008: 138).

Con la entrada en vigencia de la nueva Carta Constitucional en 1998, fueron ratificados los contenidos de los anteriores cuerpos legales, además se constitucionaliza la materia ambiental⁹. En 1999 se promulga la Ley de Gestión Ambiental R.O. No. 245 del 30 de julio de 1999 (nueva codificación 019, R.O. 418 del 10 de septiembre del 2004), y es la que establece los principios y directrices de política ambiental, el esquema institucional general relacionado con la gestión ambiental y desarrolla algunos instrumentos específicos de gestión. La reforma constitucional además viabiliza la tipificación de los delitos ambientales, que se concretó con la Ley Reformatoria del Código Penal (Ley 99-49 en el R.O. No. 2 del 25 enero del 2000). En diciembre del 2001, en el R.O. No. 477 se promulgó el Reglamento del Consejo Nacional del Desarrollo Sustentable. En el 2001, mediante el D.E. 1215 se promulga el Reglamento Sustitutivo del Reglamento ambiental para las operaciones hidrocarburíferas en el Ecuador; se

9 Conforme a las disposiciones de la Constitución Política del Estado y del CDB se procede a la formulación de la Estrategia para la conservación de la diversidad biológica, en el sector forestal del Ecuador, la Estrategia Ambiental para el Desarrollo Sustentable del Ecuador (EADS), la Estrategia para el Desarrollo Forestal Sustentable del Ecuador (EDFS), la Política y Estrategia Nacional de Conservación de la Biodiversidad (2001), el Proyecto de Ley para el Desarrollo Forestal Sustentable, las reformas al Reglamento de la Ley Forestal, la creación de Vigilancia Verde y la Regencia Forestal (Ecociencia, 2004:14). En la misma perspectiva y a la vez, se suscribió a nivel de la Comunidad Andina la Decisión 523, que contiene la Estrategia regional de biodiversidad para los países del trópico andino. Con la aprobación del Programa de Trabajo Ampliado sobre Diversidad Biológica COP 6 2002 CDB, se inició a nivel mundial un progresivo acercamiento a la aplicación del enfoque sistémico, un mayor reconocimiento al conocimiento tradicional de las comunidades indígenas relacionadas con los bosques y el fomento del uso sostenible de los bosques. Con esto se quería evitar la reducción de los bosques y de la diversidad biológica y cultural asociada (Ecociencia, 2004: 14).

determina la Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad del Ecuador, 2001-2010 (MAE, 2001); en diciembre de 2002 se dictamina el Reglamento sobre la consulta y participación para la realización de actividades hidrocarburíferas, y aduciendo que fue inconsulto, es objeto del rechazo por parte de los pueblos indígenas.

Se promulga el Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente (TULASMA) en el 2003; Reformas al Código Penal (Ley Reformatoria, Ley 99-49. RO/ No. 2 del 25 de enero del 2000, y al Código de Procedimiento Penal, promulgado el 13 de julio del 2003). En el 2004, R.O. 418 se registra la codificación de importantes leyes con contenido ambiental (Ley forestal y de conservación de áreas naturales y vida silvestre, Ley para la preservación de zonas de reserva y parques nacionales, Ley de Gestión Ambiental, Ley que protege la biodiversidad en el Ecuador); se establece la Estrategia para el Desarrollo Forestal Sustentable del Ecuador, actualizada al 2005, MAE; Estrategia de Cambio Climático (2006); y el Plan Nacional de Forestación y Reforestación (2006). Actualmente las políticas ambientales constan en el “Libro I, de la Autoridad Ambiental”, del Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria del Ministerio del Ambiente –TULASMA (R.O No. 320 del 25 de julio del 2006); y en el R.O. No. 380 del 19 de octubre del 2006 consta el Reglamento que regula el Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental, sobre la Participación Ciudadana y Consulta Previa¹⁰, derogado a partir del 22 de abril del 2008 por el D.E. 1040 (Narváez, 2011: 178).

Se puede afirmar que la legislación ambiental de tercera generación continúa desarrollándose¹¹, y puede ser agrupada de la siguiente manera:

- 10 Conviene alertar respecto a las diferencias entre el Reglamento sobre la consulta y participación del 2002, en relación al sector petrolero; con el que regula el Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental, sobre la Participación Ciudadana y Consulta Previa, promulgado en el R.O. No. 380 del 19 de octubre del 2006, y ya derogado a partir de la promulgación del D. E. 1040, del 22 de abril de 2008, relativo a la aplicación de los mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, y que en igual forma fuera sustituida por el Código Ambiental ya propuesto para el debate en octubre de 2009.
- 11 El Derecho refleja una dimensión social (fáctica) y tienen que ver con el contexto social en se produce. Dentro del Derecho la vida social y las relaciones jurídicas constituyen un sector, una parte de esa vida social. Es un producto histórico por cuanto las normas surgen como resultado de diversas condiciones socio-económicas y culturales y buscan imponer un determinado modelo de organización social.

normas generales de naturaleza ambiental; normas de naturaleza ambiental contenidas en leyes sectoriales; normas de naturaleza ambiental contenidas en leyes seccionales; normas de naturaleza ambiental contenidas en leyes del ámbito (penal) policial. Hasta el 2007 reposan en el Congreso Nacional proyectos de ley como el de Conservación y Manejo Sustentable de la Biodiversidad, el de la Ley de Desarrollo Forestal, y el de la Ley de Aguas, cuyos contenidos han generado polémica en torno a los intereses que afectan dando lugar a un prolongado debate nacional. En octubre de 2008 promulgó la nueva Constitución de la República del Ecuador, con innovadas disposiciones en materia ambiental (FLACSO, MAE, PNUMA, 2008: 138).

Los delitos contra el medio ambiente (Código Penal y Código Procesal Penal, 2009)¹²

La tipificación de estos delitos constituye uno de los avances más significativos de la sociedad ecuatoriana, y que tiende a garantizar el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; garantizar la preservación de la naturaleza; administración y manejo de recursos naturales; gestión de los desechos y sustancias radioactivas, vertido de residuos: manejo de armas químicas; protección de la flora y fauna y del potencial genético, y; sancionar la emisión de informes técnicos con contenidos adulterados. La penalización de los descatos contra el medio ambiente es una prescripción constitucional¹³.

12 Al 20 octubre de 2011, está en proceso la promulgación de un Código Penal integral, y que abarca: Código penal, Código procesal penal y Ley de ejecución de penas.

13 Los mecanismos litigiosos para el cumplimiento y aplicación de las disposiciones penales ambientales constan en el nuevo Código de procedimiento penal, y las autoridades que tienen competencia para juzgar los delitos ambientales son los jueces penales. (Esto puede cambiar con la promulgación del nuevo Código Orgánico Penal, que a noviembre del 2001, aún se debate en la Asamblea Nacional).

El nuevo CPP separa las funciones de investigar, acusar y fallar entregándoselas a órganos distintos, la investigación y acusación al Ministerio Público, el control del cumplimiento de las garantías durante etapa de investigación al juez de garantías y juzgamiento al tribunal de juicio oral.

Se establece el juicio oral, público y contradictorio como la etapa central del proceso penal.

Dada las características de la legislación ecuatoriana, basada en el Derecho civil de tradición romano-germana, el derecho penal se aplica solamente a las personas naturales y no a las personas jurídicas; toda vez que la responsabilidad penal requiere *mens rea*, un elemento subjetivo, que acorde con la doctrina civilista tradicional solamente puede estar presente en una persona natural, no siendo atribuible al órgano de toma de decisiones de una persona jurídica. Sólo se puede sancionar a las personas jurídicas a través del sistema administrativo, en todo caso, el debate respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica continúa, al margen de que la Constitución de 2008 ya lo prevé. Los delitos ambientales constan en el Código Penal: Arts. 437A (437.1) al Art. 437K (437.11) y el Art. 607A (607.1).

La acción penal - Código de procedimiento penal

A nivel latinoamericano se viene trabajando en las reformas penales y los propósitos de la reforma penal en materia ambiental, giran en torno a los siguientes temas:

- Necesidad de reforzar la normativa ambiental y los instrumentos de política ambiental.
- Prevenir e inhibir conductas que atentan contra el medio ambiente y los recursos naturales.
- Regular conductas antisociales contra el medio ambiente.
- Sistematizar en un solo cuerpo normativo todos los delitos ambientales.
- Homologar la pena privativa de la libertad e incrementar la pecuniaria.

La tapa de instrucción o investigación adquiere el carácter de preparatoria del juicio oral y desformalizada. Durante la etapa de instrucción la investigación queda entregada al Ministerio Público y la actividad propiamente judicial queda de un tribunal unipersonal denominado "juez de garantías".

El juicio oral estará a cargo de un tribunal colegiado integrado por tres jueces, denominado tribunal de juicio oral. El procedimiento penal será de única instancia, procediendo sólo en contra de la sentencia dictada por el tribunal de juicio oral el recurso de casación y el recurso extraordinario.

- Dar mayor sentido de coercibilidad a la existencia de los delitos ambientales.
- Se conviertan en delitos oficiosos.
- Se establecen imperativos legales para una necesaria coordinación con las autoridades encargadas de perseguir e investigar los delitos ambientales.
- Establecer penas adicionales acordes a la naturaleza de los delitos ambientales (Quintana Valtierra, 2000: 81).

Conforme consta en el acápite anterior: en el Capítulo X del Código Penal vigente, se introdujeron los delitos contra el ambiente. Dicho Capítulo fue agregado por el Art. 2 de la Ley 99-49, publicada en el R.O. No. 2 del 25 de enero de 2000 y consta en una serie de disposiciones incorporadas a continuación del Art. 437A del Código Penal.

Los mecanismos litigiosos para el cumplimiento y aplicación de las referidas disposiciones constan en el Código de Procedimiento Penal (vigente a partir del 13 de julio de 2001), el mismo que entre otras innovaciones introduce la oralidad en el proceso penal. Obviamente son los jueces y tribunales penales las autoridades que tienen competencia, atribución para juzgar los delitos ambientales

La denuncia esta canalizada a través del Ministerio Público, atendiendo al hecho de que requieren una atención especializada, y que para su debida atención y seguimiento es necesario que existan órganos especializados, debido a que atentan contra valores esenciales de la sociedad.

Etapas del proceso penal

- Indagación previa (Art. 215) CPP.
- La instrucción fiscal (Arts. 217-226) CPP.
- La etapa intermedia (Audiencia preliminar) (Art. 227-249).
- La etapa del juicio (Arts. 250-320) CPP
- Sustanciación ante el Presidente del Tribunal Penal (Arts. 262-276) CPP.

- La sentencia (Art. 305-320) CPP.
- La etapa de impugnación (Arts. 324-368) CPP: Son imputables todos los autos y sentencias en los casos y formas establecidos en el Código de Procedimiento Penal, dentro de los tres días hábiles posteriores a la notificación del auto de sentencia.

Quien hubiere interpuesto un recurso puede desistir del mismo, de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Ley. En la etapa de impugnación hay cuatro tipos de recursos: Recurso de nulidad, Arts. 330-342; Recurso de Apelación, Arts. 343-348; Recurso de Casación Arts. 349-358; y Recurso de revisión, Art. 359-368.

Algunas conclusiones sobre el proceso penal ambiental

El Ministerio Público lleva a cabo la etapa pre-procesal y procesal penal. Para el efecto creó la Unidad ambiental y patrimonio cultural.

- La Fiscalía recibe denuncias sobre delitos ambientales;
- Dirige y tramita la etapa de indagación previa;
- Dicta instrucciones finales y participa en las otras etapas del proceso penal.

Las autoridades competentes son los jueces penales y tribunales penales y se rigen por los códigos: penal y el de procedimiento penal, y demás leyes pertinentes que garantizan el debido proceso y que se cumpla lo resuelto en él. Los procedimientos aplicables en materia ambiental son los mismos que se aplican en general a las demás ramas del Derecho, ya sea en el campo penal, civil o administrativo.

En materia penal, con la vigencia del nuevo CPP, y la instauración del proceso oral, la prueba es un factor fundamental, y esta tiene que ser presentada en el juicio oral. En el caso de los delitos ambientales, la prueba es muy difícil de lograr si no se cuenta con los mecanismos técnicos y los peritos apropiados que ayuden a clarificar los hechos. Será necesaria la habilidad del abogado y de la técnica para probar el delito ambiental.

Respecto a las indemnizaciones en el caso de los delitos ambientales, por cuanto generalmente no es una persona la afectada, sino una comunidad de personas, al momento en que el Juez determine el pago de indemnizaciones, tendrá que tomar en cuenta a todos los afectados, no sólo a aquellos que demandaron. También debe considerarse si el pago de indemnizaciones se hará en efectivo o en obras que restablezcan o mitiguen el ambiente afectado o compensen a las personas afectadas por el delito ambiental.

El Derecho ambiental es un derecho que está creciendo y es de esperarse que en un momento determinado deje de valerse de las instituciones y procedimientos de los otros derechos, creando procedimientos, instituciones y jueces propios.

No obstante lo expuesto, debe quedar absolutamente claro lo siguiente: el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, tiene relación a que la protección de esos derechos y de la naturaleza no es una mera facultad en manos de la administración burocrática, sino un precepto constitucional exigible legalmente. De ahí que el contenido de una demanda de reparación es la restauración de legalidad vulnerada y la realidad alterada. Si, por ejemplo, se produce una destrucción ambiental irreparable, la indemnización no irá destinada a un sujeto individual o colectivo concreto, sino a la colectividad en general.

Cualquier individuo podrá accionar a nombre de la colectividad pero no beneficiarse más que en la condición de miembro de la misma. El alcance de esa pertenencia colectiva supone la ruptura del monopolio de la defensa y decisión pública. La colectividad decide al ejercer su soberanía en el momento legislativo, pero no se desprende de poder por este hecho, ni atribuye el monopolio de la tutela ambiental a los poderes públicos exclusivamente.

Materia contencioso-administrativa

En caso de que los funcionarios públicos incumplan con las disposiciones legales y que por ello, a través de una acción u omisión de su parte se in-

cumplan las normas relativas a temas ambientales, cualquier persona natural o jurídica puede pedir al superior jerárquico la aplicación de sanciones administrativas, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que fueren del caso.

Agotada o no la vía administrativa, se puede acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo y proseguir con el trámite previsto en la ley. El recurso contencioso puede interponerse contra los reglamentos, actos, y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado y vulneren un derecho o interés directo del demandante. También se lo puede hacer contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares, establecidos o reconocidos por una ley. Se puede interponer los recursos contenciosos administrativos de plena jurisdicción y de anulación u objetivo.

De lo expuesto se desprende que el objeto es la sanción, y esta queda en la estipulación de multas y/o la anulación o suspensión de las prerrogativas administrativas y medidas similares; la ley penal agrega las penas privativas de la libertad.

Lo de fondo radica en que el régimen administrativo tiene fundamentalmente un carácter preventivo y sancionador, y las competencias de su aplicación están radicadas en tres niveles: local, seccional y nacional.

Las sanciones pueden clasificarse según su contenido: las de contenido económico o multas, y las de contenido funcional que no tiene contenido pecuniario, como las medidas correctoras, las de revocación de autorizaciones y clausura temporal o definitiva de un establecimiento. Al imponer la sanción la autoridad debe tomar en cuenta los principios de proporcionalidad y ponderación, además, valorando las circunstancias objetivas y subjetivas. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la administración, los demandantes exigirán directamente a la Administración Pública las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y el personal a su servicio. La Administración, una vez que ha indemnizado a los lesionados, podrá exigir la responsabilidad a las autoridades y demás personal a su servicio, en la medida en que hubieran actuado con dolo, culpa o negligencia grave. La CRE, en el Art. 397 prescribe la repetición contra el operador de la actividad que produjere el daño las obligaciones que conlleven a la reparación integral

(...) La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental (...).

Para la exigencia de dicha responsabilidad de los actores administrativos se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional al servicio de la administración pública en sus diferentes niveles, y su relación con la producción del resultado dañoso.

Diversas acciones de orden legal para defender el ambiente

Con el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos prescrito en la CRE, Art. 10, se connota que la calidad del ambiente está correlacionada a la calidad de vida del ser humano. Pero, la calidad de vida implica el deterioro del medio ambiente y el deterioro del medio ambiente implica el deterioro de la calidad de vida, este contorsionismo en la relación de los dos elementos puede ser superado en la medida en que se fortalezca la participación ciudadana en la toma de las decisiones ambientales, y efectivamente el Estado está propiciando dicha participación conforme consta en las diversas leyes, entre otras: la de Gestión Ambiental¹⁴, de Biodiversidad, Forestal, de Aguas, de Energía atómica, de Minería, de Hidrocarburos, etc., toda la legislación ambiental secundaria y leyes penales sustantivas y adjetivas.

En la legislación enunciada constan las disposiciones respecto a las sanciones vía administrativa o penal, y la propia Constitución Arts. 396-397 refiere sobre las políticas, responsabilidad y sanción por daños ambientales, y el compromiso del Estado en caso de daños ambientales.

Si por efecto de acciones de carácter internacional se produjeran impactos ambientales negativos, se puede demandar conforme lo establece el Derecho internacional privado o público, y vía Acción de protección se puede demandar la violación de tratados internacionales inclusive. Los mecanismos más importantes para proteger el medio ambiente son las formas de tutela establecidas en la Constitución.

¹⁴ A noviembre de 2011 todavía se debate fuera de la Asamblea Constitucional el proyecto de Código ambiental del Ecuador, y si se promulga, sustituiría a la Ley de Gestión Ambiental.

Acción de protección (Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador)

El objeto de la Acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y puede interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Corresponde tomar en cuenta la Acción extraordinaria de protección que consta en la CRE, Art. 94: la Acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado. El Art. 437 trata sobre el tema.

Patrocinio de la Defensoría del Pueblo (Art. 215 de la Constitución de la República)

El Defensor del Pueblo puede promover o patrocinar la acción de protección de las personas que lo requieran, para defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza; observar la calidad de los servicios públicos o privados y ejercer las demás funciones que le asigne la ley.

Además, la Ley de la Defensoría del Pueblo involucra la posibilidad de sugerir modificaciones sobre la administración del ambiente.

Garantías jurisdiccionales y control constitucional

Objeto y finalidad de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional; Art.1: esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

Establece además que se podrá presentar Acción de protección contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente a un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. El derecho difuso se caracteriza porque la titularidad del bien es colectiva, social. No tienen una titularidad específica y pueden ser defendidos por representante vía acción de protección (Antes, recurso de amparo) y para remediar el daño ambiental en los ecosistemas afectados. El titular del derecho difuso es la comunidad.

Para la acción de protección no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles y el juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

La Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y de control constitucional prescribe que tal resolución del juez puede ser apelada para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional.

Disposición transitoria:

Quinta.- podrán presentarse las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de la República.

Mecanismo de demanda de inconstitucionalidad

El juez o Tribunal puede considerar inaplicable una norma si es inconstitucional y puede ser designada por dos actos:

- Actos normativos que tienen que ver con las leyes, decretos ley, Ordenanzas, resoluciones de órganos públicos.
- Actos administrativos (sólo de autoridades públicas), pues no existen actos administrativos de particulares.

CRE, Art. 428:

El juez o jueza que considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos (...) suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, a fin de que resuelva sobre la inconstitucionalidad de la norma.

Responsabilidad ambiental y reparación de daños ambientales: Acción civil

Para determinar la responsabilidad ambiental corresponde previamente diferenciar la responsabilidad: civil, penal y administrativa:

La responsabilidad civil: tal como lo prescribe el Art. 2214 del Código Civil ecuatoriano, es una obligación surgida de un delito o cuasidelito que ha inferido un daño a otro; y es una obligación civil, porque al tenor de los Art. 2216 y 1486 del mismo código, da derecho para exigir su cumplimiento¹⁵ tanto al causante del daño como a sus herederos. La reparación civil consiste en resarcir a la víctima de la infracción del orden jurídico, o a los causahabientes de la misma, de todo quebranto de orden económico, resarcimiento que se completa con la indemnización de perjuicios. La reparación operará posterior a la cuantificación del daño por regulación del tribunal, atendiendo el precio de la cosa y el de la afección del agraviado (Cabanellas, 1984: 546).

La responsabilidad civil se divide en contractual y extracontractual. La contractual se refiere al incumplimiento o tardío cumplimiento derivado

¹⁵ Dejamos enunciado en forma general y para desarrollarlo en el acápite correspondiente de esta tesis, que el cumplimiento de la obligación civil que nace de la responsabilidad civil es precisamente el pago de la indemnización que en el derecho común se constituye por daño emergente y lucro cesante.

de las obligaciones contenidas en un contrato; y la responsabilidad extracontractual nace por una acción u omisión constitutiva de una infracción determinada en la legislación administrativa, o el incumplimiento de las obligaciones contempladas en la legislación administrativa. Esta responsabilidad extracontractual puede ser objetiva o subjetiva.

La responsabilidad civil extracontractual por daños causados a particulares es en principio, subjetiva y está basada en la existencia de culpa o negligencia por parte del responsable del daño, salvo que la ley indique lo contrario¹⁶. Para que entre en juego debe existir un daño cierto y real, pero también una actividad humana que lo provoca por acción u omisión¹⁷. La legislación civil prescribe la obligación de responder no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de terceros, por ejemplo: el dueño de una empresa debe responder por los perjuicios causados por sus dependientes en ejercicio de sus funciones, o los padres de familia por los de sus hijos menores de edad no emancipados¹⁸.

La función de la responsabilidad civil bajo este sistema no es preventiva, sino eminentemente indemnizatoria y reparadora del daño causado. El deber reparatorio se configurará siempre que no existan elementos eximentes de responsabilidad, es decir, cuando el agente dañoso no pueda alegar caso fortuito o fuerza mayor en la génesis del daño.

Sobre la responsabilidad penal: en la referencia que hace (Espasa: 2001: 1271) es la obligación de estar a las consecuencias jurídicas, predeterminadas por la ley formal con carácter de orgánica, que el ordenamiento señala como consecuencia de la realización de un hecho comisivo u omisivo, que reviste los caracteres de punible. Además debe estar tipificado en la norma sustantiva penal, toda vez que el Derecho penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del suje-

16 Que un Estado tenga un régimen subjetivo u objetivo de responsabilidad civil extracontractual depende del legislador, al igual que los regímenes de excepción. En el caso ecuatoriano fue el constituyente del año 2008 quien incorporó el sistema objetivo para el tratamiento de los daños ambientales.

17 La legislación civil prescribe que: el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

18 Como ejemplo están los contemplados en los Arts. 2219 a 2223 del Código Civil.

to activo y asociando a la infracción de la norma, una pena finalista o una medida penal aseguradora. Por su parte, Cabanellas (1984: 577) sustenta que la responsabilidad penal se traduce en la aplicación de una pena privativa de la libertad, personal, pecuniaria, limitadora de derechos, de índole moral, que puede aumentar si existen agravantes, reducir si existen atenuantes o desaparecer si hay eximentes.

El Código Penal ecuatoriano diferencia la responsabilidad civil de la penal en el Art. 67: “La condena a las penas establecidas por este Código es independiente de la indemnización de daños y perjuicios de acuerdo con las normas del Código Civil y del Código de procedimiento civil”.

La responsabilidad administrativa: es una obligación nacida de la inobservancia de la norma jurídica o de la técnica aconsejada, cuando la acción u omisión no tiene otras consecuencias mayores, pero cabe precisar que únicamente recae sobre servidores y funcionarios públicos cuando incumplen sus obligaciones legalmente establecidas.

La Constitución trata expresamente sobre la responsabilidad y el derecho de repetición que existe únicamente en el sector público en el Art. 11, numeral 9 que señala:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

De este texto legal se puede determinar que la responsabilidad administrativa se construye a partir de un acto contrario a la norma positiva que concluye en la prestación deficiente de los servicios públicos, el establecimiento en firme de la responsabilidad, y la debida sanción¹⁹. Esta sanción siem-

19 La sanción a la que se hace referencia está determinada en el reglamento de personal que maneja cada institución pública, ésta puede ser desde un memorando, multas, suspensiones temporales del

pre es personal, pues recae sobre el servidor que incumplió con la norma. En el caso ecuatoriano, el órgano encargado de determinar la responsabilidad administrativa es la Contraloría General del Estado, así lo determina su ley orgánica: (Art. 39). A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.

La institución “responsabilidad civil extracontractual”, cuando emerge para proteger derechos ambientales o bienes del patrimonio ambiental, bajo un régimen objetivo, se torna en un atributo jurídico que persigue a todo aquel que incurra en actividades potencialmente dañosas para el ambiente, y por supuesto al agente dañoso. El Art. 396 de la Carta Magna introduce la excepción al sistema de responsabilidad subjetiva cuando la temática es ambiental, al prescribir que: “la responsabilidad por daños ambientales es objetiva”, y contiene básicamente la obligación de restaurar los daños causados contra el medio ambiente, así como de indemnizar los daños y perjuicios generados colateralmente a patrimonios particulares.

Tratándose de daños ambientales, adicionalmente como complemento a la responsabilidad civil surge la responsabilidad administrativa en la medida en que se pueda establecer que los daños causados por el agente dañoso efectivo puedan también ser imputados a la acción u omisión de la administración, dado que es su obligación proteger y conservar el medio ambiente, más aún cuando es el Estado el garante de los derechos ambientales, tanto los de los ciudadanos como los de la naturaleza.

Clases de responsabilidad por daños ambientales

A partir de la promulgación de la Constitución del 2008, el respeto integral a la existencia de la naturaleza, a sus procesos de regeneración y a su

cargo, o suspensiones definitivas según la gravedad de la falta cometida, un ejemplo de esta responsabilidad administrativa guarda el Código Civil ecuatoriano en el Art. 89 que establece: “El matrimonio del menor que hubiese cumplido dieciséis años será válido, aunque no hubiere obtenido el asentimiento o licencia del ascendiente que debe dársele. Pero será destituida de su cargo la autoridad ante quien se hubiere celebrado dicho matrimonio”.

restauración son derechos que la propia Carta Magna le reconoce al ambiente, en concordancia con el Art. 10 que expresamente lo ubica como sujeto de derechos; por tanto el Estado también le garantiza al ambiente el pleno ejercicio de sus derechos y la tutela efectiva para que quien actúe en su representación pueda demandar la reparación de los daños a la naturaleza, aún cuando no existan daños patrimoniales particulares. Para brindar tutela jurídica al patrimonio natural, el Derecho tiene dos sistemas de responsabilidad:

- Responsabilidad subjetiva: consiste en que todo el peso de la reparación y/o recomposición ante el daño ocasionado sea atribuida únicamente ante la existencia debidamente probada por la parte afectada por el hecho dañoso, de una conducta negligente o culposa del demandado.
- Responsabilidad objetiva: es aquella en que el agente del daño viene obligado a repararlo, aunque no haya culpa²⁰, si sobreviene a consecuencia de su actuación o de cosas que le pertenecen o están bajo su guarda (Espasa, 2001: 1278). Esta concepción como explica (Dromi, 2001: 958) pone de relieve los elementos daño e injusticia por encima del concepto clásico de culpa. La antijuricidad del daño es contemplada en sentido objetivo desde el punto de vista de la posición del sujeto dañado, y existirá siempre que el titular del patrimonio dañado no tenga el deber jurídico de soportar el daño (extracontractualidad). La antijuricidad como elemento determinante del daño resarcible, es desplazada de la conducta subjetiva del autor material hacia el daño objetivo causado al patrimonio (Dromi, 2001: 959).

Los daños ambientales pueden recaer sobre dos tipos de bienes: a las personas, bienes o derechos particulares y, al patrimonio ambiental (naturaleza) en sí mismo, los cuales pueden afectarse simultáneamente, o no.

Tomando en cuenta que el bien jurídico tutelado es el medio ambiente, y que éste ha sido definido por el legislador ecuatoriano como

20 Se habla únicamente de culpa pero debería incluirse el término negligencia también, y se excluye al dolo porque de existir este se trataría de una figura delictual, que no es el tema al que se refiere la presente investigación.

un: “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”, cabe distinguir dos tipos de daños: a) daño al medio ambiente por alteración del equilibrio ecológico o la destrucción de elementos naturales de titularidad común (colectiva), por ejemplo: destrucción de la flora o fauna selvática, es decir, daño ecológico); b) daños sufridos colateralmente por los particulares en sus bienes patrimoniales o en su salud o bienestar físico o psíquico, como consecuencia de agresiones al medio ambiente, a la naturaleza.

El daño ambiental principalmente afecta intereses particulares, individuales, y también “bienes de titularidad diferenciada” (intereses colectivos o difusos). La titularidad de los derechos colectivos es de la comunidad, y ésta puede demandar vía civil, la indemnización y pago de daños y perjuicios, a través de su legítimo representante.

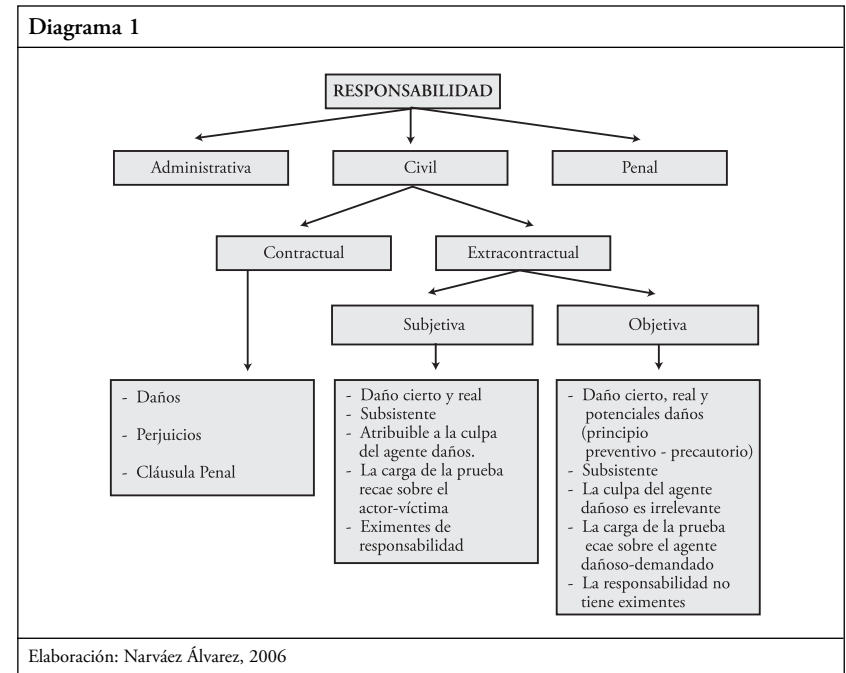
El elemento que hace que una acción civil ordinaria pueda subsumirse a los privilegios de una acción civil ambiental es, precisamente, que el objeto que se pretende tutelar a través de la acción sea el patrimonio natural.

Sin embargo, cabe recalcar que la tendencia es ir hacia la responsabilidad objetiva (en el caso ecuatoriano ya está prescrita en la Constitución), fundamentada en la teoría del riesgo, es decir, que quien realice una actividad que implica riesgo está obligado a responder por los daños derivados de tal actividad, sin tener en cuenta si el accionar del agente es culposo o negligente con respecto al suceso de un daño ambiental. La responsabilidad ambiental ha sido conceptualizada por las diversas legislaciones desde dos perspectivas distintas acerca del mismo asunto: el deber de la reposición ó reparación, frente a la existencia de la negligencia o culpa; y la carga de la prueba. En el caso ecuatoriano, siguiendo la línea del sistema de responsabilidad determinado para el tratamiento de los daños ambientales, también está prescrita la inversión de la carga de la prueba sobre el agente dañoso-demandado, Art. 395 de la Constitución, numeral 1: “(...) La carga de la prueba sobre la inexistencia del daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”.

Los elementos que configuran la responsabilidad civil ordinaria²¹ son: una acción y omisión; un daño cierto y real; la relación de causalidad

entre la acción u omisión y el daño causado; y, el factor de atribución culposo o negligente; y difiere de la responsabilidad civil extracontractual objetiva, entendida como responsabilidad ambiental, en que ésta no necesariamente recae sobre un daño cierto y real, ya que existen casos de potenciales daños que generan responsabilidad ambiental, pues el principio preventivo obliga al potencial agente dañoso y al Estado a tomar medidas cautelares cuando a ciencia cierta se conocen las consecuencias negativas de una actividad productiva sobre el ambiente; y el principio precautorio procura lo mismo pero sin tener evidencias científica de las posibles alteraciones al medio.

A fin de entender las figuras de la responsabilidad civil y la responsabilidad ambiental, se puede asumir un sistema lógico de desagregamiento que explica el origen:



21 Llámese responsabilidad civil ordinaria a aquella que no protege bienes del patrimonio ambiental.

La responsabilidad ambiental

La institución “responsabilidad civil extracontractual”, cuando emerge para proteger derechos ambientales o bienes del patrimonio ambiental, bajo un régimen objetivo, se torna en un atributo jurídico que persigue a todo aquel que incurriere en actividades potencialmente dañosas para el ambiente, y por supuesto al agente dañoso. El Art. 396 de la Carta Magna introduce la excepción al sistema de responsabilidad subjetiva cuando la temática es ambiental, al prescribir que: “la responsabilidad por daños ambientales es objetiva”, y contiene básicamente la obligación de restaurar los daños causados contra el medio ambiente, así como de indemnizar los daños y perjuicios generados colateralmente a patrimonios particulares.

La responsabilidad ambiental nace de una conducta contemplada o no dentro de los términos de un contrato²². Es más frecuente que nazca a partir de relaciones jurídicas coyunturales, es decir, que no cuentan con relación previa entre las partes, aunque eventualmente surge de relaciones contractuales. Como se mencionó anteriormente, desde la perspectiva del Derecho ambiental, la responsabilidad ambiental se convierte en un atributo jurídico que persigue a todo aquel que incurriere en actividades potencialmente dañosas para el ambiente, que difiere del deber reparatorio del patrimonio ambiental y todos los bienes afectados por la presencia de un daño ambiental. Esta obligación recae sobre el sujeto activo del daño ambiental, que puede ser una persona natural o jurídica o grupo humano, nacional o extranjero, pero en última instancia es el sujeto activo de la infracción, contravención (civil-administrativo) o delito ambiental conforme lo establece el Código Penal²³ y sobre el cual también versarán las acciones civiles.

22 La responsabilidad conforme al derecho común puede ser contractual cuando versa una relación jurídica previa entre el damnificado y el autor del daño, y extracontractual cuando esta relación es inexistente. Partimos de que la responsabilidad ambiental se hace presente cuando a pesar de todas las medidas preventivas para evitar impactos en el desarrollo de las actividades, que dentro del plano empresarial se denomina responsabilidad corporativa se han tomado, pero el riesgo de la actividad ha desbordado tales medidas generando finalmente un daño sobre el patrimonio ambiental (bien jurídico tutelado) o sobre terceros ajenos a la relación contractual y sus bienes. Esto la convierte en responsabilidad ambiental extracontractual.

23 El Código Penal (vigente a noviembre del 2011) Arts. 437A y ss., contempla una serie de delitos ambientales que se ciñen a la responsabilidad penal por daños ambientales. Estos están

La brecha entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva en el campo ambiental se va acortando como ya sucedió en el Derecho aeronáutico, área en la cual toda la estructura de la reparación se erige sobre la responsabilidad objetiva debido al riesgo temido por el desarrollo de la actividad que conlleva un peligro en sí misma. Frente a estas actividades se ha hecho imperioso crear un privilegio legal para los posibles afectados en situaciones donde el riesgo se concrete en un daño, y esta ventaja consiste en la traslación de la carga de la prueba para quien haya cometido el daño sea por sí mismo o por cuenta ajena, y la no necesidad de la existencia de la culpa o negligencia para efectos reparatorios e indemnizatorios. En la doctrina se puede citar a Cafferatta (2002: 41) quien sustenta que, al adoptar este sistema de responsabilidad objetiva se está robusteciendo lo que antes era el punto débil de la responsabilidad ambiental –la relación de causalidad– a la vez que se estatuyen políticas públicas ambientales proteccionistas, considerando que las pautas del sistema civil de tutela ambiental serían:

- La responsabilidad en especie
- La responsabilidad objetiva
- La prevención del daño ambiental (principio precautorio)

Se ha de considerar que cada una de estas pautas que el autor en cita expone, son aplicables en distintos momentos del desarrollo de la actividad de riesgo. La aplicación del *principio precautorio* es, como su mismo nombre lo indica, de aplicación anterior a la concreción del acto dañoso; la *responsabilidad objetiva* opera cuando ya sucedió el daño y se busca la determinación del deber reparatorio y resarcitorio, finalmente, la *responsabilidad en especie* es una forma de reparación, que pretende que los bienes afectados por el daño regresen al estado anterior a la concreción del hecho.

Los fundamentos legales de la responsabilidad ambiental son diversos, algunos jerárquicamente superiores entre estos: la Agenda XXI que docu-

debidamente tipificados y sancionados, pero aún tratándose de un buen esfuerzo por precautar el medio ambiente y acorde al principio de precaución que está contenido en la Constitución, en la agenda 21 (Río de Janeiro 92) y en la Ley de Gestión Ambiental, en la práctica se hace necesaria la promulgación del reglamento a esta última.

mentó los planes desarrollados a partir de la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 y la Constitución de la República del Ecuador.

Respecto a la Conferencia de Río 92 se concertaron dos acuerdos internacionales y se formularon dos declaraciones de principios y un programa de acción de desarrollo mundial sustentable: Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, en cuyos 27 principios se definen los derechos y responsabilidades de las naciones en la búsqueda del progreso y del bienestar de la humanidad; La Agenda 21, que es el plan de acción mundial con normas tendientes al logro del desarrollo sustentable desde el punto de vista social, económico y ecológico; explica que la población, el consumo y la tecnología son las principales fuerzas determinantes del cambio ecológico. Contiene estrategias y un programa integral de medidas para detener y revertir los efectos de la degradación ambiental y promover un desarrollo sustentable y ambientalmente limpio.

La agenda está dividida en cuatro secciones: la primera se refiere a la dimensión social y económica; la segunda se relaciona con el manejo y la conservación de los recursos para el desarrollo; la siguiente aborda las funciones de los grupos mayoritarios, y la última parte analiza los significados de la ejecución de cada una de ellas (NN.UU., 1998): 1) Declaración de principios para orientar la gestión, la conservación y el desarrollo sustentable de todos los tipos de bosques; 2) Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático para lograr la estabilización de los gases de efecto invernadero que afectan el sistema climático mundial; 3) Convenio sobre la diversidad biológica, el cual exhorta a los países a encontrar cauces y medios para preservar la variedad de especies vivientes y velar por la distribución equitativa de los beneficios del aprovechamiento de la diversidad genética. 4) Medidas de ejecución: instrumentos para la concreción del Programa 21.

Dentro de la normativa nacional, los preceptos ambientales en su dimensión político- jurídica han servido de base para la constitucionalización de los mismos, a partir de las reformas a la Carta Magna realizada por la Asamblea Constituyente de 2008, conforme se muestra a continuación, el fundamento constitucional de la responsabilidad ambiental está enmarcado en los artículos 11 No. 4 y 9; 396; y 397 de la Constitución ecuatoriana publicada en el Registro Oficial No. 449 de Lunes 20 de octubre de 2008.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 4) Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. 9) El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

En este artículo el Estado declara unilateralmente su responsabilidad y el deber reparatorio propia y por delegación, por la prestación de servicios públicos.

Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas²⁴.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

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

²⁴ Este texto es el que permite la protección constitucional de los derechos de titularidad diferenciada o derechos difusos, a través de la "Acción de protección" y constituye el principio precautorio (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En este artículo la Constitución incorpora como lineamiento para las políticas públicas la consideración de los principios preventivo y precautorio, a la vez que instituye el sistema de excepción para la temática ambiental.

Art. 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: 1) Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño.

Esta disposición constitucional flexibiliza la legitimación activa para la tutela efectiva de los derechos ambientales, que guarda conformidad con el Art. 41 de la Ley de Gestión Ambiental, es decir, que no necesariamente debe ser el perjudicado quien denuncie, sino que todos los interesados tienen el derecho y la obligación de efectuar la denuncia sobre el daño ambiental.

Adicionalmente, esta disposición constitucional señala dos aspectos fundamentales: trata de las indemnizaciones que el Estado, sus delegatarios y concesionarios deben pagar por daños causados. En el caso, el primer perjudicado es el ambiente y cualquier indemnización es irrisoria para remediarlo pues nunca volverá a su estado original, y en lo que tiene relación con las indemnizaciones a terceros perjudicados, la legislación todavía no determina rubros que constituyan una real compensación, dada la lógica y racionalidad de la ecología política y la economía ecológica. A partir de este análisis se pueden referir las características de la responsabilidad ambiental que según (Gherzi, 2001: 38) son: la responsabi-

lidad es *objetiva* porque, quien cause un daño al ambiente o tenga bajo su guarda o dependencia una persona o cosa que lo cause, será plenamente responsable independientemente de la existencia de culpa; la responsabilidad es *real*, porque acompaña a la cosa o a la actividad dañosa, todo adquirente de una cosa debería averiguar si contiene elementos o calidades susceptibles de originar daño ambiental, y todo el que incursiona en una actividad ha de verificar si se trata o no de una actividad de las denominadas “de riesgo”; la responsabilidad es *difusa*, tanto por los bienes que se afectan con el daño ambiental que son bienes sobre los que se erigen derechos de titularidad diferenciada, como por la difícil determinación de los perjudicados para lograr una indemnización particularizada y justa en su valoración económica.

La legislación argentina, desde hace mucho tiempo, asumió que la responsabilidad en materia ambiental sea objetiva, mientras que la legislación ecuatoriana la adoptó a partir del 2008. El fundamento de la responsabilidad objetiva estriba en la expansión del aparato productivo, tendiente a realizar una serie de actividades que en su desarrollo “pueden” resultar peligrosas; volviéndose necesario reconocer, el derecho de los perjudicados a la indemnización y a la restitución de sus derechos vulnerados (Narvárez Álvarez, 2008).

Normativa ambiental

Ley de Gestión Ambiental

Esta Ley²⁵ se promulga mediante RO/ No. 245 del 30 de julio de 1999 y como cualquiera otra tiene su sustento en la Constitución Política del Estado vigente a 1998. Establece los principios y directrices de política ambiental, el esquema institucional general relacionado con la gestión ambiental y desarrolla algunos instrumentos específicos de gestión. En cuanto a la estructura institucional, dispone el establecimiento de un

25 A noviembre de 2011 está en debate un proyecto de Código ambiental, que sería sustitutivo de la Ley de Gestión Ambiental, con la correspondiente reforma y derogatoria de otros cuerpos legales.

Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental, conformado por instituciones estatales relacionadas a la materia, sometidas al Consejo Nacional de Desarrollo Sustentable (CNDS), en cuanto mecanismo de coordinación transectorial, integración y cooperación.

Además establece la Comisión Nacional de Coordinación, cuyo principal objeto es dirigir el Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental, con mecanismos adecuados de coordinación. Este Sistema está sometido a las disposiciones técnicas de la autoridad ambiental que es el Ministerio del Ambiente.

Sitúa como instrumento importante, la formulación y calificación de los Estudios de Impacto Ambiental para la ejecución de toda actividad productiva o extractiva.

La Ley en su Art. 14 prevé una vinculación legal de la planificación con la presupuestación²⁶ y además, establece los instrumentos de gestión como la planificación a cargo de las instituciones que conforman el SDGA. La planificación nacional y seccional debe adecuarse a las normas y directrices del Plan ambiental ecuatoriano, prescribe la ley,²⁷ actualmente es el Plan nacional de desarrollo el que direcciona la planificación sectorial, bajo la conducción de la SENPLADES.

La ley de gestión ambiental es más doctrinaria y principista, que instrumental y prescriptiva, y seguramente será sometida a reforma o sustituida por el Código ambiental, en función de corresponderla a la Constitución de 2008, e incorporar las innovaciones jurídico-políticas que se desagregan del *sumak kawsay* y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos.

26 En 1972 se logra en el Ecuador una reforma administrativa y se le asigna a la planificación un importante rol en la economía. En 1984 se expidieron los Planes Integrales de Transformación y Desarrollo. Posteriormente se aplica al control de los sistemas ambientales la técnica de la planificación para ordenar los espacios y utilizar mejor los elementos. Ya la Conferencia de Estocolmo afirmó que: "La planificación racional constituye un instrumento indispensable para conciliar las diferencias que pueden surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidad de proteger y mejorar el medio".

27 La administración pública para fines ambientales es muy compleja y tiene en cuenta diversas consideraciones, entre las principales: promulgación de leyes, institucionalidad y responsabilidad específica, formulación de políticas y estrategias, planificación y programación, presupuestos, organismos de control, etc.

Cuadro 1. Contenidos de Ley de Gestión Ambiental (vigente a abril del 2011)	
1. Ámbito y principios de la ley	
Art. 1. La presente Ley establece los principios y directrices de política ambiental; determina las obligaciones, responsabilidades, niveles de participación de los sectores público y privado en la gestión ambiental y señala los límites permisibles, controles y sanciones en esta materia.	
Art. 2. La gestión ambiental se sujeta a los principios de solidaridad, corresponsabilidad, cooperación, coordinación, reciclaje y reutilización de desechos, utilización de tecnologías alternativas ambientalmente sustentables y respecto a las culturas y prácticas tradicionales.	
Art. 3. El proceso de Gestión Ambiental, se orientará según los principios universales del Desarrollo Sustentable, contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo.	
Art. 4. Los reglamentos, instructivos, regulaciones y ordenanzas que, dentro del ámbito de su competencia, expidan las instituciones del Estado en materia ambiental, deberán observar las siguientes etapas, según corresponda, desarrollo de estudios técnicos sectoriales, económicos, de relaciones comunitarias, de capacidad institucional y consultas a organismos competentes e información a los sectores ciudadanos.	
Art. 5. Se establece el Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental como mecanismo de coordinación transectorial, interacción y cooperación entre los distintos ámbitos, sistemas y subsistemas de manejo ambiental y de gestión de recursos naturales. En el sistema participará la sociedad civil de conformidad con esta Ley.	
Art. 6. El aprovechamiento racional de los recursos naturales no renovables en función de los intereses nacionales dentro del patrimonio de áreas naturales protegidas del Estado y en ecosistemas frágiles, tendrán lugar por excepción previo un estudio de factibilidad económico y de evaluación de impactos ambientales.	
2. El régimen institucional de la gestión ambiental (<i>Del desarrollo sustentable</i>)	
3. La autoridad ambiental	
4. El sistema descentralizado de gestión ambiental	
5. Instrumentos de gestión ambiental (<i>La planificación</i>)	
6. La evaluación de impacto ambiental y del control ambiental	
7. Los mecanismos de participación social	
8. Instrumentos de aplicación de normas ambientales	
9. Información y vigilancia ambiental	
10. Protección de los derechos ambientales	
11. De las acciones civiles	
12. De las acciones administrativas y contencioso - administrativas	
13. Reformas y derogatorias (Refórmense las siguientes normas legales).	

Ley para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental

Fue promulgada mediante Decreto Supremo No. 374, R.O. No. 97 del 31 de mayo de 1976 (Decreto Supremo No. 374), constituye uno de los pasos más importantes de la protección ambiental. Nació en la época sanitarista, cuando se consideraba al medio ambiente únicamente compatible con la sanidad e higiene.

Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre (R.O. 418 del 10/09/04)

La Ley Forestal trata sobre las atribuciones, funciones, facultades, del Ministerio del Ambiente y demás instituciones públicas, respecto a la conservación de áreas naturales y vida silvestre en el Ecuador.

Capítulo I: trata del patrimonio forestal del Estado; el II sobre las atribuciones y funciones del Ministerio del Ambiente; el III, de los bosques y vegetación protectores; el IV acerca de las tierras forestales y de los bosques de propiedad privada; el V de las plantaciones forestales; el VI de la producción y aprovechamiento forestales; el VII acerca del control y movilización de productos forestales; el VIII de la investigación y capacitación forestales; el IX de los incentivos, el X sobre la protección forestal; el XI de las industrias forestales, capítulo XI, título II y los artículos que van del 66 al 75 tratan sobre la áreas naturales y de la flora y fauna silvestre, categorización, administración, conservación, financiamiento, infracciones y penas, jurisdicción y procedimiento administrativo. El Título V establece las disposiciones generales que tienen que seguir el Ministerio del Ambiente, y demás instituciones públicas, privadas y personas en general.

Conclusiones

- La Ley está redactada en función de los intereses colectivos de conservación de flora, fauna y vida silvestre, argumentando que la conservación, explotación planificada, permiten un aprovechamiento sustenta-

ble de la riqueza natural a fin de que también sea disfrutada por las generaciones futuras.

- El cometimiento de infracciones no es sancionado acorde con los daños naturales que se causa.
- En la actualidad existe la codificación ambiental secundaria (TULASMA), ello permite que temas pertinentes no queden sueltos y en el anonimato como ocurría antes, y que más ciudadanos asuman la responsabilidad de precautelar el medio ambiente como una alternativa de supervivencia digna.
- Lamentablemente el destino de esta ley ha sido el de la gran mayoría de instrumentos jurídicos: la inaplicabilidad, puesto que por ser de carácter eminentemente administrativo, su manejo está a cargo de instituciones públicas sujetas a la decisión política de los gobernantes de turno, lo que la vuelve anacrónica frente a los graves problemas forestales que vive el país.

Ley de Aguas (R.O. 418 del 10/09/04)

Desde su promulgación en el R.O. No. 69 del 30 de mayo de 1972, ha sido objeto de varias modificaciones, pero mantiene su principal objetivo que es el de regular el uso del agua, asegurando su conservación y disponibilidad.

La vigente Ley de Aguas (2004) en el Art. 2: Establece que todas las aguas, cualquiera sea su procedencia son “bienes nacionales de uso público” que “no son susceptibles de posesión...o apropiación” y que “están fuera del comercio”.

Sin embargo, mientras no existen derechos de propiedad sobre el recurso, una persona puede ser beneficiaria de un derecho de aprovechamiento, vinculado a la tenencia de un bien inmueble.

Art. 16 Prescribe la importancia de la protección de los recursos hídricos, declarando como “obras de carácter nacional la conservación, preservación e incremento de los recursos hidrológicos”.
Art. 21 Establece que “el usuario de un derecho de aprovechamiento, utilizará las aguas con la mayor eficiencia y economía, debiendo contribuir a la conservación, y mantenimiento de las obras e instalaciones de que dispone para su ejercicio”.
Art. 22 Prohíbe toda contaminación de las aguas que afecte a la salud humana o al desarrollo de la flora o de la fauna.

Se concede acción popular para denunciar la contaminación de agua, a través de una denuncia que debe ser presentada en la Defensoría del Pueblo.

Para la aplicación y regulación de la Ley de Aguas, el texto unificado de la Legislación Secundaria del Ministerio de Agricultura y Ganadería dentro de la estructura orgánica, establece que está integrado por dos niveles administrativos: Consejo Consultivo de Aguas; y, Agencias del Consejo Nacional de Recursos Hídricos, antes regulada por el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos (INERHI).

La organización del régimen institucional de las aguas, consta en el texto unificado de legislación secundaria del MAG, Libro III (Título XXVIII) D.E. 3609, R.O. Suplemento 1, 03/20/2003.

• De las infracciones y penas

Art. 79 Quien infrinja las disposiciones de esta Ley, o de sus Reglamentos, será sancionado con una multa no menor a dos centavos de dólar de los Estados Unidos de América, según la gravedad y circunstancias de la infracción, y no mayor del 100% del beneficio obtenido por este medio ilícito o del 100% del perjuicio que hubiera ocasionado. La reincidencia será sancionada además con la suspensión temporal del uso de las aguas.
Art. 80 Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, el infractor deberá retirar la obra y volver las cosas a su estado anterior; reponer las defensas naturales o artificiales y pagar el costo de su reposición; en todo caso, será responsable de los daños y perjuicios ocasionados
Art. 82 Los Jefes de Agencias o Distritos del Consejo Nacional de Recursos Hídricos ejercerán jurisdicción en sus respectivas zonas para tramitar y resolver en primera instancia los reclamos y asuntos referentes a esta Ley, de acuerdo a las normas previstas en el artículo anterior.
Art. 83 En segunda y definitiva instancia conocerá y resolverá sobre los recursos que se interpongan en las decisiones de primera, el Consejo Consultivo de Aguas que estará integrado por dos delegados del Consejo Directivo del Consejo Nacional de Recursos Hídricos nombrados de su seno y el Secretario General de dicha Entidad, y por su delegación, el Jefe de la División de Recursos Hidrológicos.

• Síntesis

Conforme a la Constitución de la República (2008), el agua es un derecho humano, en este sentido es un derecho fundamental, en estricta correspondencia con el Art. 11, numeral 6 de CRE.

El agua es un recurso natural de uso público indispensable, y elemento vital para la vida de los seres humanos, animales, vegetales y en general todos los seres vivos. Puede ser utilizado para agricultura, ganadería, desarrollo energético, industrial o minero, etc. La ley regula el aprovechamiento de las aguas marítimas, superficiales, subterráneas y atmosféricas en todos sus estados físicos, dentro del territorio plurinacional.

Si los recursos hídricos son bienes nacionales de uso público, están fuera de comercio y su dominio es inalienable e imprescriptible, no son susceptibles de posesión, accesión o cualquier otro modo. Al ser inalienable e imprescriptible no se puede enajenar, es un recurso que no está destinado para el comercio y por ser bien nacional de uso público pertenece al Estado, que regula todas las formas de preservación y uso. La prescripción de conformidad con lo que establece el Código Civil, es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, pero en el presente caso al ser taxativa, esta disposición en la Ley de Aguas, el elemento no es susceptible de apropiación por ser bien que no se puede enajenar.

La Ley marca un hito jurídico importante al terminar con el derecho privado sobre las aguas, toda vez que son bienes nacionales de uso público. Esta Ley es rescatable desde las perspectivas sociales, pero es insuficiente en materia de juzgamiento al infractor. Las deficiencias las cubren otras leyes y reglamentos como es el caso de la Ley para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental y su respectivo reglamento sobre el agua.

El contenido de la Ley de Aguas tiene relación a la conservación del elemento, adquisición de derechos de aprovechamiento, usos de aguas y prelación, concesiones del derecho de aprovechamiento para uso doméstico, saneamiento, riego; fines energéticos, industriales y mineros; concesión de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, termales y medicinales; de las servidumbres, naturales, forzosas; de los aprovecha-

mientos comunes; de los directorios y de las juntas administradoras de agua potable; de las infracciones y penas.

- El debate sobre el contenido de la Ley de Aguas

Como en ningún otro sector ni recurso natural renovable existe gran interés por legislar y establecer políticas. La idea de ordenar el uso de los recursos hídricos a nivel de cuencas y subcuencas conforme lo establece la Agenda 21 de Río 92, viene a reiterar dicho compromiso, y Ecuador ya incluye una política nacional de recursos hídricos a través de un Sistema nacional de manejo de dichos recursos, complementariamente en el 2007 se creó la Secretaría Nacional del Agua (SENAGUA).

No obstante, sigue pendiente la promulgación de la nueva ley, cuyo trámite se ha visto frustrado por la acción de organizaciones sociales e indígenas que rechazan parcialmente su contenido, aduciendo que es una ley pro privatización del agua. Sin embargo, después de sendas movilizaciones indígenas en octubre de 2009 se provocó la conformación de mesas del diálogo (Pueblos indígenas-Gobierno) en función a abordar a acuerdos que viabilicen la promulgación de la ley. Según la CONAIE dicho diálogo ha fracasado.

- Observaciones a la Ley de Aguas vigente (R.O. 418 del 10/09/04)

Los derechos consuetudinarios relacionados con el agua en los países andinos están bajo una creciente presión. Y no está por demás reiterar que los grupos indígenas y campesinos se encuentran estructuralmente entre los grupos más pobres dentro de la “sociedad del agua”, debido a que históricamente se ha desarrollado una distribución desigual de los recursos hídricos por parte de los sectores dominantes. La discriminación cultural indígena y de sus racionalidades hídricas, la usurpación de sus derechos consuetudinarios por empresas comerciales, mineras, de generación de energía, etc.); la negligencia y obstrucción de sus sistemas de gestión de agua locales, y la falta de representatividad en los órganos nacionales de toma de decisiones, han creado una insostenible situación de pobreza, conflicto y destrucción ambiental.

Conforme a la racionalidad capitalista, los recursos hídricos son clave para el desarrollo extractivo. Por ejemplo, la explotación minera metálica a gran escala requiere entre 10 000 y 13 000 litros de agua por cada tonelada de cobre extraída (Camaren-CARE, 2008). Los residuos tóxicos que genera la explotación se vierten a los ríos provocando contaminación.

Para los movimientos sociales los modos de vida dependen del tipo de uso que se dé a los recursos naturales y por ello su rechazo a los daños profundos que ocasionan los procesos productivos y extractivistas. El aporte comunitario de mano de obra y tierras donde se genera el agua forma parte de la cultura comunitaria, y de un sentimiento de apropiación y defensa del servicio básico que les ha costado esfuerzo físico, económico y organizativo.

- Actores sociales y los derechos (fundamentales) en torno al agua

La base de datos de la Secretaría Nacional del Agua estima que existen 9 952 sistemas de gestión comunitaria del agua, de éstos: 6 603 para consumo, 124 de agua potable, 3 225 sistemas de riego. En áreas rurales más de 5 000 juntas administradoras de agua potable prestan servicios de agua y saneamiento; la mayoría sobreviven a su suerte en condiciones de abandono, debido a niveles de tarifas muy bajas, el descuido de las fuentes y la falta de una institución dedicada al apoyo a las juntas desde la disolución del IEOS (Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias) (CEPAL, 2003).

Las Juntas de Agua son “Entidades de derecho público con la suficiente y necesaria autonomía”, las comunidades aportan en la construcción de estos sistemas de agua y saneamiento con trabajo directo (minga comunitaria) conforme a los artículos 245 y 246 de la Ley 3327 y Reglamento de juntas administradoras de agua potable y alcantarillado de marzo 1979 (vigente). Actualmente existe un nuevo actor social denominado JAA-PRE, Juntas Administradoras de Agua Potable y Riego del Ecuador, y se autoadscribe como: “...la voz de los usuarios que gestionamos comunitariamente el agua organizados en juntas de agua de consumo y de riego en el campo y la ciudad. Promovemos la participación de los usuarios de las juntas en la definición del marco legal de los recursos hídricos”. Desde la conformación de la organización en el 2009, coinciden con otras plata-

formas de la sociedad civil, como el Foro de los Recursos Hídricos y parcialmente con organizaciones indígenas y campesinas aglutinadas en torno a: ECUARUNARI, FENOCIN, CONFENIAE.

- El agua como derecho humano

La Constitución ecuatoriana de 2008 reconoce al agua como un derecho humano, el Artículo 12 prescribe: “El Derecho Humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”. Las características y connotaciones que se da al ejercicio de este derecho ponen de manifiesto el estrecho vínculo que une la vida humana y su relación con la salud de los ecosistemas, del agua. La ejecución del derecho humano al agua y a la soberanía alimentaria tendrá que ser incorporado en las políticas públicas.

- Nudos críticos de la Ley de Aguas, usos y aprovechamiento

Se ha hecho referencia a los factores que complejizan el escenario de “ingobernabilidad del agua”, en este sentido, uno de los retos que debe asumir el proceso de elaboración de la Ley de Aguas, consiste en implementar una institucionalidad que incluya los roles de los sectores y actores comunitario, privado y estatal, en función de manejar adecuadamente la problemática nacional del agua, marcada por la escasez, acceso inequitativo, acaparamiento y compleja geografía; y finalmente cumplir con las prescripciones de la Constitución garantista, normativa y rígida. Es decir, con la tutela de los derechos fundamentales, y que están por sobre la soberanía del Estado y cualquier derecho patrimonial (Art. 11).

La forma idónea de hacer realidad la gestión integrada de los recursos hídricos es mediante la participación activa y eficaz de todos quienes viven, dependen y cuidan del agua y la naturaleza, por tanto las decisiones de las organizaciones, en los diferentes niveles de participación de las demarcaciones hídricas, tienen carácter vinculante (derecho a veto) respecto a la planificación, políticas públicas y decisiones del Estado, sobre la materia. En este sentido, la autoridad única del agua, debe ser un colec-

tivo, colegiado y representativo que genere respeto, confianza y que promueva decisiones justas, viabilice la solución de conflictos entre los diferentes actores sociales y económicos, y tenga la capacidad de responder técnica y oportunamente en todos los niveles de su gestión.

Desde esta perspectiva, son necesarios marcos jurídicos eficaces que permitan asegurar la cantidad y calidad del agua a todas las personas humanas, a los actores económicos y productivos dentro de parámetros de equidad sustentabilidad del recurso.

Bien cabe referir a Hardin (1968: 1243-1248).

No se debe... es la forma tradicional de las directrices éticas que no abren posibilidades a las circunstancias particulares. Las leyes de nuestra sociedad siguen el patrón de la ética antigua, y por tanto, se adaptan pobremente para gobernar un mundo complejo, altamente poblado y cambiante. Nuestra solución epicíclica es abultar la ley estatutaria con la ley administrativa. Puesto que resulta prácticamente imposible mencionar todas las condiciones bajo las cuales es seguro quemar basura en el patio trasero o manejar un coche sin control anticontaminante, con las leyes delegamos los detalles a las oficinas. El resultado es una ley administrativa, la cual es lógicamente temida por la vieja razón. ¿Quis custodiet ipsos custodes? ¿Quién ha de vigilar a los propios vigilantes?

Ley de Minería (Suplemento del R.O. No. 517 del 29 de enero del 2009)

El Gobierno nacional argumenta que crea la nueva Ley de Minería en razón que la legislación minera existente no respondía a los principios del nuevo modelo político de Estado, sino más bien en desmedro de ellos, encubriendo actividades especulativas que iban en contra de los intereses nacionales e incoherente con el desarrollo sustentable, permitiendo que los recursos naturales, no renovables se extraigan sin tomar en cuenta las más elementales garantías ambientales prescritas constitucionalmente, y mucho menos los derechos de las personas en general y en particular de los pueblos indígenas y más comunidades involucradas directa o indirectamente en la actividad minera.

- Del ámbito de aplicación

La Ley de Minería norma el ejercicio de los derechos soberanos del Estado ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero, de conformidad con los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia.

Regular las relaciones del Estado con las empresas mixtas mineras; con las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, públicas, mixtas, privadas y las de estas entre sí, respecto de la obtención, conservación y extinción de derechos mineros y de la ejecución de actividades mineras.

- Estructura institucional

El Ministerio sectorial; la agencia de regulación y control minero; el Instituto nacional de investigación geológico, minero, metalúrgico; la Empresa nacional minera, y; las municipalidades en las competencias que les correspondan.

- Críticas a la Ley de Minería

Entre los principales cuestionamientos que se hace a la Ley minera están: la forma de concesión para la explotación de minerales, la insuficiencia de prescripciones para prevenir los daños ambientales.

Por su parte los pueblos indígenas y otras organizaciones sociales expresan que: se violan los artículos 71, 72, 73 y 74 de la Constitución; entre otros aspectos menciona que las “comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y las riquezas naturales que les permitan el buen vivir”. No obstante, en la Ley se establece que se tomarán las medidas necesarias para mitigar el impacto ambiental.

El temor de los sectores sociales es que la ley facilita la explotación minera a gran escala, especialmente la de cielo abierto que demanda grandes cantidades de agua y provoca la contaminación, no solamente en las aguas superficiales sino también de las subterráneas. Por ejemplo el drenaje ácido es una consecuencia imposible de contener, y cuyos efectos pueden calificarse de perpetuos, ya que la contaminación del agua con

metales pesados está presente durante miles de años. Para producir una onza de oro, se requiere alrededor de ocho mil litros de agua, mientras que para producir una tonelada de cobre se necesita entre diez mil y treinta mil litros de agua. Esto da cuenta que una mina puede llegar a ocupar en una hora, la cantidad de agua, que una familia del campo usaría durante veinte años. Por todo esto, la relación entre agua y minería será constantemente crítica y sin duda dará origen a conflictos socioambientales, más aún cuando el agua se convierte cada día en un recurso limitado.

Es visible que la oposición a la minería por parte de los pueblos indígenas y más comunidades es una lucha por la defensa del agua, de los páramos en cuanto ecosistemas fundamentales para la consumación del ciclo de generación del agua. Esta es una lucha que expresa un contenido político e ideológico en contra del modelo extractivista y por la defensa de la vida de los pueblos y de la propia naturaleza.

Ley de Hidrocarburos de 2010

Esta norma no es explícita respecto al componente ambiental, pero el sector dispone de suficiente regulación, y particularmente el D.E. 1215 establece el marco legal para todas las operaciones hidrocarburíferas; y en cuanto la variable ambiental es transversal, la legislación ambiental en general está impregnada de ella. Más aún, la Constitución de la República (2008) reconoció a la naturaleza como sujeto de derecho, en consecuencia, el sector petrolero que se caracteriza por ser contaminante, deberá observar tal prescripción antes que para remediar los daños, más bien para prevenirlos y realizar un eficiente control de procesos.

Código Civil

El Código Civil ecuatoriano ha establecido normas que se relacionan con la materia ambiental, especialmente en lo relativo a los bienes nacionales de uso público. En las que determina la potestad del Estado para controlar tales recursos, a fin de no causar deterioro en el ecosistema. Los recur-

tos naturales a los cuales otorga protección el Código Civil son: el mar territorial, la plataforma submarina incluida su riqueza ictiológica, los ríos, lagos y otros cauces de agua naturales.

Las normas referidas constan en el Libro II, Título III, de los bienes nacionales. Por ejemplo: Arts.: 604 al 613.

Los artículos que van del 614 al 621 tienen relación a las regulaciones, prohibiciones, uso y goce de propiedades del Estado, etc. No cabe duda que al momento actual estas normas requieren un tratamiento más adecuado a fin de que respondan a las circunstancias de tiempo y espacio con relación a lo ambiental, y como se ha hecho referencia a los intereses colectivos o difusos que prescribe la Constitución, seguramente estos recursos tienen que ser tratados también desde esta perspectiva.

El enfoque del Derecho ambiental obliga a considerar reformas a la ley civil, conforme lo sustenta (Pigretti, 2000: 52) es posible que supere las puras obligaciones personales y aún el principio de los derechos reales, según el cual existe en relación a los bienes una obligación pasivamente universal de respetar a sus titulares de dominio. El derecho ambiental deberá precisar los alcances jurídicos del interés particular de cada ser humano en lograr que las condiciones naturales de vida no sean afectadas. El nuevo Derecho ambiental plantea una forma más de verificación real de la existencia del Derecho natural. Una posición dedicada al análisis filosófico de la cuestión parece necesaria, sostiene el autor. Posición que la respaldamos a fin de trastocar la base misma de la propiedad privada, en cuanto germen del sistema capitalista eminentemente depredador.

Texto Unificado de Legislación Secundaria, Medio Ambiente (TULASMA) R.O. No. 2, edición especial del 03/31/03; D.E. No. 3399, R.O. No 725 del 12/16/02

Al margen de su incorporación tardía al proceso industrial, Ecuador adolece de serios problemas ambientales producidos por dicho sector, pero de manera más grave los padece debido a los impactos negativos generados por el proceso extractivo petrolero. Sin embargo, ha ido generando una

normativa ambiental importante y que ha sido promulgada a través de leyes y reglamentos. No obstante, existía un sinnúmero de instrumentos legales que no estaban sistematizados y por ello la decisión de organizarlos en el Texto unificado de la legislación ambiental secundaria del Ministerio del Ambiente (TULASMA), cuyo contenido consta en los siguientes libros: I: autoridad ambiental; II: gestión ambiental, III: régimen forestal, IV: biodiversidad, V: gestión de recursos costeros, VI: calidad ambiental, VII: régimen especial Galápagos, VIII: ECORAE, IX: derechos y tasas de servicios. Y para efectos del presente estudio, se transcribe el Título Preliminar relativo a las políticas básicas ambientales; en las cuales, al final se enuncian los principales problemas ambientales que acosan al país.

Cuadro 2. Políticas básicas ambientales del Ecuador /Art.1	
1	Reconociendo que el principio fundamental que debe trascender el conjunto de políticas es el compromiso de la sociedad de promover el desarrollo hacia la sustentabilidad. La sociedad ecuatoriana deberá observar permanentemente el concepto de minimizar los riesgos e impactos negativos ambientales mientras se mantienen las oportunidades sociales y económicas del desarrollo sustentable.
2	Reconociendo que el desarrollo sustentable sólo puede alcanzarse cuando sus tres elementos lo social, lo económico y lo ambiental son tratados armónica y equilibradamente en cada instante y para cada acción. Todo habitante en el Ecuador y sus instituciones y organizaciones públicas y privadas deberán realizar cada acción, en cada instante, de manera que propenda en forma simultánea a ser socialmente justa, económicamente rentable y ambientalmente sustentable.
3	Reconociendo que la gestión ambiental corresponde a todos en cada instante de la vida y que nadie puede sustituir la responsabilidad de cada quien en esta gestión en su campo de actuación. Mediante la coordinación a cargo del Ministerio del Ambiente, a fin de asegurar la debida coherencia nacional, las entidades del sector público y del sector privado en el Ecuador, sin perjuicio de que cada una deberá atender el área específica que le corresponde, contribuirán, dentro del marco de las presentes políticas, a identificar, para cada caso, las políticas y estrategias específicas, las orientaciones y guías necesarias a fin de asegurar por parte de todos una adecuada gestión ambiental permanentemente dirigida a alcanzar el desarrollo sustentable, así como colaborarán en los aspectos necesarios para lograr que cada habitante del Ecuador adecue su conducta a este propósito.

4
Reconociendo que el ambiente tiene que ver con todo y está presente en cada acción humana: Las consideraciones ambientales deben estar presentes, explícitamente, en todas las actividades humanas y en cada campo de actuación de las entidades públicas y privadas, particularmente como parte obligatoria e indisoluble de la toma de decisiones; por lo tanto, lo ambiental no deberá ser considerado en ningún caso como un sector independiente y separado de las consideraciones sociales, económicas, políticas, culturales y en general, de cualquier orden. Esto sin perjuicio de que, por razones puramente metodológicas, deban hacerse análisis y capacitaciones sobre llamados “temas ambientales”.
5
Reconociendo que cada asunto relativo a la gestión ambiental tiene varios actores importantes, directamente vinculados o con particulares intereses en ellos. La gestión ambiental en el Ecuador se fundamentará básicamente en la solidaridad, la corresponsabilidad, la cooperación y la coordinación entre todos los habitantes del Ecuador, dirigidas a garantizar el desarrollo sustentable, en base al equilibrio y la armonía entre lo social, lo económico y lo ambiental. Criterios similares, guiarán al Ecuador en sus relaciones con los demás países y pueblos del mundo a fin de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción y competencia o fuera de ella no perjudiquen a otros estados y zonas sin jurisdicción, ni tampoco que sea perjudicado por acciones de otros. Particular mención hace a su decisión de propender a la co-gestión racional y sostenible de recursos compartidos con otros países.
6
Reconociendo que, sin perjuicio de necesarios y aconsejables complementos y sistematizaciones jurídicos e institucionales, existen suficientes leyes e instituciones en el Ecuador para realizar y mantener una adecuada gestión ambiental, pero que las leyes y regulaciones se cumplen sólo parcialmente y que muchas instituciones atraviesan por crisis en varios órdenes las leyes y regulaciones existentes, así como para aprovechar las capacidades institucionales del país, procurando sistematizarlas y fortalecerlas. Todo esto tendiente a garantizar la adecuada gestión ambiental que el país requiere.
7
Reconociendo que, si bien es responsabilidad de cada habitante en el Ecuador efectuar permanentemente la gestión adecuada que le corresponde, es conveniente que se incentive aquello. El Estado ecuatoriano propenderá al establecimiento de incentivos de varios órdenes para facilitar el cumplimiento de regulaciones o para la aplicación de iniciativas propias de los habitantes del Ecuador o de sus organizaciones, tendientes a lograr la adecuada gestión ambiental en el país, por ejemplo, privilegiando actividades productivas y otras enmarcadas en tecnologías y procedimientos ambientalmente sustentables.
8
Reconociendo que, si bien la participación en apoyo a programas y proyectos de promoción y ayuda para la adecuada gestión ambiental en el país corresponde a todos los habitantes en el Ecuador, mediante una real participación democrática a todo nivel, es necesario impulsar la presencia y efectiva participación de grupos humanos que, por diversas razones históricas, no han sido actores muy directos de decisiones y acciones de interés nacional: El Estado ecuatoriano promoverá y privilegiará la participación, como ejecutores y beneficiarios, en programas y proyectos tendientes a lograr la adecuada gestión ambiental en el país de la sociedad nacional, a través de organizaciones no públicas, de grupos menos favorecidos, de la mujer, de los niños y los jóvenes de organizaciones que representen a minorías, poblaciones indígenas y sus comunidades, trabajadores, sus sindicatos y organizaciones clasistas, empresarios y sus empresas y organismos, agricultores y trabajadores del campo, comunidad científica y tecnológica.
9
Reconociendo que es necesaria la promoción del conocimiento y de las experiencias sobre el medio ambiente, las ciencias y aspectos relacionados con él, así como respecto a su gestión: El Estado ecuatoriano asignará la más alta prioridad, como medios para la gestión ambiental a: la educación y capacitación ambientales, como partes integradas a todas las fases, modalidades y asignaturas de la educación

formal e informal y la capacitación generales; la información en todas sus modalidades; y, la ciencia y tecnología, privilegiado la investigación y aplicación de tecnologías endógenas y la adaptación conveniente de las provenientes del exterior. Así mismo, impulsará el establecimiento de un sistema permanente de ordenamiento territorial como herramienta necesaria para promover el desarrollo sustentable y, por lo tanto, para la gestión ambiental adecuada
10
Reconociendo que los asuntos ambientales y sus problemas tienen carácter global y que, por lo tanto, sólo la atención y trabajo mancomunado de todos los pueblos de la Tierra puede permitir afrontarlos y solucionarlos con éxito, sin alterar el principio de que los países tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su política ambiental: con otros países, a niveles bilateral, subregional, regional o mundial, formas de cooperación y compromisos tendientes a lograr la gestión ambiental adecuada y a asegurar los beneficios que se busquen en conjunto; así mismo, pondrá especial empeño y asignará muy alta prioridad al cumplimiento oportuno y eficiente de lo que establezcan convenios, tratados o cualquier forma de compromisos internacionales para el efecto, en los que el Ecuador participe.
11
Reconociendo que el ambiente y sus regulaciones jurídicas deben afrontarse de forma integral, pero que es conveniente enfatizar en la prevención y control con la finalidad de evitar la ocurrencia de daños ambientales. Sin perjuicio de afrontar los asuntos ambientales en forma integral, incluyendo sus regulaciones jurídicas, se dará especial prioridad a la prevención y control a fin de evitar daños ambientales provenientes de la degradación del ambiente y de la contaminación, poniendo atención en la obtención de permisos previos, límites de tolerancia para cada sustancia, ejercicio de la supervisión y control por parte del Estado en las actividades potencialmente degradantes y/o contaminantes. La degradación y la contaminación como ilícitos (una vez que sobrepasen los límites de tolerancia) serán merecedoras de sanciones para los infractores, a la vez que su obligación de reparación de los daños causados y de restauración del medio ambiente o recurso afectado.
12
Reconociendo que el deficiente mantenimiento de la calidad de los equipamientos y servicios y, en general, del hábitat humano, y la ineficiencia en actividades económicas y en servicios contribuyen en buena medida al deterioro ambiental y a la pérdida de la calidad de vida. Las entidades públicas y privadas y los habitantes del Ecuador, en general, asignarán una prioridad especial al mantenimiento de la calidad de los equipamientos y servicios, así como las condiciones generales del hábitat humano. De igual manera, la eficiencia será un concepto predominante en todas las actividades productivas y de servicios.
13
Reconociendo que una herramienta efectiva para la prevención del daño ambiental es la obligación, por parte del interesado, del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y de la propuesta de Programa de Mitigación Ambiental (PMA), para cada caso, acompañando a los solicitudes de autorización para realizar actividades susceptibles de degradar o contaminar el ambiente, que deben someterse a la revisión y decisión de las autoridades competentes: El Estado Ecuatoriano establece como instrumento obligatorio previamente a la realización de actividades susceptibles de degradar o contaminar el ambiente, la preparación, por parte de los interesados a efectuar estas actividades, de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y del respectivo Programa de Mitigación Ambiental (PMA) y la presentación de éstos junto a las solicitudes de autorización ante las autoridades competentes, las cuales tienen la obligación de decidir al respecto y de controlar el cumplimiento de lo estipulado en dichos estudios y programas a fin de prevenir la degradación y la contaminación, asegurando, además, la gestión ambiental adecuada y sostenible. El Estudio de Impacto Ambiental y el Programa de Mitigación Ambiental deberán basarse en el principio de lograr el nivel de actuación más adecuado al respectivo espacio o recurso a proteger, a través de la acción más eficaz.

14
Reconociendo que algunas compañías nacionales y extranjeras se han caracterizado por una doble moral en sus actividades en el Ecuador y por el uso de diferentes parámetros tecnológicos que afecten negativamente a la sociedad y al medio ambiente: El Estado ecuatoriano exigirá que las compañías extranjeras, nacionales subsidiarias de compañías transnacionales y nacionales en general observen en el Ecuador un comportamiento tecnológico en relación al medio ambiente, al menos con los más altos parámetros y requisitos de sus países de origen, para el caso de compañías extranjeras y transnacionales, sin perjuicio del cumplimiento de las regulaciones nacionales pertinentes por parte de todas las compañías.
15
Reconociendo que se han identificado los principales problemas ambientales, a, los cuales conviene dar un atención especial en la gestión ambiental, a través de soluciones oportunas y efectivas; Reconociendo que se han identificado los principales problemas ambientales, a, los cuales conviene dar un atención especial en la gestión ambiental, a través de soluciones oportunas y efectivas; El Estado ecuatoriano, sin perjuicio de atender todos los asuntos relativos a la gestión ambiental en el país, dará prioridad al tratamiento y solución de los siguientes aspectos reconocidos como problemas ambientales prioritarios del país:
16
Reconociendo que se han identificado áreas geográficas en el Ecuador en las que existen problemas ambientales agudos, en las cuales es necesario concentrar especiales esfuerzos para solucionar dichos problemas. El Estado ecuatoriano, sin perjuicio de atender todo el territorio nacional contribuyendo a solucionar problemas ambientales y procurando alcanzar la gestión adecuada que el país requiere, dará prioridad al tratamiento y solución de los problemas ambientales que afectan o amenazan a las siguientes regiones geográficas: 17.- * Reconociendo que todas las actividades productivas son susceptibles de degradar y/o contaminar y que, por lo tanto, requieren de acciones energías y oportunas para combatir y evitar la degradación y la contaminación, hay algunas que demandan de la especial atención nacional por los graves impactos que están causando al ambiente nacional. Sin perjuicio de propender a que todas las actividades productivas que se efectúen en territorio ecuatoriano y en las áreas marinas bajo su soberanía y control, económico se realicen combatiendo y evitando la degradación y/o la contaminación ambiental, se dará especial atención con este propósito a las siguientes.
Fuente: TULASMA, 2006

Reglamentos ambientales relevantes

- Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, en lo relativo al Recurso Agua (Acuerdo Ministerial No. 2144, R.O./204 del 5 de junio de 1989).
- Reglamento a la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre. Decreto Ejecutivo No. 1529. RO/ No. 436 del 22 de febrero de 1983 (con reformas).
- Reglamento que establece las Normas de Calidad del Aire y sus Métodos de Medición. Acuerdo No. 11338-A. RO/ No. 726 del 15 de junio de 1991.

- Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental en lo referente al Recurso Suelo (Acuerdo Ministerial No. 14629. R.O./989 del 30 de julio de 1992).
- Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental originada por la Emisión de Ruidos (Acuerdo Ministerial No. 7789. R.O./560 del 12 de noviembre de 1990).
- Reglamento para el Manejo de los Desechos Sólidos (Acuerdo Ministerial No. 14630. R.O./ 991 del 3 de agosto de 1992).
- Reglamento para el Manejo de Desechos Hospitalarios.
- Reglamento de Seguridad Radiológica.
- Reglamento de Seguridad, Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente.
- Reglamento Ambiental para las Actividades Mineras.
- Reglamento de Saneamiento Ambiental Bananero.
- Reglamento Orgánico Funcional al Instituto de Meteorología e Hidrología.
- Reglamento de la Ley de Desarrollo Agrario.
- Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador (Decreto Ejecutivo No. 1215, R.O. No. 265 del 13 de febrero de 2001).
- Instructivo para la Calificación y Registro de Consultores Ambientales Hidrocarburíferos. Acuerdo Ministerial No. 141 del 4 de abril del 2001, R.O. No. 305 del 12 de abril del 2001. Rectificaciones, Acuerdo Ministerial 145 del 11 de abril de 2001. R.O. No. 311 del 23 de abril de 2001.
- Declaración de la Reserva Cuyabeno como Zona de Conservación Especial. Decreto Ejecutivo No. 551 R.O. No. 121, Suplemento del 2 de febrero de 1999.
- Declaración de Zona de Conservación Especial de los Grupos Huao-rani. Decreto Ejecutivo No. 552 R.O. No. 121, Suplemento del 2 de febrero de 1999.
- Decreto Ejecutivo 1040 del 22 de abril de 2008.

Reglamento sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador (D.E. 1215)

El Reglamento sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1215 publicado en el Registro Oficial No. 265, de 13 de Febrero de 2001, en forma expresa se fundamenta en las disposiciones que se contienen en el artículo 86 de la Constitución Política de la República del Ecuador, en el artículo 31 de la Ley de Hidrocarburos, en los artículos 33 de la Ley de Gestión Ambiental y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (Ruiz, 2002: 17).

El reglamento está constituido por 91 Arts., por siete disposiciones transitorias y dos disposiciones finales; cinco anexos sobre parámetros técnicos y un Gto. Anexo como glosario. Dada su extensión nos remitimos a citar los primeros artículos que tratan sobre: Ámbito, Parámetros y definiciones, Sujetos de control, Consulta, Manejo de aspectos socioambientales, Presentación Pública, después de la introducción que se detalla y elaborada por Dipl.-Ing. Rosa Zehner, asesora técnica de la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas, a esa época.

• Introducción, enfoques y objetivos

Durante los últimos diez años, la gestión ambiental en el sector hidrocarburífero ha mejorado sustancialmente dentro de un marco legal que se desarrolló a través de varios instrumentos: un llamado acuerdo de caballeros a inicios de los años noventa, el Acuerdo Ministerial No. 621 (1992) y el Decreto Ejecutivo No. 2982 (1995). Este último, el Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador, significó un avance importante a pesar de tener algunas deficiencias que se analizarán a continuación.

Varias iniciativas de los últimos años para reformar el mencionado Reglamento Ambiental han culminado ahora en la expedición de un Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador, mediante Decreto No. 1215, publicado en el Registro Oficial No. 265 de 13 de febrero de 2001. Esta reforma fue

impulsada por la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas, y discutida ampliamente con los sectores involucrados: la industria petrolera, tanto la empresa estatal y sus filiales como las operadoras privadas; el Ministerio del Ambiente; organizaciones no gubernamentales a nivel de organizaciones paraguas.

El Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas reformado se enmarca dentro de las nuevas normas constitucionales de 1998, y legales que se adoptaron en el país durante los últimos años, así como de estándares ambientales aceptados a nivel nacional e internacional en la industria petrolera:

- La Constitución Política del Ecuador garantiza la preservación del medio ambiente, la prevención de la contaminación y la participación de la comunidad.
- La Ley de Hidrocarburos exige en términos generales conducir las operaciones petroleras de acuerdo a las leyes y reglamentos de protección del medio ambiente.
- En el mismo artículo 31 de la Ley de Hidrocarburos, literal u), agregado por el Decreto-Ley 2000-1, Ley No. 690 para la promoción de la inversión y de la participación ciudadana, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 144 de 18 de Agosto de 2000, obliga a Petroecuador, sus filiales y contratistas o asociados a elaborar estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental para prevenir, mitigar, controlar, rehabilitar y compensar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades. Estos estudios deberán ser evaluados y aprobados por el Ministerio de Energía y Minas (hoy de Recursos naturales no renovables), en coordinación con los organismos de control ambiental y se encargará de su seguimiento ambiental, directamente o por delegación a firmas auditoras calificadas para el efecto. En la Ley de Gestión Ambiental se establece la coordinación interinstitucional a través del Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental. Esta Ley define entre otros los parámetros técnicos como instrumentos para la gestión ambiental. Las Políticas Básicas Ambientales del Ecuador establecen que la Gestión Ambiental se fundamentará en la corresponsabilidad, cooperación y coordinación diri-

- gidas a garantizar un desarrollo sustentable, en base al equilibrio entre lo social, lo económico y lo ambiental (TULASMA).
- Entre los diversos convenios internacionales ratificados por el Ecuador, se hace énfasis en la Declaración de Río 92, sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, en la cual se establecen principios como el de que los estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente.

Finalmente se revisaron estándares internacionales y se recogieron algunos que parecen adecuados para la realidad del país. Asimismo, se realizaron comparaciones bibliográficas sobre gestión y estándares ambientales de la industria petrolera a nivel nacional e internacional.

• Metodología

En primer lugar se identificaron las principales deficiencias del Reglamento Ambiental (Decreto Ejecutivo No. 2982 de 1995), destacando entre otros:

- Los listados de parámetros para el monitoreo y control de descargas se consideraron demasiado extensos (20 parámetros en el cuadro 4 –aguas de producción; 42 parámetros en el cuadro 7– descargas industriales). Dentro de una rutina de trabajo, este sinnúmero de parámetros vuelve el monitoreo una tarea poco operacional, produciendo además información que no necesariamente es significativa. Por otra parte, una comparación a nivel internacional reveló que por ejemplo en Alemania una norma comparable contempla 2-3 parámetros con los respectivos límites permisibles.
- Aspectos importantes como el monitoreo de los cuerpos receptores, suelos contaminados y emisiones atmosféricas no se contemplaron en dicho Reglamento.
- Aunque cada empresa realiza un monitoreo ambiental de sus operaciones, esta información, por lo general, no se presentaba de manera rutinaria al organismo de control, la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas.

- Los aspectos ambientales para operaciones off-shore prácticamente no estaban reglamentados.

• Objetivos

El objetivo principal de la reforma fue fortalecer las bases legales para un sistema efectivo de monitoreo y control, basado en la realidad institucional y empresarial del país, y la estructuración de las herramientas técnicas y administrativas para un sistema de control y monitoreo eficiente y operacional exigible a todas las partes.

El monitoreo (ambiental) es un seguimiento permanente mediante registros continuos, observaciones y mediciones, muestreos y análisis de laboratorio, así como la evaluación de estos datos para determinar la incidencia de los parámetros observados sobre el medio ambiente y/o la salud. Se puede efectuar a diferentes niveles, tales como la propia empresa (=monitoreo interno o auto monitoreo), la comunidad y organismos estatales.

El control es un monitoreo externo, periódico y sistemático sobre la calidad de procesos, verificando que se ajusten a un modelo preestablecido, en este caso los estándares fijados en el Reglamento Ambiental.

• Parámetros y límites permisibles para el monitoreo y control ambiental

El Reglamento Ambiental prevé un tratamiento más operativo al control de descargas líquidas e incluyen parámetros para el monitoreo de componentes ambientales, tales como aire y suelos, no contemplados en esta forma en el pasado.

- Se establecen valores máximos referenciales para el control y la reducción de emisiones a la atmósfera en función de los parámetros ambientalmente más significativos. Se establecen frecuencias de monitoreo para diferentes tipos de instalaciones hidrocarbúricas, lo que permitirá a futuro establecer, en función de los resultados de un monitoreo permanente, los valores límites permisibles para cada parámetro y tipo de fuente de emisión. Además de estructurar operacionalmente este monitoreo de emisiones a la atmósfera, implica una revisión perma-

- nente de procesos y equipos, y la adopción de medidas correctivas cuando sea el caso.
- Para el monitoreo de descargas líquidas se requiere en primer lugar que cada operadora defina y reporte los puntos de descarga, así como un punto de control en el respectivo cuerpo receptor. El monitoreo se realizará en función de un juego de parámetros significativos para la actividad industrial, tanto en las descargas como en un punto de control del cuerpo receptor. Los muestreos y análisis se efectuarán con una periodicidad establecida para las diferentes fases y actividades hidrocarbúricas.
 - Cabe destacar que semestralmente y en los casos cuando en el monitoreo se detecte incumplimiento de parámetros, se requieren análisis adicionales para completar la información sobre posibles tipos de contaminación y tomar las respectivas medidas correctivas. De igual manera, para la caracterización de la Línea Base (Diagnóstico Ambiental en los Estudios de Impacto Ambiental) se requieren parámetros específicos.
 - Para suelos contaminados se establecen parámetros y límites permisibles en función del uso que, posterior a una remediación, se le planifica dar. Esto es: uso agrícola o uso industrial; además se establece una categoría para suelos de valor ecológico y sujeto a una protección específica, como por ejemplo los pantanos en la Amazonía. En función de parámetros característicos se establecen de tal manera criterios y metas para proyectos de remediación de suelos contaminados, así como para la protección de suelos en general.
 - Para proyectos de remediación se requiere así no solamente una caracterización inicial del suelo, sino también un monitoreo sistemático para determinar el momento en el que se logren las metas establecidas.
 - El tratamiento y la disposición de lodos y ripios de perforación se controla en base de pruebas de lixiviación. Los límites permisibles para los diferentes parámetros se establecen de manera diferenciada, dependiendo del tipo de disposición final, con o sin impermeabilización de la base. El muestreo y análisis se efectuará en el momento de la disposición, así como a los siete días, tres y seis meses posteriores.

• Herramientas para el monitoreo y control ambiental

Se establecen formatos básicos para los reportes periódicos que requiere el organismo de control de la industria. Para los parámetros de monitoreo y control, se definen los métodos referenciales en base de estándares internacionalmente aceptados (Standard Methods, métodos ASTM, métodos estandarizados en normas DIN, entre otros). De tal manera se garantiza a futuro que la información generada en todo el sector sea comparable. Adicionalmente, se implementará un sistema de calificación y seguimiento a los laboratorios que realizan los análisis físico-químicos para garantizar la calidad de estos servicios y la confiabilidad de los resultados.

Diseño del sistema de control y monitoreo ambiental (Sistema de control y monitoreo) En el sistema propuesto, el control y el monitoreo son elementos de gestión e información complementarios que se realizan a diferentes niveles.

Las funciones del organismo de control a nivel del Estado no se limitan únicamente al control. También es facilitador entre la industria y la comunidad afectada y encargado de canalizar y sistematizar la información ambiental generada por los diferentes actores.

Visto desde la perspectiva de la industria este sistema y específicamente la parte del monitoreo interno o auto monitoreo es un elemento integral de la Gestión Ambiental Corporativa, y en este sentido se puede aprovechar, entre otros por ejemplo, para la construcción y consolidación de una imagen corporativa y para las relaciones públicas en general, adquiriendo de tal manera inclusive un valor en términos de prestigio y económicos.

Conclusiones

El Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarbúricas en el Ecuador establece un marco claro y coherente para el control y monitoreo ambiental de las actividades petroleras en el país, enfocado en estándares definidos de monitoreo para todos los componentes ambientales y en una estructura clara de generación, manejo y sistematización de la información ambiental hidrocarbúrica.

La consulta y participación en el Reglamento de Operaciones Hidrocarbúricas (D. E. 1215)

En cuanto a la participación y consulta previa informada, el reglamento es muy escueto, basta leer los Arts. 9, 20 y 37 que se transcriben para constatarlo, pero claro, esta debilidad aparentemente habría sido superada con la promulgación del Reglamento de Consulta y Participación para la Realización de Actividades Hidrocarbúricas (Decreto Ejecutivo Nro. 3401 - R.O. Nro. 728 del 19 de diciembre del 2002), que conforme se detalla más adelante, no es de la conformidad de todos los involucrados.

Art. 9 Consulta.- Previamente al inicio de toda licitación petrolera estatal, el organismo encargado de llevar a cabo las licitaciones petroleras debe aplicar en coordinación con el Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio del Ambiente los procedimientos de consulta previstos en el Reglamento que se expida para el efecto.

Art. 20 Manejo de aspectos socioambientales.- Los sujetos de control, en todas las fases de las actividades hidrocarbúricas que ejecuten y en las áreas de operaciones, contarán con personal profesional capacitado para el manejo de aspectos socioambientales.

Art. 37 Presentación pública.- Previo a la entrega de los Estudios Ambientales a la Subsecretaría de Protección Ambiental para su evaluación y aprobación, los sujetos de control realizarán una presentación pública de los Estudios de Impacto Ambiental para el proyecto respectivo, conjuntamente con representantes de la operadora, de la consultora ambiental y de la población del área de influencia directa, bajo la coordinación de la Subsecretaría de Protección Ambiental, quien además canalizará los comentarios y observaciones de los asistentes.

Ordenanzas municipales

Son las normas legales generadas a nivel de los organismos seccionales (Concejos municipales, Consejos provinciales), referentes a los aspectos de gestión de los gobiernos locales o jurisdicciones, parroquiales, cantonales y provinciales. Por ejemplo, respecto al uso del suelo, manejo de desechos orgánicos, gestión de impactos, disposición final de desechos hospitalarios, control de los bosques protectores, forestación de parques y avenidas, etc.

Con la promulgación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización –COOTAD, la temática y responsabilidad de estas jurisdicciones administrativas en materia ambiental

también se modifica; pero continúa vigente su capacidad legislativa y es previsible que sigan promulgando ordenanzas ambientales, como la sustitutiva a la 213 en el caso del DMQ, y que esta en trámite.

Evolución de la legislación ambiental en el DMQ (caso)

Concomitantemente al proceso de transformación institucional de la gestión ambiental en el DMQ, la legislación ambiental local ha experimentado una evolución importante en las últimas dos décadas. En 1992 se inicia el proceso normativo ambiental en el DMQ con la expedición de la Ordenanza No. 2910.

A partir de la expedición de la Ordenanza No. 12 de 1999, se intensifica la producción normativa que busca regular las actividades productivas, las descargas líquidas, las emisiones a la atmósfera, el registro de actividades y manejo de residuos y sustancias químicas, la obtención de permisos y la puesta en marcha de estímulos a las buenas prácticas ambientales con la implementación del Premio a la Excelencia Ambiental.

Posteriormente y con el fin de operativizar la Ordenanza No. 12, se promulga la Ordenanza No. 31 del año 2000, que establecía los valores máximos permisibles de los indicadores de contaminación y parámetros de interés sanitario para descargas líquidas y valores máximos permisibles para emisiones a la atmósfera. Entre 2002 y 2004 se desarrolla una normatividad que buscaba complementar los objetivos de la Ordenanza No. 12, se trata de ordenanzas que puntualmente buscaban establecer el manejo adecuado de aceites usados, fortalecer el control sobre la contaminación vehicular y las actividades de explotación de materiales de construcción; se generaron mecanismos de evaluación del impacto ambiental, control en el barrido, entrega, recolección, transporte, transferencia y disposición final de desechos sólidos, y un monitoreo y control más adecuado en la contaminación por ruido (FLACSO, PNUMA, DMQ, 2011: 188).

El resultado de esta fase de legislación ambiental local se materializó en una amplia normatividad desarticulada, que trató de ser subsanado con la codificación del marco normativo ambiental a través de la promulgación

de la Ordenanza No. 146 en el 2005, la cual, según Albornoz (2009: 49) se constituyó “en un compendio de toda la normativa ambiental del Distrito y se estableció como un documento integral para la gestión ambiental de la ciudad, a través del cual se definieron de forma más clara las competencias de la autoridad ambiental y sus delegados, así como las disposiciones que debían acatar los diferentes sujetos de cumplimiento”²⁸.

Se incorporó el “Principio de Gradualidad (reducción gradual de la contaminación en un periodo de tiempo) y nuevos instrumentos de la gestión tales como Auditorías Ambientales, Guías de Prácticas Ambientales y Gestores Ambientales” (Dirección Metropolitana Ambiental, 2008: 11). También se estableció el Fondo Ambiental como un instrumento facilitador de recursos financieros no reembolsables, para el desarrollo de proyectos que promovieran la gestión del desarrollo sustentable.

En el 2007, la autoridad ambiental consideró necesario realizar ajustes en la normatividad. Por ello en septiembre de ese año publica la Ordenanza Metropolitana No. 213: Sustitutiva del Título V, “De la Prevención y Control del Medio Ambiente”, Libro Segundo del Código Municipal (Edición Especial No. 4 del Registro Oficial) (Albornoz, 2009, en ECCO-DMQ, 2011).

Esta Ordenanza incorpora cuatro nuevos títulos que no existían en la Ordenanza No. 146, los cuales están relacionados con el control vehicular, el control de la calidad de los combustibles de uso vehicular y su comercialización, la protección de las cuencas hidrográficas que abastecen de agua al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, la protección del patrimonio natural y establecimiento del Subsistema de Áreas Naturales Protegidas en suelo no urbanizable del DMQ.

El Concejo Metropolitano de Quito viene estudiando un proyecto de ordenanza para la gestión de residuos sólidos, también es probable que la vigente Ordenanza No. 213 sea objeto de reformas (FLACSO, PNUMA, 2011).

28 En esta ordenanza se suman como instituciones ejecutoras y encargadas del cumplimiento de la normatividad a la Empresa Metropolitana de Aseo (EMASEO) y la Corporación para el Mejoramiento del Aire en Quito (CORPAIRE). Así mismo la ordenanza generó un instructivo para desarrollar las actividades sujetas a cumplir en los diferentes capítulos, y una serie de normas técnicas que establecen la obligatoriedad de monitoreo de fuentes fijas de combustión, niveles sonoros, descargas líquidas no domésticas y caracterización de residuos peligrosos (Albornoz, 2009: 49-50, en ECCO-DMQ, 2011).

Capítulo VII

Derecho ambiental supraestatal

Introducción

En el mundo moderno es visible una débil conciencia ecológica que llevado al ser humano a actuar sobre los ambientes naturales más sensibles sacrificándolos por el lucro y la ganancia ilimitada, o para ejercer poder político sobre ellos, en función de controlar la extracción de recursos naturales y satisfacer la demanda energética internacional. Por otra parte, existe información científica que ilustra respecto a que el mundo está a punto de romper el equilibrio ecosistémico físico-biótico-social, como consecuencia del proceso de industrialización e implementación del modelo socio-económico-político liberal y su versión neoliberal en la etapa de globalización. En tales circunstancias el Derecho ambiental constituye un instrumento que coadyuva a la construcción de un marco normativo, institucional y político interno y externo, en función de una administración sustentable del planeta y de los espacios regionales y locales, en cuanto es una herramienta técnica que se implementa en el marco de la racionalidad rubricada por el saber ambiental.

En el último tercio del siglo XX y lo que va del XXI, la comunidad internacional ha concretado tres foros –Cumbres-globales– sobre desarrollo y ambiente: Estocolmo 1972, Río de Janeiro 1992, Johannesburgo 2002, y entre otros son fuente relevante del Derecho ambiental supraestatal, además de los antecedentes ubicados en el Derecho internacio-

nal¹. Este Derecho desde un principio trató la relación entre los estados y debido a la proliferación y establecimiento de derechos y obligaciones recíprocas, bastó para que se consolide como tal. Al igual que to-do sistema de conocimiento humano está en permanente transformación y en estricto rigor jurídico sometido al mismo proceso que toda legislación. En cuanto a las fuentes, entre otras se pueden citar: tratados internacionales, la costumbre, principios generales del derecho, decisiones judiciales, doctrina, actos unilaterales, determinaciones de los organismos internacionales.

Evolución continua del Derecho ambiental

El Derecho ambiental supra estatal se visibiliza en los últimos 55 años, con el advenimiento del Sistema Mundial después de la 2da post guerra mundial y más concretamente a partir de la Conferencia Estocolmo en 1972, que trató sobre la amenaza del deterioro humano y ambiental. A la luz de este acontecimiento se han creado e incorporado nuevas reglas al Derecho internacional, estableciendo un marco legal coherente que propenda a garantizar el desarrollo sustentable planetario.

Es multidisciplinario: toda vez que convive con otros derechos y necesita del concurso de otras ciencias sociales y de las ciencias de la naturaleza como: la física, química, biología, ecología, etc., para sustentar sus postulados.

Tiene vocación universalista: al margen de que está diseñado para incidir en las relaciones sometidas a la soberanía de los diversos estados, su

1 E carácter político del Derecho internacional se acrecienta a partir de que la sociedad occidental se fue haciendo más móvil socialmente e interdependiente, la tecnología creó nuevos problemas graves de ajuste social, ético y ambiental, y es más palpable la urgencia de normas explícitas para efectuar los cambios. Los elementos descritos son requeridos para estabilizar las nuevas relaciones producidas por el comercio, la industria, los problemas ambientales en expansión. Todo esto implica que el positivismo se constituyó en la forma dominante de jurisprudencia internacional. En las condiciones actuales de la política mundial se tiende a que el Derecho internacional sea cada vez más legal, lo que equivale a decir que los tratados como herramienta útil para mantener el orden, teniendo un carácter contractual, generalmente bilateral, están siendo sustituidos a nivel internacional por una legislación positiva general, y en materia ambiental con mayor intensidad.

pretensión es planetaria, debido a los graves problemas globales y a los intereses también globales de la comunidad internacional.

Defiende intereses colectivos: ha roto la tipología clásica de defensa patrimonial de unos sujetos frente a otros, aunque los intereses colectivos pueden descomponerse a veces en la suma de intereses individuales, o viceversa, como el caso de los derechos colectivos (bienes difusos).

Impulsa la supraconstitucionalidad: tiene un rango que excede el que suministran las constituciones estatales, su ubicación natural estaría en un escalón superior, en el que deberían asentarse las instituciones mundiales, aunque esto por hoy es una utopía, debido a la hegemonía mundial por parte de una sola potencia, tanto a nivel político, económico y tecnológico. Su estrategia de hegemonía unipolar ha agudizado la crisis política y de legitimidad de los organismos internacionales, particularmente las Naciones Unidas como institución básica de gobierno planetario, aún en ciernes y ya con grave deterioro institucional y político.

No obstante, el Derecho ambiental internacional continúa su marcha como disciplina en construcción y perfeccionamiento constante. Su fortaleza crítica está dirigida a la base epistemológica del positivismo jurídico, es decir, a los cimientos –aparentemente inmutables– sobre los cuales se erigió la tradición jurídica. Su interés también está diseccionado a sugerir innovaciones jurídicas que contribuyan a la consecución de una conducta legal ambiental universal, y que en el mejor de los casos apunten a la transformación civilizatoria considerando los referentes del saber ambiental y otros saberes periféricos o simbólicos.

Conferencia de Estocolmo 1972

(Conferencia de NN.UU sobre el ambiente humano)

Fue la primera conferencia sobre ambiente humano, celebrada en Estocolmo –Suecia– entre el 5 y 16 de junio de 1972, considerada pionera en señalar la importancia del ambiente en la vida social, económica y cultural de las sociedades humanas. Durante veinte años la gestión ambiental en el planeta se guió por los principios y postulados de esta conferencia. La consolidación del sistema de áreas naturales protegidas, por ejemplo,

es uno de sus logros. Esta conferencia produjo varios resultados importantes, entre otros:

- 26 principios rectores de la Declaración de la Conferencia de las NN.UU. sobre el Medio Ambiente Humano.
- Plan de acción para el Medio Humano, con tres componentes: el programa de evaluación ambiental, las actividades de administración ambiental y, las medidas de apoyo.
- El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).
- El Fondo Ambiental Voluntario, creado en 1973.

El objetivo de transcribir los principios rectores de la Conferencia de Estocolmo, es el de connotar los primeros esfuerzos en materia de Derecho ambiental internacional, a fin de ver la evolución que éste ha tenido, en relación a las declaraciones de las conferencias posteriores y en qué medida han servido de base para las reformas constitucionales y promulgación de leyes nacionales ambientales pertinentes, en cada Estado (Ver Quintana Valtierra, 2000: 304 y ss.).

1	El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. Por tanto, se condenan y se propone la eliminación de las políticas que promuevan la segregación racial, el apartheid, la discriminación y la opresión colonial.
2	Los recursos naturales de la tierra, incluidos y las muestras representativas de los ecosistemas naturales deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.
3	Debe mantenerse la capacidad de la tierra para producir los recursos renovables vitales y cuando sea posible, restaurados y mejorados.
4	El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestre y sus hábitats, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia en la planificación del desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y la fauna silvestres.

5	Los recursos no renovables de la tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparta los beneficios de tal empleo.
6	Debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias y a la liberación de calor, en cantidades y concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas, para que no se causen daños graves e irreparables a los ecosistemas. Debe apoyarse la justa lucha de los pueblos de todos los países contra la contaminación.
7	Los estados deberían tomar las medidas posibles para impedir la contaminación de los mares por sustancias que puedan poner en peligro la salud, dañar los recursos vivos y la vida marina, menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer otras utilidades legítimas del mar.
8	El desarrollo económico y social es esencial es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable, y crear en la tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida. (P.8).
9	Las deficiencias del medio originadas por las condiciones del subdesarrollo y los desastres naturales plantean graves problemas, y la mejor manera de subastarlas es el desarrollo acelerado mediante la transferencia de cantidades considerables de asistencia financiera y tecnológica que complemente los esfuerzos internos de los países en desarrollo y la ayuda oportuna que pueda requerirse.
10	Para los países en desarrollo, la estabilidad de los precios y la obtención de ingresos adecuados de los productos básicos y las materias primas son elementos esenciales para la ordenación del medio, y han de tenerse en cuenta tanto los factores económicos como los procesos ecológicos.
11	Las políticas ambientales de todos los estados deberían estar encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en desarrollo y no deberían menoscabar esos potencial ni obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida para todos; y los estados y las organizaciones internacionales deberían tomar las disposiciones pertinentes con miras a llegar a un acuerdo para hacer frente a las consecuencias económicas que pudieran resultar, en los planos nacional e internacional, de la aplicación de medidas ambientales.
12	Deberían destinarse recursos a la conservación y mejoramiento del medio, teniendo en cuenta las circunstancias y las necesidades especiales de los países en desarrollo y cualesquiera gastos que pueda originar a estos países la inclusión de medidas de conservación del medio ambiente en sus planes de desarrollo, así como la necesidad de presentarles, cuando lo soliciten, más asistencia técnica y financiera internacional con ese fin.
13	A fin de lograr una ordenación más racional de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo de modo que puede asegurar su compatibilidad con las necesidades de proteger el medio humano en beneficio de su población.
14	La planificación nacional constituye un instrumento indispensable para conciliar las diferencias que pueden surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidad de proteger y mejorar el medio.
15	Debe aplicarse la planificación a los asentamientos humanos y a la urbanización con miras a evitar repercusiones perjudiciales sobre el medio y a obtener los máximos beneficios sociales, económicos y ambientales para todos. A este respecto deben abandonarse los proyectos destinados a la dominación colonialista y racista.
16	En las regiones en las que exista el riesgo de que la tasa de crecimiento demográfico o las concentraciones excesivas de población perjudiquen al medio a al desarrollo, o en que la baja densidad de población pueda impedir el mejoramiento del medio humano y obstaculizar el desarrollo, deberían aplicarse políticas demográficas que respetasen los derechos humanos fundamentales y contasen con la aprobación de los gobiernos interesados.

17	Debe confiarse en las instituciones nacionales competentes la tarea de planificar, administrar o controlar la utilización de los recursos ambientales de los estados con miras a mejorar la calidad del medio. (P.17).
18	Como parte de su contribución al desarrollo económico y social, se debe utilizar la ciencia y la tecnología para descubrir, evitar y combatir los riesgos que amenazan al medio, para resolver los problemas ambientales y para el bien común de la humanidad.
19	Es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como adultos y que preste la debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las colectividades inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio en toda su dimensión humana. Es también esencial que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio humano y difundan, por el contrario, información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo, con el fin de que el hombre pueda desarrollarse en todos los aspectos.
20	Se debe fomentar en todos los países, especialmente en los países en desarrollo, la investigación y el desarrollo científicos referentes a los problemas ambientales, tanto nacionales como multinacionales. A ese respecto, el libre intercambio de información científica actualizada y de experiencia sobre la transferencia debe ser objeto de apoyo y asistencia, con el fin de facilitar la solución de los problemas ambientales; las tecnologías ambientales deben de ponerse a disposición de los países en desarrollo en unas condiciones que favorezcan su amplia difusión sin que constituyan una carga económica excesiva para esos países.
21	De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen el medio de otros estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.
22	Los estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales de las actividades realizadas dentro de la jurisdicción y bajo el control de tales estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción.
23	Sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional y de las normas que deberán ser definidas en el nivel nacional, en todos los casos será indispensable considerar los sistemas de valores prevalecientes en cada país y la aplicación de unas normas que, si bien son válidas para los países más avanzados, pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo.
24	Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse, con un espíritu de cooperación y en pie de igualdad, de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los estados.
25	Los estados se asegurarán que las organizaciones internacionales realicen una labor coordinada, eficaz y dinámica en la conservación y mejoramiento del medio.
26	Es preciso librar al hombre y a su medio de los efectos de las armas nucleares de todos los demás medios de destrucción en masa. Los estados deben esforzarse por llegar pronto a un acuerdo, en los órganos internacionales pertinentes, sobre la eliminación y destrucción completa de tales armas.

Fuente: PNUMA, 2010a

Diversos especialistas en materia socioambiental han expresado conformidades y no conformidades con dichos postulados, pero en el fondo prevalece una tendencia que es aguda en su crítica a los contenidos de las resoluciones de los cónclaves internacionales, y se fundamentan en referentes filosófico-políticos, históricos, etc., que cuestionan los postulados mismos de la modernidad y la propia base epistemológica de las ciencias naturales que la erigieron, por ejemplo, Augusto Ángel Maya viene sistemáticamente insistiendo en este enfoque y respecto a la Conferencia en mención señala que: en el ambiente en el que se desarrolló la Conferencia de Estocolmo en 1972, la balanza estaba inclinada hacia la necesidad de detener el desarrollo, tesis que no podía ser aceptada por los delegados del Tercer Mundo, en consecuencia, para conciliar las posiciones fue necesario colocar en el otro plato de la balanza, la necesidad de impulsar el desarrollo de los países pobres. La pobreza entró en la discusión política y la conclusión era, que lejos de frenar el desarrollo, había que impulsarlo en los países más pobres, para evitar el deterioro ambiental ocasionado por la pobreza, a la vez flotaba la incógnita de que si los países ricos detendrían su propio desarrollo en base a su propia decisión.

- “El sofisma de Estocolmo: el ambientalismo entre la pobreza y la riqueza”

Habiendo revisado las discusiones ambientales de la década de los años sesenta y abordado a las conclusiones de Estocolmo en 1972, lo que menos se esperaba era que los argumentos esgrimidos por los países pobres en esa Conferencia, se volverían contra ellos en Río de Janeiro 1992. La impresión que quedó de ese espacio es que los países industrializados iban a conservar los beneficios del desarrollo actual y no iban a colocarlo en ninguna mesa de discusión. Tal como expresó la delegación de Estados Unidos “El patrón de consumo al que han llegado los países industrializados no está en discusión. Es un derecho adquirido”. Por su parte los países pobres sostienen que tienen derecho a gozar de ese derecho. Es cuando en las discusiones interminables sobre estos temas que se introdujeron las coletillas ambientales resumidas en el término “desarrollo sostenible” que tiene como base el informe Brundtland y se consolida en la Confe-

rencia de Río 92. Esto implicaba que ese desarrollo puede hacerse sostenible, pero no se sabe cómo, sin embargo la Agenda XXI aprobada en Brasil 92 estableció un programa de acción, pero no se sabía si esa agenda era o no viable y si haría realmente sostenible el desarrollo.

Maya hace hincapié en que las críticas hechas a las tesis ambientalistas de la Conferencia de Estocolmo, y esgrimido por las voces oficiales durante todos estos años, es que simplemente el problema está mal diagnosticado y que a malos diagnósticos siguen malos pronósticos. Lo que se ha dado por llamar el “sofisma de Estocolmo” consiste en considerar la pobreza como un estado original previo al desarrollo. El discurso oficial sostiene que se es pobre porque no se ha tenido la voluntad para superar la pobreza o simplemente porque no se han dado las circunstancias favorables para salir de ella. Basta establecer las condiciones e impulsar con energía positiva la buena voluntad de los pueblos, para que el desarrollo predomine en todos los rincones del planeta. Se puede superar la pobreza mundial con los recursos tecnológicos y económicos actuales. Esta es la premisa que no admite discusión, según la oficialidad (Maya, 1995: 106).

Para el pensamiento crítico, esta concepción tiene a sus espaldas el enemigo de la historia, quien registra que ningún desarrollo se ha hecho escarbando las buenas voluntades individuales. La concepción oficial reposa sobre lo que Marx llamó el “fetichismo de la mercancía”. Se supone arbitrariamente que la riqueza surge mágicamente del dinero, enterrado como una semilla en la buena voluntad de los ciudadanos. Desplegando trabajo y buena voluntad individual el dinero crece por obra de esta nueva fotosíntesis calvinista. La riqueza de las naciones, sin embargo no ha nacido así. La riqueza, dentro del desarrollo moderno, es necesariamente un proceso de acumulación desigual y sólo con base en la desigualdad puede darse la acumulación. Ello significa que la riqueza engendra la pobreza y el desarrollo el subdesarrollo. La utopía de una tierra íntegramente desarrollada no pasa de ser una utopía dentro del actual estilo de desarrollo acumulativo, típico del modelo liberal capitalista (Maya, 1995: 106).

La pobreza del Sur no se explica por la pereza cultural engendrada en las condiciones geográficas del trópico. Hay de por medio 500 años de dominio y explotación de sus riquezas: oro, azúcar, minerales, petróleo, sin olvidar la acumulación de fuerza humana de los sistemas esclavistas.

La acumulación basada en la desigualdad hace que la brecha entre países ricos y pobres cada vez sea más grande y en esta conclusión pesimista están de acuerdo todos los informes internacionales, desde el primer informe del Club de Roma, el informe del presidente Carter, hasta el de las Naciones Unidas “Nuestro Futuro Común”, que con cierto rasgo de sinceridad apreciable plantea que el mayor problema ambiental del mundo contemporáneo es la creciente brecha entre países ricos del Norte y pobres del Sur, subraya (Maya, 1995: 107).

Efectivamente, han pasado tres décadas de esfuerzos por cerrar esa brecha desde que los países pobres propusieron en el seno de las Naciones Unidas, la formulación y puesta en marcha de un nuevo orden económico internacional, pero nada ni nadie ha podido detener la marcha del desarrollo, tal como se da por la voluntad de la mano invisible del mercado, respaldada evidentemente por la voluntad política de los países ricos, desarrollados, al mismo tiempo que por sus ejércitos, cuando lo estiman necesario.

Otra preocupación fundamental desde el punto de vista ambiental, a más de la miseria creciente en los países pobres y engendrada por el modelo de desarrollo en cuestión, es la certeza de que no se puede extender el patrón de consumo de los países industrializados a todos los habitantes del planeta, simplemente porque la tierra no soporta una presión de consumo semejante, al menos en las condiciones del paradigma tecnológico actual. Por ejemplo, si todos los habitantes del planeta estuvieran consumiendo combustibles fósiles a nivel de los ciudadanos norteamericanos, la tierra ya hubiere perecido de asfixia y algo similar se puede decir con relación a la acumulación de toda clase de desechos tóxicos, particularmente de origen nuclear.

En consecuencia, permanece la duda respecto a la eficacia de las medidas que se adoptan desde el modelo de desarrollo actual para superar la crisis ambiental y reconociendo que son importantes para impulsar transformaciones más profundas, hay que preparar el camino para un cambio de piel cultural, toda vez que la historia de la humanidad así lo demuestra, cuando los sistemas culturales han dejado de ser adaptativos, pues la historia está llena de cementerios culturales debido a que muchas culturas han muerto por desadaptación (Maya, 1995: 108).

*Conferencia de Río de Janeiro 1992
(Conferencia de NN.UU sobre ambiente y desarrollo)*

Constituye una de las más importantes a nivel planetario y se origina cuando la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo presentó a la Asamblea de la ONU (1987) el Informe sobre el Desarrollo Sostenible² proclamando que el desarrollo puede darse cubriendo las necesidades de la generación presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo se concretó en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992 y acudieron jefes de Estado o sus representantes de 175 países. Paralelamente se efectuó el denominado Fondo Global 92 con representantes de más de 1 500 organizaciones no gubernamentales que planteaban propuestas diferentes a las de la institucionalidad estatal. A partir de entonces las constituciones de diversos países incorporaron la materia ambiental como pilar de los procesos de desarrollo. Fortalecieron su institucionalidad y su legislación ambiental, elaboraron diagnósticos sobre el estado del medio ambiente y desarrollo, y asumieron la responsabilidad de realizar los programas nacionales de acción para el cumplimiento de la Agenda 21. Desde entonces es mayormente visible la asignación de recursos económicos para la gestión ambiental a nivel del sector público y a nivel internacional los diversos organismos hacen control de la concreción de esa agenda.

En todo caso la Cumbre de Río aportó con varios elementos muy básicos: la responsabilidad compartida en la solución de los problemas de deterioro ambiental a nivel global y cambio climático, causados por los procesos tecnológicos y de desarrollo tanto de los países industrializados y los no industrializados. El otro elemento es el traspaso al escenario internacional de la toma de decisiones sobre la forma de ampliar el conocimien-

² El Desarrollo sostenible surgió para acomodar las diferencias entre medio Ambiente y Desarrollo. Las Naciones del G-77 anunciaron su inasistencia, si los países industrializados no se comprometían con ayuda financiera y tecnológica. En la Conferencia (CNUMAD) participaron 178 estados y más de 1 000 ONG. Se aprobaron los principios en la Declaración de Río de Janeiro Sobre Medio Ambiente y Desarrollo –1992–, además de otros cuatro instrumentos relacionados con el tema ambiental.

to, conservar, utilizar y, sobre todo, repartir los beneficios de la biodiversidad, riqueza que surgía con fuerza debido al desarrollo científico, tecnológico y comercial. En síntesis se resaltan los siguientes resultados:

- Declaración sobre el Medio Ambiente y Desarrollo con 27 principios;
- La Agenda 21, que se traduce en plan de acción para el desarrollo sustentable en el siglo XXI y posterior, estableciendo áreas programáticas específicas, descritas a través de bases para la acción, objetivos a lograrse, actividades para llevarse a cabo y medios de instrumentación;
- Una Declaración no vinculante que contiene principios sobre la administración de la conservación y el desarrollo sustentable de todos los tipos de bosques;
- Los arreglos institucionales en la forma de la Comisión de Desarrollo Sustentable;
- Un mecanismo financiero para la instrumentación de la Agenda 21;
- Convenio sobre cambio climático: su objetivo es lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera. Este nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible;
- Se trata de un convenio que se desarrolla mediante la ejecución de protocolos, tal es el caso del Protocolo de Kioto suscrito en 1997, y supone el comprometimiento concreto de los estados suscriptores;
- Convenio sobre la diversidad biológica: reconoce valor intrínseco a la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos y recreativos que lleva asociado. Como objetivos básicos se propone: conservación de la diversidad biológica, utilización sostenible de los componentes, participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

Los principios más relevantes de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente son: 2, 4, 13, 15, 16, (Concordancia: LGA Art.15).

Cuadro 2. Los 27 Principios de la Declaración de Río 92, sobre Medio Ambiente	
1	Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
2	De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del Derecho Internacional, los estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.
3	El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
4	A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.
5	Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo.
6	Se deberá dar especial prioridad a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental. En las medidas internacionales que se adopten con respecto al medio ambiente y al desarrollo también se deberían tener en cuenta los intereses y las necesidades de todos los países.
7	Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.
8	Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas.
9	Los Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos, e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre éstas, tecnologías nuevas e innovadoras.
10	El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.
11	Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al

	que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.
12	Los Estados deberán cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevará al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional.
13	Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.
14	Los Estados deberán cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana.
15	Con el fin de proteger el medio ambiente, los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.
16	Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.
17	Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.
18	Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos Estados. La comunidad internacional deberá hacer todo lo posible por ayudar a los estados que resulten afectados.
19	Los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe.
20	Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible.
21	Debería movilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos.
22	Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan

	un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.
23	Deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación.
24	La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario.
25	La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables.
26	Los Estados deberán resolver pacíficamente todas sus controversias sobre el medio ambiente por medios que corresponda con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.
27	Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible.
Fuente: PNUMA, 2010	

Al igual que otras conferencias, esta ha sido ampliamente analizada y se parte de la comparación con la de Estocolmo, desarrollada en un entorno en el cual prevalecía la discusión respecto a la necesidad de detener el desarrollo moderno, fundamentalmente propuesta por ambientalistas y científicos importantes, pero el compromiso de Estocolmo no fue suficiente para detener la propuesta del crecimiento cero, toda vez que los países del llamado “Tercer Mundo” o pobres, no estaban dispuestos a aceptar esa nueva receta de la abstención, en el momento en que ejecutan sus máximos esfuerzos para superar la pobreza.

La Cumbre Mundial de Río 92 lanza a la palestra política el término “desarrollo sustentable”, que conforme ya se ha expresado, tiene su base en el informe “Nuestro Futuro Común” de la Comisión sobre Medio Ambiente y Desarrollo de las NN. UU. A partir de entonces el ambientalismo se reconcilia con el desarrollo moderno, después de las tensiones de los años sesenta. Entonces, el término desarrollo sostenible ha sido acuñado, pero el concepto continúa siendo objeto de análisis muy controversiales.

Procede concluir enfatizando que la Conferencia de Río 92, incluye: una declaración del enfoque de precaución (distinto del principio precautorio), una referencia al derecho al desarrollo, una afirmación de la obligación de emprender evaluaciones de impacto ambiental, la afirmación de la conveniencia de tener un “sistema económico de apoyo al ambiente” y una

declaración respecto a que “cada individuo tendrá un acceso apropiado a la información acerca del medio ambiente y que está en manos de las autoridades públicas, incluyendo la información sobre actividades y materiales peligrosos en sus comunidades y la oportunidad de participar en los procesos de toma de decisiones. La declaración también privilegia la calidad de vida sobre la producción continua de bienes y preconiza la consideración del medio ambiente como un recurso económico. También se reconoce la mayor responsabilidad de parte de los países desarrollados respecto de los daños ambientales globales y de la aplicación de medidas de respuesta a las actividades que son potencialmente dañinas (OLADE, 2000: 14).

Los resultados esperados continúan siendo una expectativa, la crisis socioeconómica, política y ambiental va en ascenso, y con sólo magros logros político-jurídicos sectoriales. Por ejemplo, los diversos estados han prescrito constitucionalmente los derechos ambientales y se han promulgado innovadas legislaciones sobre la materia; pero de ahí, a la concreción de dichos principios, hace falta mucho camino que recorrer. En todo caso, una larvaria conciencia ambiental se abre paso en la encrucijada de la globalización y se aferra a la posibilidad de la transformación civilizatoria conforme a las racionalidades del saber ambiental. Por su parte el modelo de desarrollo capitalista continúa con su glotonería extractivista, sin hacer reparo en la esterilidad que continúa generando.

*Conferencia de Johannesburgo 2002
(Conferencias de NN. UU sobre desarrollo humano)*

Se realizó en septiembre del 2002 en Johannesburgo (Sudáfrica); el criterio generalizado es que en ella se otorgó al medio ambiente el certificado de membrecía que lo identifica como componente integrante del comercio global. Dejando en claro que su manejo se establece en base a los principios del comercio, bajo prioridades en las que la dimensión territorial está supe- ditada a las exigencias de la globalización y que, en consecuencia, gobiernos y comunidades deben abrir el paso a las fuerzas vivas de la globalización en los escenarios de negociación internacional, en los cuales el papel destacado lo tienen los representantes de los grupos económicos corporativos; por ello

esta Cumbre significó la recomposición de las fuerzas hegemónicas del poder mundial. Ello implica que los países pobres tienen que redefinir sus estrategias de acción para contrarrestar la perversa arremetida.

- Principios rectores de la Cumbre de Johannesburgo sobre desarrollo humano

Previo a la 3ra. Cumbre Mundial sobre Desarrollo se cumplieron varias reuniones: en Río de Janeiro 23-24 de octubre del 2001; Nueva York del 28 de enero al 8 de febrero del 2002; Nueva York (25 de marzo al 5 de abril) y en Bali, Indonesia, del 27 de mayo al 5 de junio 2002; el objeto fue evaluar el avance y cumplimiento de los compromisos adquiridos y proyectar hacia el futuro nuevos acuerdos ambientales, con ocasión del décimo aniversario de la primera Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo conocida como (Cumbre de la Tierra-Río, 92), así como el 30 aniversario de la 1ra. Conferencia de Medio Ambiente (Estocolmo, 1972).

La Cumbre generó gran expectativa, por lo que los diversos estados a través de las instituciones especializadas llevaron a cabo reuniones para preparar ponencias que les permitan cualificar las decisiones que se adopten en el Cónclave. Convocó a Jefes de Estado o sus representantes, con el fin de establecer los vínculos entre el desarrollo social y económico y la protección del ambiente, con énfasis en el desarrollo humano.

- Johannesburgo: de las expectativas a la frustración

La 3ra. Cumbre fue vista como la oportunidad para reasumir el desafío planteado hace una década y asegurar el equilibrio entre el desarrollo económico y social y la protección del ambiente, vistos como componentes interdependientes del desarrollo sostenible a nivel global. Se propuso revisar los avances en la implementación de los compromisos y acuerdos asumidos en Río 92, y lo más importante, identificar los obstáculos y las vías de solución para alcanzar el desarrollo sostenible.

Las discusiones no incluyeron solamente las negociaciones tradicionales intergubernamentales, sino que fue un foro de discusión con la socie-

dad civil y la primera Cumbre multi-sectorial, tratando de fortalecer las acciones que aplicarán los tomadores de decisiones a nivel nacional y regional en un “mundo real”.

Los principales ejes tratados fueron: consecuencias múltiples de la globalización, reducción de la pobreza y cambio en los patrones de consumo. Dentro de este contexto la participación de las ONG y otros sectores esperaban discutir temas sectoriales como, agua dulce, bosques, seguridad alimentaria, océanos y costas, y otros transversales que incluían subsidios, biodiversidad y áreas protegidas.

No obstante las expectativas generadas a nivel mundial, los resultados de la Cumbre fueron magros, pero se hizo visible la falta de coherencia de las potencias mundiales: una cosa es la que proclaman en el discurso ambiental político y otra la que realmente cumplen a nivel de compromisos adquiridos. Fue particularmente cuestionada la conducta de los Estados Unidos respecto a su desinterés por impulsar realmente el desarrollo humano sustentable planetario.

La energía y la salud se tornaron temas críticos en las negociaciones y se logró un acuerdo para establecer un fondo mundial de solidaridad para la erradicación de la pobreza, y otro para diversificar la oferta energética e incrementar la parte de las fuentes de energías renovables; pero no se logró establecer una agenda, un calendario y compromisos específicos de los países. Se reafirmó el acuerdo para reducir a la mitad las personas cuyo ingreso es menor a un dólar al día y de quienes sufren hambre (...), y se plantearon, para el año 2020, mejorar de forma significativa las vidas de al menos 100 millones de habitantes de tugurios. También se propuso desarrollar planes para el manejo integrado del agua hasta el 2025, y fomentar en los próximos ocho años la aplicación del método eco sistémico en función del desarrollo sustentable de los océanos. Para el 2010 una reducción significativa de la tasa actual de pérdida de diversidad biológica, mejorar el acceso de los países en desarrollo a sustancias alternativas a aquellas que destruyen la capa de ozono, y brindarles asistencia para que puedan cumplir con los calendarios establecidos por el Protocolo de Montreal.

La Cumbre de Johannesburgo además de conferir un gran aval internacional al replanteamiento de los principios éticos que orientan las relaciones internacionales, propició la sustitución de los países por las corpo-

raciones multinacionales como actores centrales de los espacios de negociación multilateral, lo que de alguna manera puede estar anunciando también un agotamiento de los escenarios de negociación multilateral, en aras del fortalecimiento de los acuerdos regionales bilaterales. Eso implica hacer prevalecer los intereses de los grandes grupos económicos por encima de cualquier consideración de orden nacional³ y ello implicaría el inicio del debilitamiento de la propuesta sustentable oficial y el quiebre de la propuesta ambiental erigida sobre esas bases.

Los especialistas habrían previsto ya desde el proceso preparatorio, que de la Cumbre no había que esperarse resultados que cambiaran el rumbo del proceso diseñado, acordado y lanzado en la Cumbre de Río 92. El informe final reafirma los principios de la Cumbre de Río y la Agenda 21 y los mecanismos puestos en marcha diez años atrás para alcanzar la sustentabilidad en el contexto de la globalización económico-ecológica en curso.-neral de las Naciones Unidas, Kofi Annan, que: “la obsesión por el crecimiento económico” estaba llevando a la humanidad hacia un punto muerto y pidió a los países ricos hacer lo necesario para salvar el planeta. Empero, el plan de implementación no incluyó un cronograma para eli-

3 Surge una gran preocupación respecto a la Organización Mundial del Comercio, OMC, en cuanto ratifica y consolida su principio fundamental: que nada debe oponerse al derecho que tienen los países a participar en términos de equidad en el comercio global. Pero resulta que esta organización tiene un impacto muy significativo sobre el desarrollo y principios de los acuerdos de Río, más aún, cuando su alcance es enorme en su condición de ente regulador de todas las negociaciones y operaciones del comercio global. Si se tiene en cuenta que los dos convenios importantes de Río fueron el de Cambio Climático, instrumento para orientar y facilitar el cumplimiento de los compromisos adquiridos voluntariamente por los países industrializados para resolver un problema originados por ellos y de cuya solución serían los primeros beneficiados, era de esperarse que el mecanismo que se seleccionase para su ejecución fuera de orden comercial. No había otras motivaciones que la de evitar un colapso de la economía mundial. Y en el caso del Convenio sobre Diversidad Biológica, desde su planteamiento recogió la dicotomía en las posiciones de los países respecto a la forma de entender y asumir el manejo de la diversidad biológica del planeta: mientras los dos primeros objetivos se refieren a la conservación y el manejo sostenible de los recursos de la biodiversidad, el tercero habla de la distribución equitativa de los beneficios que puedan derivarse del uso de los recursos genéticos. El fondo del problema radica en como se aplican los principios éticos en base a los cuales se manejan la diferencias que puedan surgir en las negociaciones. Se ve que ya no tienen prevalencia los principios de respeto por la vida y la diversidad frente a cualquier otra consideración de orden económico. Pues la OMC, sostiene que nada puede oponerse al derecho que tienen los países a participar en términos de equidad en el comercio global. En el fondo el poder de decisión lo tienen los países industrializados.

minar los subsidios a la agricultura de los países ricos ni para resolver la crisis de los precios internacionales de productos básicos. Tampoco incluyó acuerdos vinculantes para incrementar la ayuda internacional o para cancelar la deuda externa de los países pobres.

Enfoque crítico de las tres Cumbres de NN.UU

La expectativa mundial generada por cada una de ellas en su momento, no se comparece con los resultados alcanzados al momento de suscribirlas, y lo más grave, al evaluar su concreción, toda vez que cumplimiento de sus propuestas y aún de sus principios es deficitario. Todo esto remite a una visión trágica del mundo determinada por el carácter ineluctable de la fatalidad de los hechos humanos. En este sentido parece ser que ni el desarrollo científico técnico es la panacea, conforme lo sustenta Leff (2002: 8): La racionalidad científica –en su intención de alcanzar la objetividad, la verdad y la certidumbre– ha fallado en su propósito más trascendental: el de construir un mundo que, siguiendo sus reglas, fuera predecible, controlable, seguro y transparente. La generalización de la racionalidad científica y tecnológica en todos los órdenes del ser, aunados al proyecto de la globalización de la racionalidad económica, están acelerando el riesgo ecológico al contravenir el orden de la vida y al desactivar mecanismos desequilibrantes de los ecosistemas, acelerando la muerte entrópica del planeta, es decir, generando una emisión creciente de gases de efecto invernadero y de calor como las formas más degradadas de la energía.

Las cumbres mundiales no despejan la duda respecto a que la crisis ambiental, el riesgo ecológico y el desarrollo sustentable están confrontando al desconocimiento de la racionalidad científica y económica con el enigma del saber y la responsabilidad de la vida con la inseguridad global. El proceso de globalización al que conduce la instauración en todos los confines del mundo de la racionalidad, del iluminismo de las ciencias, del poder tecnológico y el sistema económico de mercado, ha generado procesos que han desbordado la capacidad de la comprensión y control de las ciencias sobre lo real y sus objetos de conocimiento. Su reflejo en la realidad se percibe como procesos de descontrol sobre los hechos y suce-

sos del mundo, incluyendo los desastres ecológicos y degradación socio-ambiental que se manifiestan en las formas presentes de pobreza, inseguridad de la ciudadanía, desequilibrio ecológico y el calentamiento global del planeta. Hoy en día afirma Leff, ante el imperio de la globalización del mercado y del pragmatismo de corto plazo, los enfoques prospectivos parecen haber quedado relegados al confinamiento de los esfuerzos académicos sin trascendencia en los procesos políticos.

Pensar que el desarrollo sustentable implica pensar en racionalidades alternativas (más que en nuevos estilos o modelos de desarrollo) sostiene Leff (2002). De ahí que las cumbres celebradas al haber optado por una serie de metas a alcanzar en las cuestiones más críticas de nuestro tiempo (pobreza, cambio climático, educación, agua limpia, saneamiento y energías renovables) para la supervivencia de la humanidad y del planeta, sin un análisis de los medios para su consecución, lo que hacen es hacer depender de la operatividad del mercado y de las fuentes de financiamiento.

En definitiva, la construcción de sociedades sustentables, de un futuro sustentable, implica especificar metas que conduzcan a avizorar cambios de tendencias y nuevos equilibrios. Es la construcción de un proceso de transición de una economía entrópica a un balance con una economía neguentrópica. Implica apuntar hacia estados estacionarios de procesos actualmente guiados por dinámicas de crecimiento (poblacionales, económicas, de contaminación ambiental, de degradación ecológica). Implica des-construir estructuras, racionalidades e ideologías que propician procesos insustentables, poderes monopólicos y sistemas totalitarios, para abrir causas hacia la construcción de una sociedad basada en la diversidad cultural, la democracia y la diferencia (Leff, 2002: 8-10). En verdad las cumbres al margen de su trascendencia, cada vez más se convierten en instrumentos al servicio de los centros de poder.

Las medidas que han tomado los gobiernos en las tres últimas décadas son el primer intento de control ambiental global fallido, toda vez que las tasas de deterioro ambiental no han disminuido. La cumbre de Johannesburgo fue la última oportunidad para evaluar los avances logrados y trazar un plan de acción para la implantación de políticas ambientales eficaces. Se pensaba que esa conferencia –junto con los acuerdos, las negociaciones internacionales, los convenios y los protocolos de los últimos treint-

ta años llevaría a tomar medidas decisivas, pero no ha sucedido así. La Cumbre fue cualquier cosa, menos revolucionaria. La información sobre las tendencias ambientales globales es mucho más compleja y menos tranquilizadora, se deduce que la mayoría de personas pronto vivirán en áreas con problema de escasez de agua. Ha desaparecido la mitad de los bosques tropicales y se calcula que en los países que no pertenecen a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico desaparecerá otro 10% hasta el 2020.

También se ha destruido la mitad de los manglares y de las tierras pantanosas del mundo. Algunas especies de aves están desapareciendo en una proporción estimada entre 100 y 1000 veces superior a las tasas naturales de extinción. La industria y la agricultura están fijando niveles de nitrógeno por encima de los de la naturaleza, y entre otras consecuencias de esa fertilización excesiva está la existencia de cincuenta zonas muertas en los océanos, a lo que se suma por ejemplo, en 1960 el 5% de las zonas pesqueras fueron explotadas por completo o por encima de su capacidad de recuperación, actualmente el 70% se encuentra en esa situación. Además de estos ejemplos de empobrecimiento biótico, el planeta se enfrenta a la peor amenaza de todas, el cambio climático (Speth, 2002).

Los gobiernos nos han sido capaces de revertir esas tendencias, aún con los acuerdos asumidos a nivel internacional en las cumbres y otros organismos, sino que además han sentado bases deficientes para un crecimiento rápido y expoliatorio. De ahí que se afirme que las tres décadas de negociaciones internacionales en materia ambiental han resultado decepcionantes y se evidencia a partir de que los compromisos vagos, requisitos mínimos, ejecución poco firme y apoyo con un financiamiento deficiente plagan de nuevo el campo de la legislación ambiental internacional (ejemplo, Estados Unidos logró debilitar el Protocolo de Kioto), además, las instituciones creadas para tratar estos problemas como el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Comisión para el Desarrollo Sostenible, se encuentran entre las organizaciones multilaterales más endeblas.

En este escenario ha de considerarse que los países pobres en las negociaciones internacionales sobre el medio ambiente, están condicionados por sus apremiantes exigencias económicas y sociales y por su desconfianza hacia las intenciones y las políticas de los países industrializados. De

todas formas, se insiste en que una estrategia de desarrollo sustentable proporciona el único contexto posible para abordar coordinadamente los objetivos de crecimiento y de cuidado del medio ambiente. En este sentido, tratando de superar las deficiencias de las tres cumbres y otros instrumentos internacionales sobre materia ambiental, cabe considerar la posibilidad conforme lo sugiere James Gustave Speth, ex decano de la Facultad de Silvicultura de la Universidad de Yale:

Para que el mundo pueda atacar estos problemas también se debe modificar radicalmente el enfoque del control ambiental global. El progreso depende del establecimiento de nuevos procedimientos para crear acuerdos internacionales y de nuevas instituciones, incluso una Organización Mundial del Ambiente que podría ser tan eficaz como la Organización Mundial del Comercio en su esfera de acción (Speth, 2002).

Insistimos en que el balance de los resultados obtenidos en materia ambiental global después de tres décadas de cumbres mundiales y otros acuerdos multilaterales son magros, y mientras continúe incólume el sistema político hegemónico del mundo industrializado respecto al ambiente, sustentado en la política de cambios progresivos mayormente exigidos a los países pobres y a costa de su sacrificio, las reales posibilidades para evitar la catástrofe mundial se alejan y cabe aspirar que no sea demasiado tarde cuando el mundo rico decida ser responsable.

La Cumbre Copenhague (COP15) 2009

El cuarto informe de evaluación presentado por el Panel Intergubernamental de Cambio Climático (PICC) el 2 de febrero de 2007 en París, confirmó que la concentración de CO₂ en la atmósfera ha trepado hasta las 379 partes por millón (una cifra jamás alcanzada en los últimos 650 mil años de historia del planeta); han aumentado las concentraciones de metano y óxido nitroso, que el mar está 17 centímetros por encima de lo que estaba a principios del siglo XX y la temperatura 0,7° más arriba que en 1850.

Las observaciones realizadas y relevadas por los estudios científicos en todo el mundo permiten corroborar lo que el primer informe de 1991 lanzaba como hipótesis. En estos quince años que nos separan de aquel primer aviso, los instrumentos de medición terrestre y los satélites han podido comprobar que la concentración de gases de efecto invernadero (GEI) en la atmósfera aumenta, que esto tiene su explicación en las actividades humanas y que junto con el aumento de los gases aumenta la temperatura, el nivel del mar, los eventos extremos y el deshielo de los polos y los glaciares. Este informe es contundente y no deja lugar a dudas: el cambio climático está en marcha, y sus consecuencias se sentirán durante cientos de años

Además de esta problemática, el Tercer Informe de Evaluación del PICC (2001) prevé otros impactos:

- Se harán más frecuentes las inundaciones y las sequías, que aumentarán las cargas de sedimentos y degradarán la calidad del agua en algunas áreas.
- Disminuirán los rendimientos de las cosechas. En algunas regiones, se verán amenazadas las tareas de granjas de subsistencia.
- La distribución geográfica de las enfermedades transmitidas por vectores se extenderá hacia los polos y hacia mayores alturas sobre el nivel del mar.
- Los asentamientos costeros, las actividades productivas, las infraestructuras y los ecosistemas de manglares serán afectados negativamente por el aumento del nivel del mar.

Aumentará la tasa de pérdida de diversidad biológica. Según el PICC la capacidad de adaptación de los sistemas humanos latinoamericanos a esos cambios es baja, particularmente frente a los eventos climáticos extremos y que, por lo tanto existe una alta vulnerabilidad, dada la poca disponibilidad de recursos financieros, materiales y tecnológicos para hacer frente a los costos que implica la adaptación.

La adaptación es uno de los asuntos clave para el futuro de América Latina. Bajo ese concepto se incluyen las acciones que permiten a los sistemas ecológicos, sociales y económicos ir adaptándose paulatinamente a las

nuevas amenazas relacionadas con los factores climáticos globales de manera de reducir la vulnerabilidad. Las estrategias de acción dirigidas a la adaptación pueden caer en una vertiente fatalista, en el sentido de “adaptarnos” a soportar el cambio climático y no hacer nada por impedir ese proceso.

Las resistencias políticas son muy altas por sus implicaciones con los planes de desarrollo. Esa postura llevada a un extremo dejaría que las grandes naciones industrializadas persistan en su papel de voluptuosos emisores de contaminación y altos consumidores de energía, dejando a los países de América Latina (y el resto de los países pobres) la carga de enfrentar los costos ambientales con la poca ayuda internacional que exista. Por lo tanto es necesario que América Latina incremente su participación en las acciones internacionales para detener esas emisiones.

• Acciones claves

- Alerta temprana: Desarrollo de nuevos indicadores e instrumentos.
- Evaluación: Efectos del cambio climático en especial en áreas rurales y en sectores pobres y marginalizados.
- Reducir la vulnerabilidad: Identificar y aplicar medidas para reducir la vulnerabilidad, tales como alternativas de producción agropecuaria y conservación y manejo del agua—.
- Evaluación de MDL: Mejorar la calidad y eficiencia de la evaluación de los proyectos MDL; acordar criterios de sustentabilidad asociados a ellos.
- Institucionalidad y normativa: Establecer criterios mínimos y exigibles sobre la institucionalidad y la normativa para enfrentar el cambio climático.
- Punto de partida: Realizar un estudio comparado de las estrategias aplicadas en América Latina, para identificar puntos positivos a ser replicados y fortalecidos.
- Políticas regionales: Promover acciones conjuntas y coordinadas a nivel regional, y dentro de los bloques de integración (como la CAN, UNASUR o el MERCOSUR), y en especial en zonas de frontera y recursos compartidos.

- Negociaciones internacionales: Promover y exigir una actitud más enérgica de los gobiernos latinoamericanos, y la coordinación de sus posturas a nivel global.
- Información: Fortalecer y mejorar el papel de las organizaciones ciudadanas en la información pública y las evaluaciones independientes.

Al margen de las expectativas generadas con la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, COP 15, fue un fracaso. Las propuestas y metas de reducción de los gases de efecto invernadero fueron dejadas de lado, no se llegó casi a ningún acuerdo.

El texto final deja desconformes a los participantes y, en general, al mundo entero; no establece un compromiso vinculante de reducción de las emisiones contaminantes para salvar al planeta del calentamiento global. Hasta el punto que el presidente de Brasil, Ignacio Lula da Silva se mostró “decepcionado” por el documento final. Documento que no tiene la suficiente ambición y que definitivamente pasará a la historia como un rotundo fracaso.

• Logros poco significativos

Hubo algunos acuerdos que permitieron salvar la Cumbre y entre los acuerdos positivos se pueden mencionar los siguientes:

- Todas las naciones, exceptuando a los países menos desarrollados, emprenderán acciones para mitigar sus emisiones de CO₂. Estas acciones deberán ser comunicadas a la ONU cada dos años. Sin embargo no se ha establecido como se llevará a cabo la auditoría internacional de estas acciones nacionales. Según el texto, sólo las acciones de mitigación con apoyo financiero de la comunidad internacional serán controladas por organismos de la ONU.
- Los países desarrollados acordaron crear un fondo de US\$ 30 mil millones para atender desde el 2010 hasta el 2012 las necesidades más urgentes de adaptación al cambio climático y acciones de mitigación de emisiones. Estos recursos se destinarán con urgencia a los países menos desarrollados de África y a los estados insulares que son víctimas del aumento del nivel de los océanos.

- Los países industrializados movilizarán anualmente desde el 2020 unos US\$ 100 mil millones para financiar al largo plazo la adaptación y mitigación en los países en desarrollo. Estos fondos serán una combinación de dinero privado y público. Sin embargo, este monto no responde a las expectativas de los países en desarrollo. Según cálculos del Banco Mundial, la cifra debe ser por lo menos el doble de lo acordado en la Cumbre.
 - Se creará un mecanismo para reducir las emisiones provenientes de la deforestación. Del 2010 al 2015, el dinero para ayudar a los países en desarrollo a mantener sus bosques tropicales provendrá del fondo de urgencia mencionado líneas arriba.
- Acuerdos COP15 finales
- Una reducción conjunta de las emisiones de las naciones desarrolladas de un 80%, pero no es obligatoria. Deberán reportar avances cada dos años.
 - Fija un fondo de 30 000 millones de dólares en total, durante los próximos tres años, a aportar por los países desarrollados para acciones de mitigación y adaptación en los países en desarrollo.
 - Deben reducirse las emisiones para evitar un ascenso de las temperaturas superior a 2°C, y que una revisión del acuerdo en 2016 debería analizar la conveniencia de limitar el incremento a 1,5°C.
 - La finalidad de esta Cumbre fue la de reducir las emisiones de los gases de efecto invernadero (GEI). Pero el acuerdo final no contiene los compromisos de recortes de emisiones de los GEI de los países industrializados. Estas naciones tuvieron un plazo suplementario hasta el primero de febrero de 2010 para fijarlos y evadieron comprometerse a una reducción conjunta de entre 35% a 40% hasta el 2020 respecto de 1990. Los países que ratificaron el Protocolo de Kioto acordaron inscribir sus metas a una segunda fase. Esta decisión es una de las pocas victorias de los países en desarrollo que se opusieron a la desaparición del Protocolo de Kioto.

Todo terminó sólo en palabras, y la principal razón es que los países desarrollados (EE.UU.) saben que el disminuir emisiones significa un reorde-

namiento de su forma de crecimiento económico. La mayoría de la sociedad en los países occidentales no tiene intención de limitar o reducir su tren de vida. Mientras la población considere que es más importante el crecimiento económico antes que cuidar del planeta, los políticos no llegarán a ningún tipo de acuerdo vinculante. Esto implica que mientras tenga vigencia la moderna racionalidad occidental, no habrá posibilidad de combatir.

Cancún: cambio climático y desarrollo sostenible

El diciembre del 2010 en Cancún se reunió la XVI Conferencia de las partes de la convención de cambio climático, donde más de 190 países, excepto Bolivia firmaron un paquete de medidas para combatir el calentamiento global.

Cancún y la Estrategia de Desarrollo Sostenible

En Cancún, se concretó la creación de un Fondo verde climático para apoyar a los países en desarrollo frente a las posibles consecuencias del cambio climático por un lado, y por otro se plantea el estudiar nuevos mecanismos de mercado para ayudar a los países en desarrollo al crear un sistema de verificación de acciones a favor de la reducción de emisiones. Un acuerdo importante de Cancún es la protección de los bosques tropicales, pues la deforestación trae como consecuencia el 20% de las emisiones de gases de efecto invernadero. Para esto, la Estrategia de la UE y Cancún se comprometen a reforzar la gestión sostenible de los bosques.

Las políticas transversales tratan de la educación y formación como condición para fomentar cambios por un lado, y por otro, del fomento de la Investigación y desarrollo que apoye el crecimiento económico sostenible y la protección del medio ambiente. Así, en Cancún se ha acordado formar la creación de un centro de tecnología climática y una red para ayudar a distribuir el conocimiento tecnológico a los países en desarrollo de manera que puedan limitar sus emisiones y adaptarse al cambio climático.

Ratificaciones en la Cumbre de Cancún

Ratifica el reto sobre cambio climático y energía limpia, de que la temperatura media de la superficie de la Tierra no aumente más de 2°C respecto a la temperatura de la época preindustrial. Esta es la primera vez que un objetivo tan concreto ha trascendido los acuerdos regionales y llegado a las Naciones Unidas; y al margen, por ejemplo, de que la UE revalide lo acordado en Kioto, de reducir las emisiones en 8% respecto a los niveles de 1990, en Cancún han analizado la situación de emisiones de gases invernadero, y no consideran que el 8% de reducción sea suficiente para paliar las consecuencias del calentamiento global, por ello acordaron que los países industrializados hagan “fuertes reducciones” en sus emisiones de CO₂, entre el 25% y 40%.

Finalmente, hay criterios respecto a que de cumplirse los compromisos firmados en la cumbre de Cancún, se estaría dando un paso gigante hacia el desarrollo sostenible. Pero la pregunta es cómo, si la mayoría de los acuerdos son paliativos del daño ya realizado al ambiente, y cada vez es más difícil cuidar la tierra y restaurar su capacidad regenerativa.

Foros internacionales**(Principales logros y compromisos por parte de Ecuador)**

Ecuador ha suscrito y ratificado diversos convenios ambientales supra estatales, participa en foros de negociación y desarrollo de posiciones conjuntas en grupos regionales como: la Comunidad Andina de Naciones, Organización del Tratado de Cooperación Amazónica, Grupo Latinoamericano y del Caribe (GRULAC), Grupo G77 más China y los países megadiversos. Desde el año 2000 es miembro pleno de la Comisión de Desarrollo Sustentable de Naciones Unidas y comparte la preocupación sobre la necesidad de establecer sinergias entre estos instrumentos de gran importancia para la definición e implementación de políticas ambientales en el país (www.ambiente.gob.ec vista el 4 de marzo 2009).

La suscripción de la Declaración del Milenio (Nueva York, septiembre de 2000) que reafirma los principios del desarrollo sostenible (incluidos

en la Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992) compromete al país a: intensificar la cooperación y la coordinación de acciones orientadas a la institucionalización de la gestión ambiental entre las organizaciones internacionales y regionales en asocio con el sector público y privado; insistir en la aplicación del Convenio sobre Diversidad Biológica; poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos formulando estrategias que promuevan un acceso y abastecimiento justo, equitativo y adecuado; intensificar la cooperación con miras a reducir el número y efectos de los desastres naturales y de los ocasionados por presiones antropogénicas.

La Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, adoptada por la Decisión 523 de la Comunidad Andina (julio de 2002), destaca la importancia de adelantar programas y proyectos de investigación y desarrollo relacionados con iniciativas de conservación y manejo adecuado de la biodiversidad. Promueve además que las políticas sectoriales y los proyectos de desarrollo con impacto subregional, integren en todo su ciclo elementos específicos de conservación de biodiversidad y desarrollo sustentable.

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)

Es parte del Sistema Mundial y fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2997 (XXVII) de 1972, a raíz de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo (Suecia) ese mismo año. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que tuvo lugar en Río de Janeiro en 1992 y la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo en 2002 (conocida como RIO+10) no cambiaron sustancialmente la configuración del PNUMA, cuya sede está en Nairobi (Kenia) y tiene la siguiente estructura:

- Consejo de Administración: se reúne anualmente y está compuesto por 58 miembros elegidos por la Asamblea General de las Naciones

Unidas para un periodo de cuatro años, en atención a un criterio de distribución geográfica equitativa.

- Secretaría: está dirigida por un Director Ejecutivo elegido por la Asamblea General para un periodo de cuatro años.
- Foro Ministerial Global de Medio Ambiente: creado en 1999, se reúne anualmente.
- Junta de Coordinación para el Medio Ambiente: tiene como función principal intentar lograr una mayor eficacia en la coordinación de los programas de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente.

Cuadro 3. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente: funciones

PNUMA: principales funciones	<ul style="list-style-type: none"> • Analizar el estado del medio ambiente mundial • Evaluar las tendencias ecológicas • Proporcionar asesoramiento en materia de políticas e información de alerta temprana sobre amenazas medioambientales y catalizar y promover la cooperación y la acción internacional • Impulsar el desarrollo del derecho internacional sobre el medio ambiente • Impulsar la aplicación de normas y políticas internacionales convenidas y alentar a la cooperación para responder activamente a los desafíos ecológicos que van surgiendo • Coordinar las actividades medioambientales del sistema de las Naciones Unidas; fomentar la conciencia ecológica y la cooperación entre todos los sectores de la sociedad • Servir de vínculo eficaz entre la comunidad científica y las autoridades responsables • Prestar servicios a gobiernos e instituciones en materia de políticas y asesoramiento, en esferas clave del fomento institucional
Fuente: Ministerio del Ambiente de España, 2010 (vistada el 15/09, en www.mma.es/acm/aguas_continent_zonaz)	

En 1975 se estableció en México la sede de la Oficina Regional para América Latina y el Caribe (ORPALC) (Actualmente está en Panamá). El Gobierno de Ecuador ha apoyado las actividades de la ORPALC, en particular impulsando el fortalecimiento del PNUMA y su reorientación, de tal manera que sus actividades se centren en las prioridades regionales dirigidas a encauzar los esfuerzos institucionales a los temas de agua, bosques, energía renovable, relación entre medio ambiente, salud y pobreza; mitigación y respuesta a desastres naturales. Ecuador participa en el Foro de Ministros del Medio Ambiente de América Latina y el Caribe y respalda irrestrictamente la “Iniciativa Latinoamericana y Caribeña para el Desarrollo Sostenible” aprobada en Sao Paulo –Brasil– en mayo del 2002.

Comisión de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (CDS)

Fue establecida mediante resolución 47/191 (22 de diciembre de 1992), como una comisión funcional del Consejo Económico y Social y con el objetivo de monitorear el progreso en la implementación de los acuerdos de la Cumbre de la Tierra de 1992, plasmaron en la Agenda 21, y de las actividades relacionadas con la integración de las metas ambientales y de desarrollo en el sistema de las Naciones Unidas.

Uno de los objetivos de la Comisión fue determinar responsabilidades financieras a los países participantes, tales como destinar el 0,7% de su Producto Nacional Bruto para ayuda oficial al desarrollo. También se creó con la intención de ejercer presión a nivel local para fomentar la integración de políticas intersecretariales enfocadas a fomentar el desarrollo sustentable; es decir, proyectos y programas de coordinación entre los ministerios de Medio Ambiente, Economía y Finanzas, en función de impulsar medios de producción sustentables.

En su undécima sesión, la Comisión estableció su Plan de Trabajo Multianual el cual está organizado en siete ciclos bianuales en los cuales se tratarán grupos de temas, orientados a evaluar los progresos en el alcance de las metas contenidas en la Agenda 21, el Programa para la ulterior ejecución de la Agenda 21 y el Plan de aplicación de las decisiones de Johannesburgo. Los grupos temáticos quedaron distribuidos de esta manera:

Evaluación general de la implementación de la Agenda 21, el Programa para la ulterior ejecución de la Agenda 21 y el Plan de aplicación de las decisiones de Johannesburgo.

Cuadro 4. Programa de la Agenda 21	
Grupos-año	Temas
2004/2005	Agua y Saneamiento Básico
2006/2007	Energía para el Desarrollo Sostenible
2008/2009	Agricultura y Desarrollo Rural
2010/2011	Transporte y Químicos
2012/2013	Bosques y Diversidad Biológica
2014/2015	Océanos y Mares
2016/2017	Evaluación general de la implementación de la Agenda 21, el Programa para la Ulterior Ejecución de la Agenda 21 y el Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo

Fuente: NN.UU. Division for Sustainable Development - DSD, 2010

Convenios internacionales

Convenio sobre la Diversidad Biológica y sus anexos 1 y 2, y Protocolo de Cartagena sobre la seguridad de la biotecnología

El 22 de mayo de 1992, en Nairobi (Kenia), la comunidad internacional adoptó el Convenio sobre la Diversidad Biológica. El 5 de junio del mismo año en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), celebrada en Río de Janeiro, Brasil, aproximadamente 150 países firmaron dicho Convenio y el 29 de diciembre de 1993 entró en vigor. Con ello la diversidad biológica fue abordada desde una perspectiva integral y, por primera vez, la diversidad genética consta específicamente en un tratado global vinculante y se la reconoce como de interés común de la humanidad, destacando los principios de soberanía sobre los recursos naturales, el manejo sostenible y la distribución equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante un acceso adecuado a los recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes.

Ecuador fue el primer país latinoamericano que ratificó el Convenio el 10 de febrero de 1993 y lo ratificó en Nueva York el 24 de dicho mes, convirtiéndose este tema en política de Estado. Por estas razones en 1994 se creó el Grupo Nacional de Trabajo sobre Biodiversidad, que tiene como

objetivo aplicar el Convenio y la elaboración de normas como el Anteproyecto de Ley sobre Biodiversidad y el Reglamento a la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones. Por otra parte, el Ecuador participó en el proceso de adopción del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología y fue uno de los primeros países en suscribirlo durante la V Conferencia de las Partes del Convenio de Diversidad Biológica, que se desarrolló en Kenia, en mayo del 2000 (Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, 2005). El objeto del protocolo es regular el movimiento, tránsito, manejo, uso y liberación al medio ambiente de organismos vivos modificados (OVM) que generen un impacto negativo.

Actualmente se dispone de normas constitucionales que estipulan la obligación del Estado para tomar medidas orientadas a regular bajo estrictas normas de bioseguridad, la propagación en el medio ambiente, la experimentación, el uso, la comercialización y la importación de organismos genéticamente modificados. Y toda vez que buena parte de los organismos vivos que circulan en el mercado mundial incluyen cultivos modificados genéticamente, tales como: de maíz, algodón, soya, tabaco, papa, tomate, papaya y calabazas, siendo el Ecuador centro de diversidad de todos estos cultivos, debe extremar las medidas de control, previo a la introducción de estos productos en el medio ambiente o el mercado interno, ya que podrían causar daños a la salud humana y al propio ambiente.

Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)

La Convención se redactó como resultado de una resolución aprobada en la reunión de los miembros de la Unión Mundial para la Naturaleza –UICN/, celebrada en 1963, y el texto de la Convención fue finalmente acordado en la reunión de representantes de ochenta países celebrada en Washington DC., Estados Unidos de América, el 3 de marzo de 1973, y entró en vigor el 1 de julio de 1975. Ecuador ratificó su suscripción el 11 de febrero de 1975. Tiene por finalidad velar para que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituya una amenaza para su supervivencia. Los niveles de explotación de algunos

animales y plantas son elevados y su comercio, junto con otros factores, como la destrucción del hábitat, es capaz de mermar considerablemente sus poblaciones e incluso hacer que algunas especies estén al borde de la extinción.

El comercio es muy diverso, desde los animales y plantas vivas hasta una vasta gama de productos de vida silvestre derivados de los mismos, como los productos alimentarios, los artículos de cuero de animales exóticos, los instrumentos musicales fabricados con madera, la madera, los artículos de recuerdo para los turistas y las medicinas. Habida cuenta de que el comercio de animales y plantas silvestres sobrepasa las fronteras entre los países, su reglamentación requiere la cooperación internacional a fin de proteger ciertas especies de la explotación excesiva. La CITES se concibió en el marco de ese espíritu de cooperación. Hoy en día, ofrece diversos grados de protección a más de 30 000 especies de animales y plantas, bien se comercialicen como especímenes vivos, como abrigos de piel o hierbas disecadas (Cajiao Jiménez, 2006: 22). Las Partes o países suscriptores, han de promulgar su propia legislación nacional para garantizar que la CITES se aplique a escala nacional. Ecuador ha mantenido una participación activa en los foros derivados de la Convención. Reiterando los compromisos de: adoptar las medidas apropiadas para velar por el cumplimiento de sus disposiciones y prohibir el comercio de especímenes en violación de las mismas; sancionar el comercio o la posesión de tales especímenes, o ambos; y, prever la confiscación o devolución al Estado, de dichos especímenes que pretendan ser exportados.

Convención sobre Humedales Internacionales como Hábitat de Aves Acuáticas (Convenio RAMSAR) y Comité Nacional Ecuador

Esta Convención se creó en Ramsar (Irán) el 2 de febrero de 1971 y entró en vigor en diciembre de 1975. El Gobierno del Ecuador ha constituido oficialmente el Comité Nacional Ramsar por Decreto Presidencial 1152, publicado el 23 de diciembre de 2003. El Comité trabaja estrechamente con el Ministerio del Ambiente y es la instancia política máxima de asesoramiento en materia de planificación y coordina-

ción de las actividades relacionadas con la aplicación de la Convención de Ramsar en el Ecuador.

El Comité tiene competencia para asesorar al Ministerio del Ambiente y otras instituciones del Estado sobre la aplicación de la Convención, así como para impulsar y evaluar la aplicación del Plan Estratégico y las resoluciones de las COP. También se le confieren las funciones de apoyar el desarrollo e implementación de políticas nacionales de humedales; analizar y dar recomendaciones sobre futuros sitios Ramsar en el país; revisar y evaluar propuestas de proyectos sobre humedales que requieran aval del Ministerio del Ambiente; y asistir al mismo en el planteamiento de la posición nacional ante las Conferencias de las Partes y la revisión del informe nacional. Ecuador cuenta con zonas clasificadas como humedales de importancia internacional.

Dentro de los objetivos de la convención destacan la protección de humedales de relevancia internacional y la protección de aves acuáticas migratorias que dependen de los mismos. Aún si su origen fue proteger el hábitat de las aves acuáticas, actualmente abarca todos los aspectos de los humedales. Ramsar cuenta con 138 países miembros y 1 238 humedales que cubren una superficie de 190 174 227 hectáreas (www.ramsar.org. Visitada el 28/10/11).

Cuadro 5. Convenio RAMSAR: Ecuador, principios y políticas de gestión	
Enfoque ecosistémico	Se mantendrá o restaurará los humedales, sus funciones y valores, de tal manera que se promueva su conservación y uso sostenible de una forma justa y equitativa, dentro de un marco geográfico definido principalmente por límites ecológicos.
Sostenibilidad	Se promoverá el uso racional y la conservación de los humedales, como ecosistemas estratégicos dentro del ciclo hidrológico.
Participación	Los humedales son ecosistemas integradores de diferentes intereses de la sociedad, por lo tanto su conservación, recuperación, manejo y uso racional deben ser una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, las comunidades, organizaciones sociales y el sector privado.
Respeto y reconocimiento de la diversidad cultural	Se reconoce la diversidad cultural como parte de la diversidad biológica.
Integralidad	La conservación, manejo y uso racional de los humedales requieren de una visión integral que garantice su sostenibilidad teniendo en cuenta criterios ecológicos, sociales y ambientales.

Precautorio	El desarrollo de cualquier actividad en los humedales debe analizarse de manera responsable e integral, especialmente en aquellas situaciones donde exista incertidumbre acerca de las relaciones precisas de causa-efecto.
Humedales interiores o continentales (ríos, lagunas y lagos en las regiones costera, alto andina y amazónica) Política 1	El Estado reconoce la importancia de las funciones, productos y atributos de los humedales interiores en el mantenimiento de la estabilidad del entorno natural, y de los bienes y servicios que brindan a los habitantes del territorio nacional y regional, particularmente el recurso agua y la biodiversidad.
Política 2	El Estado promoverá iniciativas específicas para la conservación de las especies dependientes de humedales interiores.
Humedales marino-costeros (manglares, playas, bahías y estuarios) Política 1	El Estado incorporará a los humedales marino-costeros dentro de las políticas, normativas, planificación y ordenamiento territorial a nivel nacional, provincial y local.
Política 2	El Estado reconoce las funciones, atributos y valores de los humedales marino-costeros, y su importancia para la seguridad alimentaria de las poblaciones locales y nacional.
Política 3	El Estado garantizará la recuperación y rehabilitación de los humedales marino-costeros en estado crítico.
Política 4	El Estado pondrá énfasis en la integración de los humedales marino-costeros, en un sistema articulado de manejo especial, para garantizar sus beneficios a largo plazo para las poblaciones locales.
Humedales artificiales Política 1	Se evitará nuevas transformaciones de humedales naturales a humedales artificiales, y se crearán humedales artificiales que procuren mejorar el estado de la biodiversidad del país.
Política 2	Los beneficiarios directos y los habitantes de las zonas de influencia de los humedales artificiales, participarán en su manejo.
Fuente: Ministerio del Ambiente de Ecuador, 2010c	

Convención de Lucha contra la Desertificación y Mitigación de la Sequía

En noviembre de 1977 se celebró en Nairobi (Kenia) la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desertificación. Quince años después la desertificación fue considerada como materia fundamental por el Programa 21, aprobado en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Cumbre de la Tierra), celebrada en Río de Janeiro en

1992. Durante la misma se hizo un llamamiento para que se elaborara un Convenio sobre Desertificación.

Después de dos años de negociación en el seno de Naciones Unidas, el 17 de junio de 1994 se aprueba en París, con el consenso de más de un centenar de países, el Acta de la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, en la que la comunidad internacional reconoce que dicho fenómeno constituye el mayor problema de carácter ambiental y socio-económico que concierne a numerosos países en todas las regiones del mundo.

La “Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África” (CLD), entró en vigor el 26 de diciembre de 1996. En la actualidad ha sido firmada por 172 países, con ello adquiere el rango máximo de Tratado Internacional de obligatorio cumplimiento para Ecuador, en cuanto país suscriptor. La aprobación legislativa fue ratificada por el Poder Ejecutivo y publicada en el Registro Oficial No. 775, de fecha 6 de septiembre de 1995.

En la propia Convención se establece la necesidad de que todos los países signatarios afectados elaboren y ejecuten un Programa de Acción Nacional contra la Desertificación (PAND), constituyendo dicho Plan el principal compromiso contraído con este acuerdo. Es una herramienta para la planificación y permanente combate a la desertificación en el Ecuador y por lo tanto debe ser evaluado y actualizado cada cierto tiempo; además sirve de insumo y a la vez se ajusta a la Estrategia Nacional de Desarrollo Sostenible, interactuando también con otras iniciativas para la conservación y el manejo de los recursos naturales, como la Estrategia Nacional y Biodiversidad y la Estrategia de Manejo de los Recursos Hídricos. Los objetivos generales del PAND son: la detención y monitoreo de la desertificación en el país; la prevención en áreas susceptibles; la reversión en áreas afectadas; la detención temprana de sequías; y, la mitigación de efectos de las sequías.

Convenio de Viena sobre la Capa de Ozono, y Protocolo de Montreal sobre las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono

El marco general del Convenio para la Protección de la Capa de Ozono se aprobó en Viena, en marzo de 1985 y fue el primer acuerdo internacional que reconoció los posibles efectos adversos sobre el medio ambiente global. Los estados se pusieron de acuerdo, en principio, para hacer frente a un problema ambiental global antes de que sus efectos se sintieran o fueran demostrados en forma científica.

Uno de sus objetivos fundamentales es estimular la investigación y observación científica. También constan: la cooperación entre los estados a fin de tener un mejor entendimiento de los procesos atmosféricos a escala mundial; el control de numerosas sustancias y una investigación más detallada sobre la temática. El Convenio estableció los protocolos para el futuro y especificó los procedimientos para las enmiendas y resolución de disputas.

Dada la destrucción a gran escala de la capa de ozono en la Antártica urgía tomar medidas específicas, por ello en septiembre de 1987 se llegó a un acuerdo sobre las medidas específicas a tomar y se firmó el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono. Conforme a lo establecido en el Protocolo se dio el primer paso concreto para proteger la capa de ozono, estableciendo una reducción del 50% en la producción de los CFCs especificados, antes del año 1999 y un congelamiento del consumo de halones.

El Protocolo entró en vigor el 1 de enero de 1989, cuando 29 países y la CEE (UE), que representan aproximadamente el 82% del consumo mundial de CFCs, lo habían ratificado. A partir de entonces lo han ratificado otros países incluido Ecuador, connotando que por primera vez los estados convinieron en principio hacer frente a un problema ambiental mundial antes de que sus efectos se hicieran palpables, o incluso se demostrasen científicamente. Su objetivo es reducir la producción y consumo de productos que agotan la capa de ozono, a través de mecanismos como la creación de un Fondo Multilateral de apoyo con insumos técnicos y financieros a los países que no estaban convencidos de incorporarse al Protocolo. El propósito implica impulsar estrategias de financiamiento

a la industria para la utilización de sustitutos, regulación de las exportaciones e importaciones de las sustancias controladas, programas de difusión y capacitación técnica y, proyectos de inversión en tecnologías limpias, por ejemplo.

Convención Marco de la Organización de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático

El Ecuador es altamente vulnerable al cambio climático y su capacidad de adaptación a los efectos del mismo es limitada, entre otros aspectos debido a la pobreza y su ubicación geográfica. Fenómenos locales y regionales como el de El Niño, cuyo incremento de intensidad y frecuencia minan recurrentemente la situación socioeconómica del país, han sembrado en la sociedad ecuatoriana un cierto grado de conciencia sobre la necesidad de emprender medidas inmediatas y mediatas, para confrontar potenciales impactos directos e indirectos del calentamiento global.

Las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) del Ecuador constituyen, en términos absolutos, una parte marginal de las emisiones globales que se acumulan en la atmósfera y que originan el fenómeno del calentamiento global. Sin embargo, el nivel relativo y las características endógenas de las emisiones nacionales reflejan deficiencias estructurales y tendencias coyunturales insostenibles en la eficiencia económica y la integridad ambiental de múltiples patrones locales de producción y consumo (Banco Mundial, 2009).

En este contexto dual, el Ecuador ha suscrito y ratificado –bajo el “principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas”– la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) y el Protocolo de Kioto de la CMNUCC. Estos acuerdos enmarcan la urgencia de emprender globalmente la mitigación y la adaptación al cambio climático de una manera congruente con las prioridades nacionales de desarrollo sostenible.

Las instituciones y estructuras nacionales existentes con un rol central para el tema del cambio climático son: el Consejo Nacional de Desarrollo Sustentable (CNDS); el Comité Nacional del Clima (CNC) y sus grupos

de trabajo; el Ministerio del Ambiente (Preside el CNC y la AN-MDL) y su Unidad Técnica de Cambio Climático; y, para el tema específico de la compensación del carbono la “Oficina Nacional de Promoción del Mecanismo de Desarrollo Limpio” (CORDELIM).

El Comité Nacional del Clima (CNC)⁴ se creó por Decreto Ejecutivo de julio 1999 y designó al Ministerio del Ambiente como la Autoridad Nacional para el Mecanismos de Desarrollo Limpio (AN-MDL). El Ministerio del Ambiente, atendiendo a sus roles de Autoridad Nacional Ambiental, de Presidente del CNC y de Punto Focal del GEF, constituyó bajo su Subsecretaría de Calidad Ambiental el Proceso Cambio Climático. Esta unidad técnica tiene como función básica coordinar actividades interinstitucionales y trans-sectoriales vinculadas al tema de cambio climático, así como de asumir la coordinación técnica de la AN-MDL. El CNC tiene como objetivo central, establecer una plataforma política y operativa, requerida para el desarrollo, la concertación y la aplicación de estrategias y medidas que permitan: enfrentar los elementos transversales –sectores, regiones, tiempo– de la mitigación del y adaptación al cambio climático en el Ecuador; integrar consistentemente las dimensiones económicas, sociales y ambientales de las prioridades y objetivos de un desarrollo sostenible nacional. De acuerdo a su decreto de creación, el CNC pasa a ser el brazo asesor del conformado CNDS en materia de cambio climático (CORDELIM, 2009).

Las acciones del CNC abarcan los siguientes ejes de gestión relacionados al cambio climático: generación de conocimiento; concertación de políticas y normativas nacionales/sectoriales; fortalecimiento institucional y la formación de capacidades; soporte al desarrollo y la transferencia de tecnología; gestión de financiamiento y la potenciación de mercados; identificación y promoción de programas y proyectos de alcance nacional.

4 El Comité Nacional del Clima. Está integrado por el Ministerio del Ambiente, que lo preside; el Ministerio de Energía; (actualmente corresponde establecer quien los preside, o el Ministerio de Recursos no Renovables o el Ministerio de Electricidad) el Ministerio de Relaciones Exteriores; el Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas (CONESUP); la Cámara de la Producción de la Sierra; la Cámara de la Producción de la Costa; el Comité Ecuatoriano para la Defensa de la Naturaleza y el Medio Ambiente (CEDENMA), entidad que aglutina las ONG ambientalistas nacionales; y el Instituto Nacional de Meteorología e Hidrología (INAMHI) que actúa como secretaría técnica permanente.

En el ámbito internacional, el objetivo del CNC es fortalecer la capacidad nacional para la comprensión y participación en los procesos de negociaciones y estudios internacionales sobre cambio climático, en razón de que ellos marcan significativamente la viabilidad de medidas de respuesta al cambio climático en el Ecuador. Esto implica, por ejemplo, el seguimiento y la participación en las negociaciones políticas del régimen internacional de protección climática bajo la CMNUCC y en los procesos científico-técnicos del IPCC, además de la búsqueda de consensos y la gestión de cooperación técnica con países de intereses comunes. El CNC ha definido tres áreas temáticas, que coinciden con los componentes básicos que se abordan en el tratamiento integral del calentamiento global: ciencia del cambio climático; vulnerabilidad y adaptación al cambio climático; mitigación del cambio climático.

Cada una de estas áreas se relaciona con diversos sectores socioeconómicos en razón del carácter transversal de la problemática del cambio climático. En correspondencia el CNC ha formado Grupos Sectoriales de Trabajo en: energía, forestal, agrícola, marino-costero, recursos hídricos, salud humana, asentamientos humanos y obras de infraestructura, entre otros temas sectoriales y trans-sectoriales.

Por tanto, las acciones actuales del CNC buscan fortalecer la institucionalidad del tratamiento del cambio climático en el Ecuador; plantear lineamientos y concertar políticas nacionales y sectoriales; sensibilizar a la sociedad ecuatoriana sobre las causas, consecuencias y alternativas de respuesta al calentamiento global; y, lograr posiciones nacionales sólidas y consensuadas para las negociaciones internacionales políticas y técnicas de cambio climático.

Más allá de constituir un primer estudio estratégico nacional sobre cambio climático, la Primera Comunicación Nacional ha constituido una herramienta para continuar y fortalecer un proceso de institucionalización y formación de capacidades nacionales para la evaluación del cambio climático.

En cuanto al ámbito específico del emergente mercado del carbono, el Ministerio del Ambiente en calidad de Presidente del CNC, ha asumido una posición de liderazgo en lo referente al aprovechamiento de las opciones costo-eficientes y “adicionales” de mitigación que ofrece el país fren-

te a este potencial mercado internacional. Además de apoyar la formulación y negociación de proyectos (de otros actores nacionales) que respondan a prioridades nacionales, los esfuerzos del CNC y del Ministerio del Ambiente se han concentrado en definir e implementar un marco institucional para el MDL y demás actividades afines a la compensación del carbono, el cual viabilice y promueva una participación significativa de los diversos actores nacionales en el emergente “comercio de emisiones”. El Protocolo no entrará en vigor hasta que sea ratificado por 55 países (CORDELIM, 2009).

Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas

En noviembre de 1945 se realizó la primera reunión de la Conferencia Ballenera Internacional en Washington. En 1946 se estableció la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de ballenas. Finalmente, en 1949 esta Convención estableció oficialmente la Comisión Ballenera Internacional (CBI), con el propósito de “garantizar la conservación adecuada de las poblaciones de ballenas y de esta manera, hacer posible el desarrollo ordenado de la industria ballenera”. Su creación fue el resultado de la preocupación de la comunidad internacional ante el grave declive de las poblaciones del cetáceo a escala mundial, amenazadas por la presión de las flotas balleneras. En 1982 la CBI votó a favor del establecimiento en 1986 de una moratoria internacional sobre la caza de ballenas, para protegerlas. Tras la entrada en vigor de esta moratoria, algunos países desafiaron abiertamente esta voluntad de la comunidad internacional.

En la reunión de la CBI celebrada en Berlín en 2003, se aprobó la “iniciativa” que se basa en el Fortalecimiento de la Agenda de Conservación de la Comisión Ballenera Internacional y durante el año 2004 la Comisión empezó el trabajo del Comité de Conservación acordado en Berlín, no obstante, los países favorables a la caza de ballenas han hecho todo lo posible para debilitar el trabajo de este comité, orientar su mandato hacia la explotación de las ballenas, o evitar que cuente con los medios y presupuestos adecuados. El trabajo del Comité es fundamental para hacer de la CBI un organismo orientado a la conservación de los cetáceos en lugar de

a su explotación. En junio de 2006 se firmó la “Declaración de St. Kitts y Nevis” donde se acordó normalizar las funciones de la CBI, para que retome las disposiciones originales de la Convención, en el sentido de que no debe impedir eternamente la caza de ballenas, sino regular la caza comercial con el fin de hacerla más sostenible.

La participación de Ecuador ha consistido en asistir a los Foros de Consulta sobre las Ballenas y declarar sus aguas nacionales como zona de refugio de los mamíferos marinos, que además, en épocas de apareamiento vienen a sus costas. En mayo de 2007 Ecuador decidió reincorporarse a la Comisión y cumplir con sus obligaciones conforme a las estipulaciones del Convenio.

Convenio de Rotterdam en Ecuador

El Convenio sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional se aprobó en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Róterdam el 10 de septiembre de 1998 y entró en vigor el 24 de febrero del 2004, noventa días después de que se depositara el quincuagésimo instrumento de ratificación.

El Convenio fue concebido con la intención de promover la responsabilidad compartida y los esfuerzos conjuntos de las Partes en la esfera del comercio internacional de ciertos productos químicos peligrosos, a fin de proteger la salud humana y el medio ambiente frente a posibles daños y lograr su utilización ecológicamente racional, facilitando el intercambio de información acerca de sus características, estableciendo un proceso nacional de adopción de decisiones sobre su importación, exportación y difundiendo esas decisiones entre los países miembros. Ecuador ratificó el convenio el 4 de mayo del 2004 y cuenta con dos Autoridades Nacionales (Ministerio del Ambiente de Ecuador, 2007a).

Designadas, ANDs, que son el Servicio Ecuatoriano de Sanidad Agropecuaria –SESA, para plaguicidas y el Ministerio del Ambiente para productos de uso industrial. La Conferencia de las Partes del Convenio de Rotterdam en su segunda reunión resolvió apoyar con proyectos piloto

para que cuatro países elaboren el Plan Nacional para la Implementación de dicho Convenio. Entre los países invitados se seleccionó al Ecuador para ejecutar este proyecto piloto con el apoyo técnico y financiero de la Secretaría del Convenio e Instituto de las Naciones Unidas para la Formación Profesional e Investigaciones –UNITAR–; basándose en las metodologías desarrolladas por este último (Ministerio del Ambiente de Ecuador, 2007a) .

Con la Creación del Régimen Nacional para la Gestión de Productos Químicos Peligrosos en 1998, el Ministerio del Ambiente ha liderado una serie de actividades tendientes al incremento de la seguridad química en el Ecuador. Una de esas actividades fue el desarrollo de un “Plan Nacional Integrado para la Gestión Racional de las Sustancias Químicas” y la actualización del Perfil Nacional de Sustancias Químicas.

Países megadiversos afines

Los ministros responsables del Medio Ambiente y los representantes de Brasil, China, Costa Rica, Colombia, Ecuador, India, Indonesia, Kenia, México, Perú, Sudáfrica y Venezuela, reunidos en Cancún, México, el 18 de febrero de 2002, decidieron establecer el “Grupo de Países Mega diversos Afines” como un mecanismo de consulta y cooperación para promover sus intereses y prioridades relacionados con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, y en la cumbre de Johannesburgo realizada ese mismo año, este grupo se reunió para adoptar la Declaración sobre Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad.

Los principales objetivos del grupo son: adoptar posiciones comunes; promover la conservación in situ y ex situ de la diversidad biológica; procurar que los bienes, servicios y beneficios provenientes de la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica sirvan de sustento al desarrollo de los pueblos, para, entre otros propósitos: alcanzar la seguridad alimentaria, superar los problemas de salud y preservar la integridad cultural; armonizar las respectivas legislaciones nacionales y establecer marcos regulatorios que generen incentivos para la protección de la diversidad biológica; promover la investigación científica respecto a la

diversidad biológica; impulsar la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de la diversidad biológica y sus componentes; desarrollar proyectos estratégicos y acuerdos bilaterales, regionales e internacionales, en el marco de una cooperación sur-sur más fuerte, para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica y de los recursos genéticos. En la cumbre de Johannesburgo, este grupo se reunió para adoptar la Declaración sobre Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad (MAE, 2010a).

Ecuador tiene múltiples razones para inscribirse dentro de esta categoría y respaldar la Declaración anteriormente mencionada, particularmente por las que se anota a continuación:

Cuadro 6. Ecuador-país megadiverso
• Primer país mega-diverso del mundo. Alberga mayor cantidad de especies de animales y plantas por km ² , que el resto de países.
• Segundo país en diversidad de vertebrados endémicos por unidad de territorio, (ejemplo: Tortuga terrestre de Galápagos, 13 especies en una extensión de menos de 500 km ²).
• Tercer país con más diversidad de anfibios en el mundo (más de 400 especies).
• Cuarto país del mundo en diversidad de aves y pájaros (17% de especies existen en su territorio).
• Quinto puesto en el mundo en diversidad de mariposas Papilónidas.
• Tres de las diez “zonas calientes” del mundo (zonas de separación de la corteza terrestre de donde emergen islas volcánicas) se encuentran en el Ecuador.
• Once de las 121 áreas de mayor importancia para la preservación de aves en el mundo se encuentran en el Ecuador.
• Un 10,7% de todos los animales vertebrados del mundo viven en el Ecuador.
• Ocupa tan sólo el 0,19% de la superficie terrestre pero alberga al 10,7 de los animales vertebrados de todo el mundo.
• En el Ecuador habita una de las especies de primates más pequeñas del mundo. El mono Tití o Leoncillo es una de las 19 especies de monos que hay en Ecuador. Actualmente se encuentran amenazados por la destrucción de los bosques en que habitan y porque son capturados para ser vendidos como mascotas.
• Alberga 124 especies de picaflores: el 35% de todas las especies del mundo. Por eso nos llaman “el país de los picaflores”. Picaflor en quichua se dice “quinti”.
• El pepino de mar, especie nativa de las islas Galápagos, es de gran apetencia en el mercado asiático. En 1994 se prohibió su pesca en aguas nacionales hasta el 1 de abril de 1999. Si esta especie llegara a desaparecer el sistema ecológico marino de Galápagos se vería seriamente afectado.

<ul style="list-style-type: none"> • El 18% de su territorio está considerado como Área Protegida, con el fin de garantizar y conservar la riqueza natural que existe dentro de estas zonas.
<ul style="list-style-type: none"> • Los bosques ocupan la mitad de todo el territorio nacional (130 002 km²)
<ul style="list-style-type: none"> • Es 33 veces más pequeño en superficie que Estados Unidos, sin embargo, posee dos veces más especies de aves.
Fuente: MAE, 2010d

Foro de Naciones Unidas sobre bosques

El Foro fue creado en virtud de que en la Conferencia de Río (1992) no se adoptó un instrumento jurídicamente vinculante sobre bosques, entonces se acordó, en el marco de las Naciones Unidas, continuar el diálogo internacional a través de las negociaciones que se llevaron a cabo en el Panel Intergubernamental de Bosques (1995-1997), que dio como resultado más de cien propuestas de acción para el manejo sustentable de los bosques, y, posteriormente, se estableció el Foro Intergubernamental de Bosques con el propósito de ejecutar las indicadas propuestas de acción así como lograr acuerdos respecto a las cuestiones sobre las que no hubo consenso internacional y los posibles elementos en relación a arreglos y mecanismos internacionales para promover la ordenación, conservación y desarrollo sostenible de los bosques.

En la cuarta sesión del Foro Intergubernamental sobre Bosques, que se realizó en Nueva York, del 31 de enero al 11 de febrero de 2000, y posteriormente, en la Octava Sesión de la CDS, que se efectuó en la sede de las Naciones Unidas, del 24 de abril al 5 de mayo de 2000, el Consejo Económico y Social y la Asamblea General de las Naciones Unidas decidieron que establecerían un órgano intergubernamental denominado “Foro de las Naciones Unidas sobre Bosques”, encargado de facilitar la aplicación de las indicadas propuestas de acción sobre bosques; fomentar recursos técnicos y financieros; evaluar los avances en la presentación de informes de los gobiernos, a fin de que, en un plazo de cinco años, se establezca el marco jurídico para un Convenio sobre Bosques (Ministerio de RR.EE. del Ecuador, 2005)⁵.

⁵ En su resolución 2000/35, de 18 de octubre de 2000, el Consejo Económico y Social decidió

El Foro expresa un avance significativo en la “cooperación internacional para proteger no sólo los bosques, sino también a los 1 600 millones de personas cuya subsistencia depende de ellos, según los cálculos de la ONU”, así como para tomar medidas para afrontar el cambio climático, uno de los principales factores que provocan la pérdida de bosques.

Este Foro se consolidó como parte de los compromisos en materia forestal de la Agenda 21. Su objetivo es promover la conservación y manejo sustentable de los bosques. Desde su creación, Ecuador ha participado activamente en las reuniones de este organismo siendo el forestal es uno de los temas prioritarios del país. El Gobierno actual ha lanzado una cruzada nacional por los bosques y el agua, elevando el tema forestal a nivel de seguridad nacional. Sin embargo, la tasa de deforestación en Ecuador sigue siendo alarmante y ocupa actualmente el primer lugar a nivel de Sudamérica.

Basta ver los siguientes datos para comprender la magnitud del problema. La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) estima que la cubierta forestal mundial se reduce en la actualidad a cuatro billones de hectáreas, lo que supone alrededor del 30% de la tierra firme. De acuerdo con la misma fuente, el planeta perdió el 3% de su cubierta boscosa entre 1990 y 2005, a un ritmo anual sostenido de aproximadamente el 0,2%, lo que ha generado graves consecuencias en la biodiversidad (Fundación EROSKI, 2007).

El Ecuador se caracteriza por su vasta riqueza de recursos naturales y diversidad de los ecosistemas boscosos, pero también por los altos índices de deforestación. El país cuenta con aproximadamente 11,5 millones de hectáreas cubiertas de bosques, que representan el 42% del área total del país (CLIRSEN, 2005). El 80% de los bosques se encuentran en la región

que se estableciera el Foro de las Naciones Unidas sobre los Bosques como órgano subsidiario suyo. El principal objetivo de este mecanismo internacional era promover la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques y fortalecer el compromiso político a largo plazo a esos efectos. Entre otras cosas, en un plazo de cinco años, el Foro examinaría los parámetros del mandato en virtud del cual se elaboraría un marco jurídico sobre los bosques de todo tipo, con miras a recomendarlos al Consejo y, por conducto suyo, a la Asamblea General. El Foro se ocuparía también de establecer un sistema para prestar suficiente apoyo financiero y en materia de transferencia de tecnología para poder llevar a la práctica la ordenación sostenible de los bosques (Ministerio de RR. EE. del Ecuador, 2005).

amazónica, el 13% en la región litoral y el 7% en la serranía. Las estimaciones de la tasa de deforestación varían considerablemente en el país, dependiendo de la fuente, pero se estima que la tasa anual de deforestación varía entre 89 000 y 124 000 hectáreas. El 37% de los bosques están declarados como Reservas Naturales Protegidas, lo cual equivale al 18% del territorio nacional. Aparte del patrimonio forestal de áreas protegidas, que es de propiedad del Estado, la propiedad de los recursos del suelo son de propiedad privada (Ministerio de RR. EE. del Ecuador, 2005).

Según (CLIRSEN, 2005) en promedio se deforestan 198 000 hectáreas de bosques durante cada año. Esta información se logró procesando las imágenes satelitales entre 1991 y el 2000, mediante un sistema de información geográfica. El CLIRSEN registra que en 1991 existían 13 462 654 hectáreas de bosques húmedos, secos y manglares, mientras que para el 2000, el área con cubierta vegetal se registró en 11 679 822, lo cual da una tasa anual del 1,47 por ciento. Es decir, que hasta el 2004 han desaparecido unas 792 000 hectáreas más (FLACSO, MAE, PNUMA, 2008).

El tipo de bosque que desaparece más rápido es el bosque seco, con una tasa anual de deforestación de 2,18 por ciento, añade el informe. Este tipo de foresta, ubicada en la Costa, pasó de 708 768 hectáreas a 569 657 ha en el 2000. Hasta hace diez años, el 80% de la madera que se utilizaba en el Ecuador provenía de los bosques esmeraldeños y el 20% de la Amazonía, pero esta relación ha cambiado.

Edison Pozo, gerente de Vigilancia Verde, entidad que controla el tráfico de la madera, acota que ahora “posiblemente de Esmeraldas sale el 60% de la madera y de la Amazonía el 40”. La cifra del Colegio de Ingenieros Forestales de Pichincha indican que solamente de Esmeraldas salen cada mes entre 30 000 y 35 000 metros cúbicos de madera, esto equivale a una columna aproximada de 1 000 tráileres llenos con trozas y tablonés de madera. Pero se desconoce qué porcentaje es legal. En la actualidad, Vigilancia Verde monitorea el transporte de la madera en cuatro puntos: Baeza, Mera, Lita y San Mateo (CLIRSEN, 2005).

Foros regionales

Organización del Tratado de Cooperación Amazónica

La Cuenca Continental Amazonía representa la vigésima parte de la superficie terrestre y concentra el 20% de la disponibilidad de agua dulce mundial, el 3 de abril de 1978, se creó el Tratado de Cooperación Amazónica (TCA) y fue suscrito por Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela. Desde esa fecha, se iniciaron actividades para la protección del medio ambiente que fueron evolucionando hasta culminar con la creación de la Comisión Especial de Medio Ambiente para la Amazonía (CEMAA) en 1989. Entre los principales logros del TCA, está la creación de la Subred de Áreas Protegidas, que ha desarrollado un programa de cooperación técnica para el fortalecimiento de once parques naturales de la cuenca amazónica, y el desarrollo de los Criterios e Indicadores para el Desarrollo Sostenible de los Bosques, lo cual se conoce como la iniciativa de Tarapoto.

En el año 2002, se constituyó la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica–OTCA con una Secretaría General permanente con sede en Brasilia, la cual sustituye a la anterior Secretaría Pro-Tempore del Tratado. El objetivo del Tratado es que los recursos de la OTCA serán destinados a promover la integración y el desarrollo de la Amazonía priorizando los temas de salud, medio ambiente, pueblos indígenas e infraestructura (PNUMA, GEO Andino, 2004: 116).

La OTCA sostiene que la Amazonía, por poseer uno de los más ricos patrimonios naturales del Planeta, es estratégica para impulsar el futuro desarrollo de los países de la región, un patrimonio que debe ser preservado, pero, esencialmente, promovido, en consonancia con los principios del desarrollo sostenible. Ecuador ejerció la Secretaría General de la OTCA, a través de Dra. Rosalía Arteaga, ex Vicepresidenta de la República del Ecuador (OTCA, 2009).

Comunidad Andina de Naciones

La institucionalidad ambiental de la CAN está conformada por:

- Consejo de Ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (Decisión 596-julio 2004). Tiene por responsabilidad definir, armonizar, coordinar y aprobar las políticas comunitarias en el campo del medio ambiente y el desarrollo sostenible en la CAN.
- Comité Andino de Autoridades Ambientales (CAAAM), (Decisión 435-julio 1998). Su responsabilidad es asesorar y apoyar en materias relativas a la política comunitaria sobre medio ambiente, así como en su seguimiento y aprobación. Formulación de la ERB.
- Comité Andino de Recursos Genéticos (Decisión 391-1996). Su objeto es apoyar en el seguimiento de la Decisión 391 sobre el Régimen Común para el Acceso a los Recursos Genético.

Nivel normativo	Principales Decisiones adoptadas
Decisión 596	Creación del Consejo de Ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de la CAN (2004)
Decisión 523	Estrategia Regional de Biodiversidad (2002)
Decisión 436	Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola (1998)
Decisión 435	Creación del Comité Andino de Autoridades Ambientales (1998)
Decisión 391	Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos (1996)
Decisión 345	Régimen Común de Protección de los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales (1993)
Decisión 182	Sistema Andino "José Celestino Mutis" sobre Agricultura, Seguridad Alimentaria y Conservación del Ambiente (1983)

Fuente: CAN, 2010

- Agenda Ambiental Andina

La Agenda Ambiental Andina contiene acciones de carácter subregional a corto y mediano plazo, que agregan valor a los esfuerzos nacionales y contribuyen a fortalecer las capacidades de los países miembros en materia de

medio ambiente y desarrollo sostenible. En su primera sección, la Agenda presenta los ejes temáticos y transversales y, en su segunda sección, los temas propuestos por uno o varios países. Su objetivo es guiar las acciones tanto del Consejo de Ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible como del Comité Andino de Autoridades Ambientales y, de esta manera, facilitar la labor de los Países Miembros de la CAN en dicha materia.

La primera sección contiene los tres ejes temáticos: biodiversidad, cambio climático y recursos hídricos, en los cuales se viene trabajando a partir de la aprobación del Plan Andino de Seguimiento a la Cumbre Mundial de Johannesburgo 2003-2005 y temas transversales: fortalecimiento de capacidades en comercio, medio ambiente y desarrollo sostenible, educación ambiental y producción y consumo sostenible, los cuales han sido incorporados a esta Agenda luego de una reflexión y análisis del Comité Andino de Autoridades Ambientales –CAAAM– y del Consejo de Ministros, en el año 2006 y por tanto forman parte de esta primera sección.

La segunda sección contiene los temas propuestos por uno o varios países, los cuales ameritan mayor análisis y debate, antes de pasar a ser parte de la Agenda operativa. Se pretende que las acciones señaladas cuenten con aliados estratégicos que aporten su experiencia técnica y el financiamiento requerido para su ejecución. Asimismo, las acciones establecidas promoverán la participación de los diferentes sectores interesados en cada área de la agenda, tanto de representantes gubernamentales como de la sociedad civil.

Se ha señalado que es de especial interés para las autoridades ambientales andinas hacer uso eficiente de los recursos financieros disponibles, no duplicar esfuerzos y que la implementación de esta Agenda propicie sinergias entre: a) las distintas áreas de acción, es decir, biodiversidad, cambio climático, agua, comercio y medio ambiente; b) los diferentes consejos, comités y programas de la Comunidad Andina relacionados con la temática ambiental; c) los diversos esquemas regionales de integración, es decir, CAN, MERCOSUR, OTCA, CSN y d) los compromisos adquiridos por los países ante diferentes foros de Naciones Unidas, como por ejemplo, las Metas de Desarrollo del Milenio, el Plan de Implementación

de Johannesburgo, los Acuerdos Multilaterales de Medio Ambiente y el Foro de Ministros de Medio Ambiente de Latinoamérica y el Caribe del PNUMA, entre otros (Comunidad Andina, 2010).

Declaración de Santa Cruz de la Sierra

Los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas, reunidos en Santa Cruz de la Sierra en diciembre de 1996, de conformidad con lo acordado en la Cumbre de las Américas celebrada en Miami en 1994, reafirmaron su determinación de avanzar hacia el desarrollo sostenible e implementar las decisiones y compromisos contemplados en la Declaración de Río y en la Agenda 21, adoptados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992.

Cuadro 8. Compromisos: Declaración de Santa Cruz de la Sierra	
1. Promover	Los acuerdos alcanzados en la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo celebrada en Barbados en 1994.
1.1 Apoyar	Los esfuerzos emprendidos a nivel hemisférico, regional y subregional, tales como la Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible, el Acuerdo sobre Cooperación Ambiental de América del Norte, el Tratado de Cooperación Amazónica y la Comisión Permanente del Pacífico Sur.
2. Reafirmar	Que el ser humano tiene derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza, por lo que constituye el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Es necesario que las estrategias de desarrollo incorporen la sostenibilidad como elemento indispensable para lograr de manera equilibrada, interdependiente e integral los objetivos económicos, sociales y ambientales.
3. Adoptar	Políticas y estrategias que alienten cambios en los patrones de producción y consumo para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida, así como la preservación del medio ambiente y para contribuir a la superación de la pobreza.
3.1 Reafirmar	Su compromiso con el principio fundamental de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reiterado en la Cumbre de las Américas, de que la democracia representativa es esencial para la paz, la justicia y el desarrollo. El desarrollo sostenible requiere el fortalecimiento y promoción de nuestras instituciones y valores democráticos.
4. Compromiso a trabajar conjuntamente	Al reconocer que la globalización, los esfuerzos hacia la integración y la complejidad de los asuntos ambientales representan retos y oportunidades para los países del Hemisferio.
5. Reconocer	Que las necesidades y responsabilidades que enfrentan los países del Hemisferio hoy en día son diversas. El desarrollo sostenible no supone que todos los países se

5.1 Dar atención especial	encuentran en el mismo nivel de desarrollo, tienen las mismas capacidades o pueden necesariamente aplicar el mismo modelo para lograrlo. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas en la búsqueda global del desarrollo sostenible. Se deberá realizar esfuerzos para asegurar que los beneficios del desarrollo sostenible lleguen a todos los países del Hemisferio, en particular a los de menor desarrollo y a todos los segmentos de nuestras poblaciones. A los pequeños estados insulares cuya vulnerabilidad ambiental, vinculada en especial a los desastres naturales, es mayor debido, entre otros factores, a su situación geográfica, a su tamaño y a la dimensión de sus economías.
6. Reducción de la pobreza	El alivio de la pobreza es parte integral del desarrollo sostenible. Sólo se obtendrán los beneficios de la prosperidad mediante políticas que aborden las interrelaciones entre el ser humano y la naturaleza. Al definir las políticas y los programas de desarrollo sostenible se debe prestar especial atención a las necesidades de las poblaciones indígenas, las minorías, las mujeres, los jóvenes y los niños y a facilitar su plena participación en el proceso de desarrollo. Las condiciones de vida de los discapacitados y de los ancianos también merecen especial atención.
7. Establecer o fortalecer	Los marcos institucionales, programas y políticas en apoyo a los objetivos del desarrollo sostenible. Los esfuerzos nacionales deberán complementarse con una continua cooperación internacional para llevar adelante los compromisos asumidos en la Conferencia de Río en relación con los recursos financieros y mediante la transferencia de tecnología en términos justos y favorables, incluidos términos preferenciales, establecidos de común acuerdo.
8. Apoyar y promover	Como requisito fundamental del desarrollo sostenible, una amplia participación de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones, incluyendo políticas y programas y su diseño, implementación y evaluación. Para tal efecto, se promoverá el perfeccionamiento de los mecanismos institucionales de participación pública.
9. Cooperación regional	Esta Conferencia Cumbre sobre Desarrollo Sostenible es la piedra angular de una alianza de cooperación entre los Estados de las Américas en su búsqueda común de una calidad de vida más elevada para sus pueblos, fundada en objetivos integrales y complementarios de carácter económico, social y ambiental. Se debe partir de las experiencias nacionales y regionales que se encuentran en marcha para integrar un plan de acción que comprometa la acción oportuna de los estados y la disponibilidad de los recursos necesarios para su cumplimiento.
10. De conformidad con los principios anunciados anteriormente destacan los siguientes elementos para la aplicación del Plan de Acción para el Desarrollo Sostenible de las Américas:	
a. Crecimiento económico con equidad	Aplicar medidas eficaces y constantes para asegurar que el sistema económico y financiero internacional apoye el crecimiento de las economías locales y su desarrollo sostenible con el fin de lograr una mayor justicia social para todos nuestros pueblos. Fortalecer la relación de apoyo recíproco entre el comercio y el medio ambiente actuando en favor de la conservación ambiental, salvaguardando a la vez un sistema de comercio multilateral abierto, equitativo y no discriminatorio, tomando en cuenta los esfuerzos en curso del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la Organización Mundial de Comercio sobre este tema. Reconocemos la importante necesidad de los países de mejorar el acceso a los mercados, manteniendo políticas ambientales eficaces y apropiadas. A este respecto, evitaremos las restricciones

Derecho ambiental en clave neoconstitucional

	<p>encubiertas al comercio, de conformidad con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio/Organización Mundial de Comercio (GATT/OMC) y con otras obligaciones internacionales.</p> <p>La plena participación del sector privado y en particular de la pequeña, mediana y microempresa, así como de cooperativas y de otras formas de organización productiva en una estrategia hacia el desarrollo sostenible, resulta fundamental a fin de aprovechar sus recursos y dinamismo. Esta estrategia debe desarrollarse en un contexto de equilibrio entre políticas integrales para atender los problemas ambientales y de desarrollo.</p>
b. Dimensiones sociales	<p>Existe la necesidad urgente de intensificar los esfuerzos para superar la pobreza y la marginalidad que afectan ampliamente a nuestras sociedades, en especial a la niñez y a la mujer. Promoveremos, a través de las acciones y programas pertinentes, incluyendo los establecidos en el Plan de Acción, niveles adecuados de nutrición, una mayor seguridad alimenticia, el acceso equitativo y efectivo a los servicios básicos de salud y de abastecimiento de agua potable, al empleo, a la vivienda; y procuraremos prevenir la contaminación y sanear el medio ambiente en beneficio de toda la población, teniendo en cuenta en particular a los grupos más vulnerables. Estableceremos, asimismo, estrategias que valoren la dignidad de la persona humana, respeten y promuevan la diversidad cultural de nuestras sociedades y la igualdad de género, así como programas de educación para la paz, la democracia y el respeto a la naturaleza, con especial atención a la niñez y a los jóvenes.</p> <p>En este contexto se deberá poner en práctica, cuando proceda, los principios y prioridades que establece la Carta Panamericana de la Salud y el Medio Ambiente para el Desarrollo Humano Sostenible.</p>
c. Un medio ambiente sano	<p>La planificación y la toma de decisiones relativas al desarrollo sostenible requieren el entendimiento e integración de las consideraciones ambientales, así como de los factores sociales y económicos. Evaluaremos el impacto ambiental de nuestras políticas, estrategias, programas y proyectos, a nivel nacional o en el marco de acuerdos internacionales, para asegurar que los impactos ambientales adversos puedan ser identificados, prevenidos, minimizados o mitigados, según sea el caso.</p>
d. Participación pública	<p>Promoveremos mayores espacios para la expresión de las ideas y el intercambio de información y de conocimientos tradicionales sobre el desarrollo sostenible entre grupos, organizaciones, empresas e individuos, incluidas las poblaciones indígenas, así como para su efectiva participación en la formulación, adopción y ejecución de las decisiones que afectan sus condiciones de vida.</p>
e. Desarrollo y transferencia de tecnología	<p>El desarrollo, la adopción, adaptación y aplicación de una tecnología ambientalmente sana, eficaz y efectiva, juegan un importante papel para asegurar el desarrollo sostenible.</p> <p>Con este objetivo, se debe continuar fomentando en el Hemisferio la transferencia y el acceso a tecnologías apropiadas. Reconocemos el importante papel que juegan los mecanismos basados en el libre mercado y promoveremos oportunidades de transferencia de tecnología a través de programas de capacitación y de trabajo cooperativo y mejorando el acceso a fuentes de información. Además, incrementaremos la capacidad científica y tecnológica nacional, complementada por la cooperación internacional.</p>
f. Financiamiento	<p>Para poner en práctica las iniciativas contempladas en el Plan de Acción se requiere movilizar recursos financieros de conformidad con los compromisos contraídos</p>

Capítulo VII: Derecho ambiental supraestatal

	<p>en la Cumbre de Río. Como complemento de éstos, se deberían desarrollar mecanismos innovadores de financiamiento.</p> <p>En este contexto, resaltamos la importancia de que los organismos de cooperación y las instituciones financieras internacionales apoyen firmemente los esfuerzos del Hemisferio.</p>
g. Fortalecimiento de los marcos jurídicos	<p>Las relaciones entre los países del Hemisferio, en el marco de esta alianza de cooperación para avanzar hacia el desarrollo sostenible, se basarán en las normas y principios del derecho internacional. Consideraremos los avances registrados en el ámbito del Derecho Internacional Ambiental e impulsaremos de la manera que proceda reformas y actualizaciones de las legislaciones nacionales para incorporar a nuestros respectivos ordenamientos internos el concepto del desarrollo sostenible. Desarrollar, asimismo, mecanismos nacionales para el cumplimiento eficaz de nuestras leyes y disposiciones pertinentes y de las correspondientes normas internacionales.</p> <p>Realizar esfuerzos para lograr la ratificación o en su caso la adhesión a los instrumentos internacionales sobre desarrollo sostenible y cumpliremos las obligaciones correspondientes.</p>
<p>Por lo tanto, suscriben la Declaración de Santa Cruz de la Sierra y adoptan el Plan de Acción para el Desarrollo Sostenible de las Américas (7 de diciembre de 1996).</p>	
<p>Fuente: (Comunidad Andina de Naciones, 2010).</p>	

Capítulo VIII

Temas ambientales polémicos: análisis crítico (El sentido ambiental socialmente determinado)

Introducción

El planeta bulle en medio de una vorágine, y los cambios que ella genera provocan presiones incontenibles de toda índole. Estas presiones a la vez producen flujos de otros cambios que no están acordes a la realidad conocida. La dinámica planetaria y el proceso de degradación global se caracterizan por la creciente deforestación, particularmente del bosque húmedo tropical y pérdida del suelo cultivable; contaminación de aire, suelo y agua a gran escala; transformación del clima global (cambio climático) y efecto invernadero; reducción de la capa de ozono o protectora de la vida; pérdida de la diversidad biológica o extinción masiva de especies; explosión demográfica particularmente en los países pobres que han llegado a su fase más intensiva; lluvia ácida y manejo inadecuado de desechos tóxicos peligrosos, etc.

Todo esto implica la degradación paulatina de la biosfera y el desencadenamiento de problemas imposibles de imaginar debido a la interferencia antrópica, escala sólo comparable con las mayores catástrofes geológicas. Estos procesos degradantes tienen relación al modo de producción hegemónico, modelo de consumo y consumismo excesivo por parte de la minoría de países ricos e industrializados, y a la conformación de relaciones desiguales de poder que son producto de una serie de cambios geopolíticos que reordenan constantemente la amalgama del poder global.

En tales circunstancias, a inicios de la segunda década del siglo XXI, la reconfiguración de las fuerzas políticas en un mundo marcado por la desi-

gualdad social, el empobrecimiento de las mayorías y la degradación ambiental a escala planetaria; la democracia aparece como el proyecto civilizatorio más ambicioso de la humanidad. Desde las raíces de la tierra y las bases de la sociedad surge el reclamo popular por participar en la toma de decisiones y en la gestión directa de sus condiciones de existencia (Leff, 1992: 47). Más aún cuando la destrucción ecológica de los países pobres del Sur:

(...) es indisociable de un conjunto de procesos de degradación social y cultural; desintegración de las identidades étnicas y solidaridades sociales de los pueblos; reemplazo de sus prácticas tradicionales de usos de los recursos adaptadas al medio durante largos años de experimentación, por tecnologías ajenas a su contexto ecológico y cultural. Sociólogos y antropólogos coinciden en que es así como se han disuelto los complejos mecanismos de cohesión social que actúan en la preservación de los mecanismos ecológicos de sustentación de la base de recursos. A la imposibilidad de la economía de traducir en términos de costos actuales los procesos ecológicos de largo plazo y las preferencias de los consumidores futuros, se añaden los impactos en el comportamiento social del consumismo y de la sobrevivencia (Leff, 1992: 48).

Leff es categórico al afirmar que la degradación socioambiental acentúa la búsqueda del beneficio actual y desvaloriza el futuro, generando una cultura de desesperanza que obstaculiza la reconstrucción del mundo sobre bases de sustentabilidad.

En todo caso, cabe referir que a partir de la década de los años setenta con la realización de la Conferencia de Naciones Unidas en Estocolmo-1972, el tema ambiental es asumido como una categoría política de primer orden, debido a que la degradación ambiental e impactos sociales generan efectos nocivos que configuran procesos con carácter de irreversibles. Estos aspectos inciden de manera directa en la realidad socioeconómica y política de los estados y agudizan las difíciles condiciones de vida de sus poblaciones y en particular de los sectores sociales más desprotegidos (Narváz Iván, 2011). A ello se debe la emersión de nuevas propuestas, tales como la tentativa holística, conciencia ecológica, internacionalismo equitativo, seguridad ambiental, fortalecimiento cultural e identita-

rio, solidaridad internacional, respeto a la dignidad de la persona humana, libertad integral, redistribución de la riqueza, conducta ética y perspectiva moral del derecho, democracia sustancial, entre otros.

También se cuestiona los propios cimientos de la ciencia (base epistemológica) debido al reciente reconocimiento del caos como atributo endémico del mundo natural y gran parte del construido por los seres humanos. Pues el planeta funciona de manera muy distinta a la asumida por la humanidad. En síntesis: frente a los graves problemas de carácter global se contraponen otros procesos inclusive tecnológicos, como una potente receta para impulsar cambios en todos los sentidos, partiendo de la capacidad humana para reconocer la diversidad de cambios que la acosan. Por ello también se ha promulgado la legislación ambiental nacional e internacional –aún incipiente– que consta en códigos y sendos tratados o convenios tendientes a regular las actividades que impliquen consecuencias de carácter ambiental, a fin de evitar que se incrementen los impactos globales negativos, o controlarlos al menos si aún no se está en capacidad de extinguirlos¹, entre otros: cambio climático, destrucción de la capa de ozono, lluvia ácida, efecto invernadero, pérdida de la diversidad biológica, contaminación de las aguas y del aire, desertización y pérdida del suelo cultivable, residuos tóxicos peligrosos, explosión demográfica.

La dimensión política de lo ambiental

Ecólogos, ambientalistas, sociólogos y científicos de las diversas áreas del conocimiento sostienen que los problemas ambientales no son exclusivamente científico-tecnológicos, aunque corresponde a los expertos en las ciencias de la naturaleza, detectarlos. Ellos son quienes deben orientar la adopción de soluciones concretas y que constituyen el objeto de decisiones sociales basadas como siempre, en criterios ideológicos y valorativos.

1 No se trata de desarrollar leyes y por tanto las políticas desde una visión antropocéntrica, donde poco importa la desaparición o la alteración de algún parámetro biosférico, es decir: que no se las estructure desde una propuesta integral, tal como lo plantea la economía ecológica. En este sentido es necesario que las leyes instituidas tengan una verdadera incidencia para alcanzar los objetivos propuestos.

Lo expuesto evidencia que se está en presencia de cuestiones de índole política, y que puede aparecer enmascarada en otro tipo de consideraciones. Al momento los estados han asumido decisiones ambientales adoptadas en las Cumbres mundiales (Estocolmo 1972; Río de Janeiro 1992; Johannesburgo 2002; COP-15 2010) como insumos para reformar sus estatutos jurídico-político constitucionales, y a partir de ahí han sobrevenido nuevos y reformados cuerpos legales, innovada institucionalidad y políticas públicas ambientales pertinentes.

No obstante, debido a los intereses económico-políticos y de toda índole que ostentan los grupos dominantes a nivel planetario, regional, nacional y local; las estrategias ambientales que se adoptan corren el riesgo de fracasar. Siguiendo a Martín Mateo (1977: 22) el mundo actual, mayoritariamente regido por la lógica y racionalidad liberal capitalista, los principios de la economía de mercado ofrecen serias resistencias para la adopción de políticas ambientales ambiciosas. La maximalización de los beneficios, las orientaciones intrínsecamente expansionistas del sistema, los impulsos tendientes a la traslación de costos y la prevalencia para el empresario de los valores individuales sobre los sociales, hacen que el capitalismo o el neocapitalismo aparezcan intrínsecamente condicionados a la hora de enfrentarse a las auténticas exigencias de la problemática ambiental².

La importancia de la dimensión política en materia ambiental no se reduce exclusivamente a observar la racionalidad crematística que presiona la expansión extractiva y productiva y los consecuentes impactos ambientales negativos; tiene una dimensión política que se expresa en la asimétrica relación entre los países pobres y subdesarrollados del Sur del planeta y los países ricos e industrializados del Norte. Tiene relación a los diferentes niveles de desarrollo tecnológico, económico, social y cultural de los pueblos que generan lo que se ha dado en llamar tensión Norte-Sur. Esta tensión, particularmente de naturaleza económica ha crecido, y

2 Martín Mateo (1977: 24), argumenta que la reacción de los sistemas de economía liberal ante la problemática ecológica, se basa fundamentalmente en la imposición de correctivos a los agentes contaminantes a través de una amplia gama de medidas administrativas, redistribuyendo los costos originados. Pero los teóricos del sistema han ido mucho más lejos –señala el autor– y ha sido precisamente desde aquí de donde han partido análisis y propuestas de trascendencia macro política tendientes a la disminución del ritmo económico.

hoy significa un complejo y creciente antagonismo que se expresa, entre otros factores, porque el Norte sigue obteniendo materias primas del Sur a bajo costo y exporta al Sur productos manufacturados de alto costo, con lo que la diferencia entre países ricos y pobres aumenta. Lo propio se dice de la política de concesión de empréstitos, o de los tipos de interés y las condiciones de pago, que han llevado a la creación de una gigantesca deuda externa imposible de pagar (Martínez Alier y Roca Jusmet, 2001) y convertida en dogal insoportable que restringe el desarrollo local, toda vez que absorbe hasta más del 50% de los presupuestos de los estados pobres del Sur, únicamente para pagar los servicios de dicha deuda. Este es el caso de Ecuador, que hasta el año 2006, prácticamente canalizaba toda la renta generada por la extracción petrolera, al pago de los servicios de la deuda externa.

Las sociedades pobres han tenido y tienen que acelerar la explotación de sus recursos naturales en forma intensiva, a fin de cubrir en parte sus necesidades sociales, pero sobre todo para que los gobiernos cumplan con las obligaciones del endeudamiento. Este proceso trae como consecuencia el agotamiento de los recursos y deterioro de la base misma de los recursos, además: contaminación, deforestación, pérdida de la biodiversidad, mayor dependencia económico-política hacia los centros del poder mundial, y esa dependencia económica-política y control del poder son el agente catalizador del proceso de dominación, de presión continua, de coacción según el tipo de circunstancia que predomine y conforme a los intereses de quienes tienen el poder. Ese poder se expresa sobre la base de una economía internacionalizada, determinada por la clase dominante que ha hecho del Estado una palanca importante para la más rápida acumulación de capital.

La importancia de los factores económicos ha logrado que las relaciones de los sistemas monetarios sean más complejas y fluctúen ante los acontecimientos con acusadísima sensibilidad. Cualquier actividad industrial o de servicios tecnológicos exige financiaciones costosas y repercute en las estructuras del mercado internacional, pero sobre todo en las economías pobres dado su alto nivel de dependencia. Es aquí donde el proceso económico actual pierde sentido y adquiere peligrosidad debido a la existencia de regiones deprimidas, donde es ya imposible satisfacer las más

elementales exigencias de la vida humana³. Esta es una expresión de la sociedad del riesgo ya caracterizada por Beck et al. (2007).

Desde hace cuatro décadas se registra la denuncia científica respecto al denominado “pesimismo ecológico”, afirmando que “una estrategia aceptable para el planeta Tierra, debía tomar explícitamente en cuenta de que el “recurso natural” más amenazado por la contaminación, más expuesto a la degradación, más propenso a sufrir un daño irreversible, no es esta o aquella especie; no esta o aquella planta, o bioma o hábitat, ni siquiera los espacios libres de los grandes océanos, sino que es el hombre mismo (Ward y Dubois, 1972: 272 en Martín Mateo, 1977: 19). Tesis que con el paso de los años mantiene y acrecienta la preocupación, basta revisar las alarmantes estadísticas respecto a las causas de los problemas globales y sus efectos.

A manera de ejemplo: el planeta se está aniquilando a partir de la implementación de los procesos industriales y extractivos que agudizan y aceleran el deterioro del espacio vital para los seres humanos y la diversidad genética en general, basta recurrir a Meyers, N., citado por Edison Muñoz Ciro en (Varios, 1992: 109): hasta 1989 el mundo perdió al menos la mitad de los bosques que tenía en 1979. El porcentaje de pérdida de los bosques en 1989 fue un 90% mayor al porcentaje de 1979 y equivale aproximadamente a 142 000 km² por año. Con el bosque seco

3 La progresiva diferenciación en que se manifiesta la tensión Norte-Sur, es más riqueza para el Norte y pobreza extrema para el Sur. Y que el proceso económico que lo hace posible se basa en que la prosperidad del Norte requiere la existencia del Sur en tales condiciones. Las características actuales se muestran sombrías y hoy más que nunca –concluye–, resulta verdadera la perspicaz tesis de Maquiavelo y Hobbes, que afirmaban el estado de naturaleza, –guerra de todos contra todos–, como características de las relaciones entre estados. Sin embargo, ellos pensaban en estados autosuficientes y señores de sus decisiones, cosa que no ocurre... Hay que redescubrir la verdadera naturaleza del poder político. Constitutividad, organización y coactividad de la convivencia, podrán ser distintas en sus múltiples posibilidades pero, siempre, esperanzadoras si nacen de la solidaridad natural del hombre y realizan la solidaridad de su común destino humano. No existe otro camino y no se puede aspirar a más. En nuestro criterio las relaciones políticas son relaciones de poder, y donde existen relaciones de poder existen relaciones de dominación y dependencia, que son las que han generado la crisis económica, política, social, ambiental, ética. En definitiva la dimensión política marca, tanto como la económica, la direccionalidad ambiental planetaria y mientras el modelo liberal capitalista tenga vigencia hegemónica, será muy difícil la implantación de la racionalidad ambiental, como base de un modelo de desarrollo más armónico con la naturaleza, económicamente sustentable y socialmente justo.

tropical ocurre lo mismo; en 1979 se talaron 38 000 km², en 1989 se perdieron 72 200 km². El promedio de bosque tropical talado es de 40 Ha/minuto o sea 20 millones de hectáreas por año, lo que equivale a 200 000 km²⁴.

La FAO (2010) en el estudio “Evaluación de los recursos forestales mundiales” detalla que: la tasa de deforestación en América Latina ha sido controlada y “no ha aumentado”. Este informe, el más completo realizado hasta ahora en ese sector, ya que se basa en los datos de 233 países y territorios, establece que sobre una superficie total de 4 000 millones de hectáreas, se han perdido por causas naturales 13 millones de hectáreas de bosques anuales entre el 2000 y el 2010 en el mundo, menos en comparación con los 16 millones de hectáreas anuales durante la década de los años noventa.

En consecuencia, el enfoque político de lo ambiental está íntimamente relacionado al modelo de desarrollo, según Manfred Max-Neef (citado por Wilches-Chaux 1992, en Varios, 1992: 62) existen dos concepciones opuestas de desarrollo que cobran cada vez más vigencia: una es la visión economicista del desarrollo a través de indicadores agregados como el

4 Hacia 1991, en diez países tropicales ocurren las ¾ partes de la deforestación (2 000 000 ha); estos países son: Brasil, Indonesia, Zaire, Burma, Colombia, India, Malasia, Nigeria y Tailandia. Cada uno de estos pierde más de 4 000 km² de bosques. Por año y por región se destruyen las siguientes extensiones en bosques: 47 000 km² en Asia (1,4% de aumento anual) y África (1,7% de aumento anual); 73 000 km² en América Latina (0,9% de aumento anual). Naciones Unidas (2010) y (2010^a), respecto a la deforestación señala que se avanza en las metas ambientales, pero que no hay avances en la cobertura boscosa y la emisión de CO₂. La tasa de deforestación en América Latina y el Caribe duplica el promedio mundial, señala el estudio. Entre 1990 y 2005, la superficie cubierta por bosques en la región se redujo en 7%, equivalente a la pérdida de casi 69 millones de hectáreas. Un 86% de esta pérdida se registró en América del Sur, especialmente en la Amazonía. Aunque algunos países, como Chile y Uruguay, han incrementado su superficie forestal a través de plantaciones industriales a gran escala, éstas no pueden sustituir las funciones ecológicas y de protección de la biodiversidad de los bosques naturales que han sido eliminados, afirma el estudio. En tanto, las emisiones de dióxido de carbono debido a la quema de combustibles fósiles y la producción de cemento han aumentado en términos absolutos. Entre 1990 y 2005, las emisiones de CO₂ crecieron cerca de 41%, aunque la relación entre éstas y el PIB descendió levemente. Aún con este incremento, las emisiones totales y per cápita regionales representan una pequeña fracción de las registradas en países desarrollados. Sin embargo, estas cifras excluyen las emisiones producidas por cambios de uso de suelo y la deforestación, con lo cual el indicador subestima las emisiones de CO₂ en la región. Se calcula que a nivel mundial, América Latina y el Caribe son responsables de más de 48% de las emisiones de dióxido de carbono por cambio de uso del suelo, señala el estudio.

producto interno bruto (PIB), que considera positivos –sin discriminación– todos los procesos donde ocurren transacciones de mercado, sin importar si éstas son productivas, improductivas o destructivas. Resulta así que la depredación indiscriminada de un recurso natural hace aumentar el PIB, tal como lo hace una población enferma cuando incrementa su consumo de drogas farmacéuticas o de servicios hospitalarios.

La otra concepción, referida por (Wilches-Chaux en Varios, 1992: 62-63) y denominada “Desarrollo humano a escala humana”, expresa:

Otra racionalidad cuyo eje axiológico no sea ni la acumulación indiscriminada, ni el mejoramiento de indicadores económicos convencionales que poco dicen del bienestar de los pueblos, ni una eficiencia divorciada de la satisfacción de las necesidades humanas. Esta racionalidad se orienta por el mejoramiento de la calidad de vida de la población y se sustenta en el respeto a la diversidad y en la renuncia a convertir a las personas en instrumentos de otras personas y a los países en instrumentos de otros países (...). A una lógica económica, heredera de la razón instrumental que impregna la cultura moderna, es preciso oponer una idea ética del bienestar. Al fetichismo de las cifras, debe oponerse, el desarrollo de las personas

Sin embargo del evidente desbalance político mundial y negativas consecuencias en las diversas áreas económica, tecnológica y ambiental de interés del Sur; en algunos autores es recurrente la posibilidad de “vivir juntos”, Norte-Sur, bajo formas de relación diferentes a las actuales. En este sentido, Touraine (1997: 22) sugiere una mirada de posibilidades y propuestas que ameritan considerarse. Por ejemplo, argumenta que no podemos vivir juntos, es decir, combinar la unidad de una sociedad con la diversidad de las personalidades y las culturas, si no se pone la idea de sujeto personal en el centro de nuestra reflexión y nuestra acción. El sueño de someter a todos los individuos a las mismas leyes universales de la razón, la religión o la historia siempre se transformó en pesadilla, en instrumento de dominación; la renuncia a todo principio de unidad, la aceptación de diferencias sin límites, conduce a la segregación o a la guerra civil. Para salir de ese dilema, Touraine describe al sujeto como combinación de una identidad personal y una cultura particular con la participa-

ción de un mundo racionalizado, y como afirmación de su libertad y su responsabilidad. Sólo este enfoque permite explicar cómo podemos vivir juntos, iguales y diferentes, afirma⁵.

Adscribiendo la tesis de Touraine, el mundo actual vive un shock liberal, mucho más masivo que la revolución industrial que conmovió a una parte de Europa en el siglo XIX, y que se ha consolidado el pensamiento crítico en las sociedades de pobreza, represión y transmisión de las desigualdades. Concluye el autor señalando si en lugar de prolongar indefinidamente la demolición del modelo optimista de las luces o de denunciar los límites del Estado-providencia: ¿No conviene poner de relieve un nuevo principio de construcción de la sociedad moderna? Y en este mundo de aparatos, mercados y delirios purificadores ¿No habría de ser ese principio la defensa del individuo, en su voluntad de ser actor, es decir, de su afirmación como sujeto?

En consecuencia –se puede reiterar–, si ya no se cree en la sociedad perfecta y en el hombre nuevo, creamos en la libertad del sujeto personal y defendamos las condiciones sociales de existencia y desarrollo de esa

5 Touraine (1997:22) alerta que: sin proponerse describir las transformaciones de nuestra vida social, los efectos de la mundialización de la economía, de los nuevos medios de información o del debilitamiento de los marcos sociales tradicionales, puesto que, antes de percibir con claridad el espectáculo que se nos ofrece, tenemos que estar seguros de la calidad de nuestra propia mirada y por lo tanto de los instrumentos de conocimiento que empleamos para percibir el mundo que nos rodea y percibirnos a nosotros mismos. En los grandes países industriales y los estados nacionales de más antigua constitución, el apego a un pasado que merece admiración puede provocar una resistencia a los cambios intelectuales necesarios, pero ésta, si cediéramos a ella, se traduciría prontamente en la confusión del debate político y la multiplicación de los obstáculos a todas las formas de innovación. Por cierto, no tenemos que adaptarnos pasivamente a una sociedad y una cultura de masas detrás de las cuales se ocultan fuerzas muy reales de dominación que deben señalarse y combatirse; pero la elección que hay que hacer no es entre la defensa del orden pasado y la aceptación del desorden presente: debemos concebir y construir nuevas formas de vida colectiva y personal.

Touraine (1997: 22) insiste en que: (...) al comprender que pasamos de una etapa de la modernidad a otra y definir la crisis que vivimos, se trata de darnos los medios de reconstruir nuestra capacidad de manejar las mutaciones en curso y determinar las opciones posibles donde hoy sentimos la tentación de no ver más que un progreso indefinido o un laberinto sin salida. Concluye el autor, la historia no está hecha únicamente del éxito de quienes construyeron intelectual y prácticamente un mundo nuevo; también la conforma la caída de las sociedades que no comprendieron, permitieron y organizaron las nuevas formas asumidas por la vida económica, política o cultural. Ningún país, ninguna institución, ningún individuo tiene, por sus éxitos pasados, la seguridad de comprender y dominar las nuevas formas de vida personal y colectiva.

libertad (...). Estamos aquí muy lejos de la confianza en sí mismo del sujeto racional de la alta modernidad, del sujeto seguro de su dominación sobre la naturaleza, de sus propias pasiones y convencido de la necesidad de destruir tradiciones, creencias y afectos. El sujeto que aparece, huido de la guerra que libraron contra él tanto el optimismo mercantil como las dictaduras totalitarias, es un recurso y no un soberano, una fuerza de contención y limitación de todos los poderes y no el principio de legitimidad de un nuevo poder moralizador. El sujeto está a la defensiva, es el corolario al que aborda Touraine (1997: 165) como una alerta a la que no se debería ignorar.

En la perspectiva de Touraine el desarrollo de la modernidad no es lineal, sino que de una época a otra, el lugar central de los debates sociales se desplaza. La alta modernidad se interesa ante todo en la política: la Revolución Francesa no se organizó alrededor de las categorías económicas o clases sociales, sino en torno a categorías políticas como la nación o la ciudadanía. Es en la sociedad industrial, en la modernidad media, donde las categorías económicas se convierten en las más importantes, y donde las conductas políticas aparecen como reflejos de intereses económicos. El paso de la sociedad industrial a la sociedad programada, donde en gran medida ya hemos entrado, radicalizó nuestra imagen de la modernidad (1997: 157). Nuestra época es más moderna que las anteriores, porque eliminó todo principio superior de integración de la experiencia humana y de correspondencia del sistema y del actor. Rompió toda atadura con las visiones naturalistas de la sociedad, las filosofías de la historia y todas las formas de socio-centrismo. Rechaza las ilusiones de las sociologías de la esperanza lo mismo que las de las ideologías del orden. Quiere construir la sociedad sobre la libertad del sujeto personal y ya no sobre el bien común o un interés general que son cada vez más las máscaras del poder.

Esta convocatoria que hace Touraine (1997) es plausible, más aún necesaria, considerando que desde hace 25 años se asiste a la declinación de nociones e ideologías políticas que se agotan o dan miedo, a los debates económicos que se profesionalizan a tal extremo que la gestión del Estado apenas aparece ya diferente de las empresas privadas: consecuentemente, en ambos lados hay que adaptarse a una competencia mundializada y a unas transformaciones tecnológicas aceleradas. A la inversa, son los pro-

blemas de la vida privada los que alimentan los grandes debates públicos. El tema del sujeto sobre el que se asientan las reivindicaciones éticas sustituyó al tema de las clases, y de como éste había reemplazado al de la nación⁶.

Desde un entramado dialógico coadyuvante, respecto a la calidad de sujeto que propone Touraine, Leff (2002: 368), por su parte sustenta que la configuración de las identidades y del ser en la complejidad ambiental se da como el posicionamiento del individuo y de un pueblo en el mundo; en la construcción de un saber que orienta estrategias de apropiación de la naturaleza y la construcción de mundos de vida diversos. Y es en la relación del ser y el pensar que toma sentido pleno el principio de identidad como un proceso de construcción social en el saber (más que en la idea de un saber personal que incorpora la subjetividad del ser cognoscente dentro de su conocimiento). Es desde la identidad que se plantea el diálogo de saberes, la apertura del ser constituido por su historia, hacia lo inédito, lo impensado; hacia una utopía arraigada en el ser y en lo real, construida desde los potenciales de la naturaleza y los sentidos de la cultura⁷.

La doble perspectiva planteada confluye en el “llamado al ser en la complejidad” y disuelve el sentido de la identidad como igualdad del pensamiento y de la identificación del sujeto anclado en su “yo” subjetivo, marcado por el límite de su existencia. Sin embargo, conforme a la visión leffiana: en el pensamiento de la complejidad habría que pensar al ser más allá de su condición existencial general (lo constitutivo de todo ser

6 Touraine (1997: 158) insiste en que el análisis debe seguir los progresos de la conciencia colectiva y el pensamiento social que ligan nociones tan abstractas con la sensibilidad creciente de la opinión pública a los derechos de la persona –las mujeres y los niños en primer lugar–, y en otra perspectiva, los de las minorías y los excluidos. De tal modo de recuperar la capacidad de orientarse en el espacio histórico en que se vive, en vez de desgarrarnos entre la adhesión conservadora a ciertas tradiciones y la afirmación, igualmente irreflexiva, de que estamos obligados a adaptarnos a unas transformaciones globales sobre las que no tenemos influencia.

7 Para Leff, las nuevas identidades se construyen dentro de un sistema de diferencias y antagonismos por la apropiación de la naturaleza, movilizadas por la ley límite de la entropía y la fecundidad que generan las sinergias de la complejidad ambiental. Ello abre nuevos espacios de encuentro de sujetos sociales con diferentes discursos de la sustentabilidad, de donde emergen nuevos actores sociales en la trama del proceso de complejización óptica, epistemológica y productiva del ambiente (2002: 368).

humano), para penetrar en el sentido de las identidades colectivas que se constituyen desde la diversidad cultural, movilizándolo a los actores sociales (actores históricos), hacia la construcción de estrategias alternativas de reapropiación de la naturaleza, frente a los sentidos antagónicos de la sustentabilidad (enfocada desde la perspectiva política).

Pero la propuesta de Leff (2006) es política y connota el sentido de la “transformación civilizatoria”, y es complementaria a la formulada por Touraine (1997) respecto a que el sujeto es capaz de combinar la racionalidad instrumental y la identidad cultural. Un micro universo integrado y un macro espacio abiertos que no se contradicen, y deben ser actores, productores de transformaciones y creadores de sentido –conforme lo asume Weber (2004)– en torno a una dialéctica de lo concreto que arroge la potencialidad del ser humano en cuanto sujeto personal y ser colectivo⁸.

Seguridades vs. inseguridades: ambiental, nacional e internacional

¿Militarización del medio ambiente o ecologización de la seguridad?

Los problemas ambientales de carácter global están relacionados a la política internacional y sus enlaces potenciales con la distribución del poder y demás aspectos inherentes a la seguridad nacional. El debate pertinente pone de manifiesto que la seguridad ambiental es multiforme y de carácter discutible. El concepto sugiere fenómenos antiguos y recientes generadores de nuevas percepciones que se las pueden tratar desde un enfoque eminentemente analítico u otro de carácter normativo e instrumental.

Desde la perspectiva analítica asumida se busca profundizar la naturaleza y variedad de las relaciones causales pertinentes; la naturaleza del concepto seguridad ambiental y la dimensión y definición de sus componentes: medio ambiente y seguridad. Se trata también de comprender en qué medida la posesión de recursos naturales, la competencia sobre recursos

8 Siguiendo a Touraine (1997: 154), para vivir en la modernidad, no tenemos que elegir entre la unidad impuesta por la comunidad y la competencia salvaje, entre el imperio de los mercados y los reinos integristas y nacionalistas: nos basta vivir en la complementariedad de un mundo abierto (y hasta fragmentado) y un sujeto que lucha por dar sentido a su experiencia de vida, individual y colectiva.

limitados y su gestión, la política ambiental en los diferentes estados y las modificaciones ecológicas pueden afectar a la definición de seguridad nacional y sus componentes: estabilidad política, crecimiento económico, integridad cultural, autonomía, o la frecuencia y el carácter de los conflictos interestatales. Generalmente el concepto *seguridad ambiental* se liga a los desastres ecológicos y a los conflictos internos e interestatales, estos últimos muy difíciles de asumirlos en su real dimensión.

Aquellos sujetos que se preocupan más de la seguridad ambiental, están movidos principalmente por un objetivo normativo centrado en la protección de los ecosistemas y en la redefinición de las relaciones de los seres humanos con la naturaleza. Buscan comprender como el Estado podría minimizar las catástrofes ambientales o el agotamiento de los recursos naturales, y en qué medida los cambios en el medio ambiente afectan a la estabilidad de los ecosistemas amenazando a la especie humana. Les interesa saber cómo esos impactos podrían ser evitados. En este nivel de comprensión existen grandes imprecisiones, por ejemplo:

- ¿Debe la seguridad ambiental en su relación con los seres humanos ser ampliada en el sentido de resistencia, estabilidad y previsibilidad?
- ¿El medio ambiente global y local cuánto importa?
- ¿En qué campo se debe proteger la naturaleza?
- ¿Qué lugares deben ser concedidos para la satisfacción de las necesidades de las poblaciones humanas?
- Esta seguridad contempla la conservación y la protección, bajo qué criterio se le da al ecosistema un valor intrínseco distinto con carácter de superior?
- La seguridad absoluta de los ecosistemas dependería del desarrollo de la capacidad de adaptación de las poblaciones y la sociedad?

La seguridad ambiental está muy ligada al hecho de que el medio ambiente está cada vez más estrictamente integrado con otras cuestiones fundamentales que enfrentan las sociedades. La utilidad de la noción podría servir para comprender la dinámica de los conflictos internacionales, podría estar en cualquier progreso analítico, más no en sus aspectos subjetivos e instrumentales. Una vez comprendido el sentido subjetivo, la

noción *seguridad ambiental* sugiere la utilización potencial de su opuesto: la noción de *inseguridad ambiental*. Esta es sentida de manera diversa por las poblaciones en diferentes momentos y lugares; lo que lleva a interesarse por el significado de la representación subjetiva y cultural del medio ambiente e indagar sobre su papel en la emergencia y la continuidad de conflictos, y en la ausencia de daños ecológicos profundos.

Así visto el medio ambiente, configura un concepto humanista que trasciende la naturaleza. La propia naturaleza es una representación simbólica y cultural en la evolución. Si el medio ambiente es una fuente de conflictos, esto da la medida en que sus cambios favorecen la emergencia de un sentimiento de inseguridad, concepto subjetivo y manipulable, ligado a las cuestiones de identidad y de nacionalismo, tan importantes hasta hace pocos años (Le Prestre, 2000: 476).

Desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, el concepto “seguridad ambiental” viene siendo expuesto desde finales de los años ochenta, por militares, organizaciones de la sociedad civil y políticos. Ligando la defensa del medio ambiente con un valor más ampliamente compartido como el de “seguridad nacional”, es de esperarse un aumen-

9 La consolidación del orden de seguridad, que considerando el perfil genético del Derecho moderno, es el orden al cual mayormente aporta el Derecho desde su cientificación y estatalización; pero además juridiza la “razón de Estado” justificatoria de los instrumentos disciplinarios, del *orden de seguridad*, y de las *tecnologías del poder* a las que alude Foucault (2006) para elucidar temas relativos a la soberanía, el territorio y la población. La interrelación del sistema de seguridad con la seguridad del Estado, con su integridad implica que el sistema trata de asegurar al Estado frente a quien atente a su *corpus* (territorial), y esta pretensión es penalizada, por legítimo que sea cualquier tipo de pretensión sobre este *corpus*. Se legisla y crea el tipo penal “separatismo” o secesión y se diagnostica a los sujetos individuales o colectivos que lo promuevan, se los identifica y clasifica social, cultural y políticamente ubicándolos como los más propensos a la comisión del delito. Se crean las tecnologías disciplinarias a ser aplicadas a la comisión de los delitos que atentan contra el Estado, o la “razón de Estado”. Foucault se refiere al “Orden de seguridad” y sugiere verlo en su dimensión amplia, es decir: seguridad frente al criminal por su peligrosidad, y frente a otras amenazas. Entonces fluye un cúmulo gigantesco de medidas legislativas, legales, reglamentarias, administrativas que permiten introducir mecanismos de seguridad. Desde esta perspectiva los mecanismos disciplinarios no aparecen simplemente a partir del siglo XVIII, ya están presentes dentro del código jurídico legal. La masa legislativa que concierne a las medidas de seguridad vive una inflación legal, una inflación del código jurídico legal para poner en funcionamiento el *sistema de seguridad*. De la misma manera el *corpus* disciplinario también es activado y fecundado en gran medida por el establecimiento de los mecanismos de seguridad. Para “asegurar” concretamente esa “seguridad” se recurre a una serie de técnicas de vigilancia, entre otras: vigilancia de los individuos, diagnóstico de

to de visibilidad política de las cuestiones ambientales internacionales, y por consiguiente, un incremento de movilización e intención ambiental mayor de los gobiernos y las poblaciones. En un contexto como el descrito se planteó la reducción de gastos militares pos-guerra fría e incremento de recursos financieros disponibles para lo ambiental. Fue con esta perspectiva que en 1988, la conferencia de Toronto sobre cambios climáticos se instituyó, a partir de entonces el concepto, “The Changing Atmosphere: Implications for Global Security”, lejos de pretender una función analítica, refleja una preocupación política.

Es de esperarse que los gobiernos y los grupos utilicen esta noción para adoptar un comportamiento movido por otras consideraciones. En ese instante la degradación del medio ambiente se torna un medio, y no una causa de movilización social. Vincular la protección ambiental a un valor más ampliamente compartido, como el de seguridad, puede facilitar decisiones políticas que se adjuntan. Pero tal estrategia tiene límites, porque la satisfacción de objetivos ambientales se puede limitar por valores a los que están ligados, y una vez atendido el valor seguridad, la protección ambiental pierde su razón de ser. Un ejemplo palpable es el acontecido en la frontera norte de Ecuador, cuando la aspersión de glifosato pasó de conflicto socioambiental, a estratégico político-militar en el 2008.

Por lo anotado anteriormente es que fue criticado el enfoque, y además porque existe un riesgo en la ligazón entre la seguridad nacional y la promoción de objetivos ambientalistas, que comúnmente reflejan filosofías políticas diferentes. Se teme que este enlace conduzca más a *la militarización del medio ambiente que a la ecologización de la seguridad*. Este mismo enlace puede servir para aumentar el poder del Estado, lo que va en contra de los político-ecologistas, o al menos cuando se abordan los problemas de seguridad de los países en desarrollo en base a la noción de seguridad nacional de los Estados Unidos. En el contexto de los cambios a escala mundial es preciso reflexionar sobre los costos de oportunidad políticos y económicos ligados a la propuesta, en todo caso, siempre una catástrofe bélica puede dificultar los progresos locales y en consecuencia los ambientales.

lo que éstos son, clasificación de su estructura mental, de su patología propia, etc. Todo un conjunto de técnicas que prolifera bajo los mecanismos de seguridad y para hacer funcionar tales mecanismos (Foucault, 2006: 23-24).

No cabe duda que el medio ambiente se ha constituido en base fundamental de la matriz de relaciones internacionales. La dinámica política que caracteriza a estas cuestiones simboliza lo que será la naturaleza de las relaciones internacionales en un futuro próximo y por aspectos como los siguientes: control de los fenómenos, tipos de cuestiones eco-geo-políticas debatidas y de los conflictos que suscitan, diversidad de los actores supraestatales e interesados, naturaleza de los medios empleados, principios que guían las acciones internas y externas y los tipos de soluciones negociadas.

Desde esta perspectiva, las cuestiones ambientales no son más tratadas como simples dimensiones técnicas y científicas, ahora están íntimamente ligadas a la geopolítica y otros asuntos importantes en las relaciones internacionales: el futuro de las relaciones entre los países ricos del Norte con los países pobres del Sur, las relaciones entre países industrializados, el sistema internacional de producción y explotación de recursos, la libertad de comercio, la seguridad de los estados. Desde este enfoque abierto y plural, la dinámica de la ecopolítica indica el orden internacional por el cual se encaminan las sociedades humanas hacia el futuro próximo, y las estrategias son más o menos visibles de acuerdo al modelo político de Estado vigente. En Ecuador, por ejemplo, a partir del establecimiento del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional se han modificado sustancialmente las relaciones internacionales, y más aún desde que el país es proponente de la "Iniciativa Yasuni", planteada para no extraer un mil millones de barriles de petróleo aproximadamente y evitar el vertimiento de cuatrocientos millones de toneladas de CO₂ a la atmósfera, por efecto del consumo de aquel combustible fósil. A cambio el país recibiría una simbólica cantidad de recursos económicos (350 millones de dólares anuales durante diez años) por parte de los países u otros actores que respalden la "Iniciativa Yasuni" y estén comprometidos con el control del cambio climático global.

Por ahora se asiste a una creciente sensibilidad respecto de los problemas ambientales de carácter global, aunque los estados y los movimientos que los asumen no comparten necesariamente la misma comprensión de los fenómenos que los generan, ni las mismas prioridades y menos una concepción idéntica de sus implicaciones. De todos estos factores se des-

prende que la comunidad internacional está condenada a aprender en base a sus errores. Y en este contexto de aprendizaje, los aspectos de la ecopolítica internacional necesitan una atención permanente sobre los siguientes asuntos:

- Uno que adquirirá importancia creciente es la compatibilidad de los regímenes ambientales entre sí, y de éstos con otros acuerdos que tengan que responder a prioridades de la comunidad internacional, tales como: el régimen de libre comercio instituido por el GATT, o el de Basilea sobre el comercio de residuos tóxicos, pueden fácilmente entrar en conflicto (comercio y ambiente exigen mucho cuidado).
- Otro asunto polémico constituyen los subsidios. La fijación de precios según los costos totales enfrenta el obstáculo de la incapacidad de los gobiernos del mundo entero (particularmente de los países industrializados) para eliminar los subsidios (estimados globalmente en 1,5 mil millones de dólares al año) que tienen un efecto perverso en el ambiente, y asegurar que los precios del mercado contemplen todos los costos impuestos por la degradación ambiental. No existe razón alguna para esperar una mejora ambiental mientras persistan esas distorsiones (Speth, 2002: 11).
- El aprendizaje ambiental común habrá de pasar por un mayor rigor intelectual que permita elucidar que las relaciones entre países del Norte con los pobres del Sur pueden ser plausibles, pero no cuando aquellos respaldan procesos de extracción de recursos que generan conflictos por la destrucción del ambiente a nivel físico, biótico, social y graves tensiones a nivel político, que ponen en riesgo permanente la gobernabilidad.
- Una cuestión tiene que ver con los inevitables efectos perversos, y que pueden ser positivos o negativos. Toda política tiene efectos perversos, inclusive las medidas que sirven para crear las condiciones de gestión racional de recursos. Entonces no se trata de sólo evitar tales efectos, sino más bien de verificar su existencia y de disponer de las herramientas necesarias para identificarlos y escoger aquellos que sean más aceptables.

El medio ambiente por sus múltiples facetas: cultural, normativa, social, científica, ética; no es solamente un objeto, sino más bien un instrumento de relaciones políticas o creador de tensiones políticas. Y el aprovechamiento de los recursos y valores vinculados con el medio ambiente degrada los ecosistemas y deteriora la vida de las poblaciones del área de influencia, lo que facilita la movilización política a favor de ciertas causas ambientales y sociales. Un ejemplo vívido y actual es el caso de contaminación de la Región Amazónica Ecuatoriana por parte de la empresa petrolera Texaco (hoy Chevron-Texaco), que operó durante 25 años con irresponsabilidad ambiental, hecho que dio lugar a una demanda indemnizatoria por el monto de 25 000 millones de dólares, y que diera como resultado una sentencia de primera instancia que obligara a la transnacional a pagar 9 500 millones de dólares como indemnización de daños y perjuicios a los pueblos indígenas y demás afectados. Este proceso ha suscitado movilizaciones y campañas importantes que connotan la adhesión política-social a la causa de los demandantes, que es una causa socioambiental. En este sentido, el caso demuestra que el medio ambiente se torna más que un fin, en un medio, en un punto de aglutinamiento contra una determinada posición económico-política transnacional, o una especie de estandarte con el cual las sociedades o los estados reivindican sus objetivos en el escenario internacional.

Bajo la perspectiva del presente análisis, los problemas ambientales se tornan *ipso facto* anacrónicos e impropios en el marco de los modelos y herramientas tradicionales de análisis de las relaciones internacionales. Las teorías tradicionales se concentran en los aspectos de seguridad económica y que en determinadas circunstancias resultarían inútiles, como en el caso de un conflicto nuclear, que a más de la crisis ambiental que genere pondría en riesgo la supervivencia de la humanidad. En circunstancias de menor rango como los conflictos por la utilización de productos tóxicos a nivel de frontera, (caso Ecuador-Colombia) el riesgo también es alto. Estos problemas se caracterizan por el nivel de conocimiento sobre los procesos y relaciones causales en juego; por la necesidad de decidir sobre una situación de incertidumbre y rol de los actores no estatales, considerando que estos están presentes desde mucho tiempo atrás en el escenario internacional.

Siguiendo a Le Prestre (2000: 472 y ss.) los problemas en comento obligan a enfatizar un enfoque que combine aspectos del institucionalismo liberal y la cibernética, a través de la profundización del concepto y los modelos de adaptación de las relaciones internacionales. En consecuencia la importancia de la ecopolítica internacional no reside solamente en su impacto sobre el mundo natural o sobre el medio del cual dependen el bienestar y la vida de los seres humanos. Los problemas ambientales provocan enfrentamientos entre estados y pueblos y pueden también forzar a la cooperación. La ecopolítica por tanto es un potencial que puede fragmentar o aproximar al mundo, tornándolo más conflictivo o más cooperativo.

Concordando con el autor, la ecopolítica ilustra lo que se ha dado en llamar la “revolución silenciosa” que sufrirán las relaciones internacionales contemporáneas a través de la regulación creciente de cada vez un mayor número de actividades de riesgo ambiental. La política internacional del medio ambiente no pertenece más a los ecólogos, a los político-ecologistas o a los especialistas movidos principalmente por consideraciones normativas o militantes. En conclusión, conforme a Le Prestre, la ecopolítica constituye un terreno privilegiado de las relaciones internacionales contemporáneas. Nadie puede ser indiferente a los aspectos ambientales y mucho menos ignorar sus implicaciones en la seguridad interna y externa de los estados y sus poblaciones, así como para las formas y condiciones de cooperación internacional. Sobre el asunto conviene enfatizar que si bien es cierto la dimensión ambiental alarmante es de reciente data, ha dado lugar a la formulación y reconocimiento de los llamados derechos colectivos o difusos de tercera generación; y ha trastocado la concepción tradicional de los derechos humanos y la paz universal, complementándolos. Bobbio (1997: 127), por ejemplo, reitera que los problemas fundamentales de nuestra época son: los derechos humanos y el derecho a la paz.

Su importancia es mayor a la de otros problemas que ocupan gran parte de nuestros debates; mayor que la del socialismo, la crisis del Estado del bienestar, o la de la segunda, la tercera o la última vía. Son fundamentales en el sentido de que nuestra propia supervivencia depende de la solución del problema de la paz, y el auténtico progreso civil, de la solución

de los problemas de los derechos humanos. Este es un problema que carece de sentido sin el otro. A favor del estrecho vínculo entre la paz y la protección de los derechos humanos cabe aducir algunas argumentaciones: la primera se refiere al derecho a la vida consagrado en la Declaración Universal de las Naciones Unidas, derecho que durante la guerra o cualquier otra forma de hostilidad, el derecho a la vida no sólo es imposible de asegurar, sino que los estados beligerantes obligan a sus ciudadanos a sacrificarlo so pena de graves castigos.

Desde Bobbio cabe argumentar que el derecho a la vida y a la libertad es incompatible con el estado de guerra; y dado el actual estado de conciencia ética de la humanidad se tiende a reconocer al individuo no sólo en el derecho a la vida (que es elemental y por así decirlo, primordial en el ser humano) sino también el derecho a tener el mínimo indispensable para vivir. El derecho a vivir implica por parte del Estado un comportamiento positivo, vale decir de política económica inspirada en principios de política distributiva. Lo que hoy se reconoce al individuo no sólo es el derecho a no morir por cualquier razón, sino el derecho a no morir de hambre. Basta con enunciar, insiste Bobbio (1997) los términos del problema para que se nos venga a la mente el tremendo asunto de las relaciones Norte-Sur, de los países ricos y de los países pobres, de los que consumen cosas superfluas y los que carecen de lo necesario, como uno de los grandes problemas de nuestra época. En el caso ecuatoriano, por ejemplo, la política internacional del presidente Correa tiende a favorecer las relaciones Sur-Sur, sin menoscabar las potenciales con el Norte en términos de igualdad entre pueblos similares.

Se trata de trasladar la cuestión social que surgió dentro de cada uno de los estados, vinculada a las relaciones de clase en el ámbito de un solo Estado, a las relaciones entre estados, es decir, consiste en hacer que la cuestión social sea una cuestión de dimensiones planetarias. Y no es casual que los movimientos por los derechos humanos y la paz se refuerzan mutuamente. La paz es la condición *sine qua non* para proteger eficazmente los derechos humanos, y la protección de los derechos humanos favorece la paz.

No obstante la claridad en el manejo de estos temas de interés universal, cabe incorporar ahora el tercer elemento no excluible a los de la paz y

derechos humanos, el ambiental¹⁰. Este involucra todo, tiene un alcance integral y no escapa a lo interno y externo o de carácter global, incluida la muerte entrópica del planeta y que es tan o más grave que todos juntos. El enfoque analítico de Bobbio refuerza la preocupación propositiva de Le Prestre, y en esta recurrencia dialéctica tiene su espacio la dimensión ambiental como signo direccionante de las relaciones intra e interestatales públicas o privadas actuales y futuras.

En una posición análoga a la de Bobbio se puede argumentar sobre la necesidad de establecer previamente las estrategias de las relaciones internacionales, considerando más bien aspectos extra-ambientales, como la guerra planetaria final, cuyas consecuencias por el elemento nuclear que utilizaría también conllevaría consecuencias ambientales catastróficas, pero sobre todo el riesgo para la humanidad entera, u otros elementos como la propiedad privada y el poder político. En este sentido, considerar una sociedad internacional utópica, es decir; una sociedad universal no violenta implicaría excluir las principales causas de los males sociales que han padecido los seres humanos en las sociedades históricas evolucionadas, por ejemplo: ¿Es la propiedad privada la causante de todos los males? Entonces la sociedad ideal sería aquella en la que la propiedad privada quede eliminada. ¿Lo es el poder político? Entonces la sociedad ideal tendría que carecer de Estado. ¿Son el industrialismo y el extractivismo un hecho generativo de la contaminación y deforestación? Entonces hay que cambiar el modelo de desarrollo.

Ante las utopías surgen dos problemas: si son deseables y si son posibles, y puede plantearse un tercero, si la sociedad ideal no violenta fuera inalcanzable sería una insensatez proponerla. Aquí radica el punto principal de interés desde la dimensión de seguridad ambiental en el escenario internacional, mientras esté atravesado por el eje seguridad nacional, que implica el elemento violencia bélica, aquel se posterga y entonces ¿Cómo se puede viabilizar otras alternativas? la respuesta es que no existe escapatoria a la utopía ambiental. Esta ha de ser deseable, posible y alcanzable.

10 El elemento ambiental es concomitante al del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, tal cual lo prescribe la Constitución de la República del Ecuador, Art. 10.

I-racionalidad cognitivo-instrumental y racionalidad ambiental

La temática está relacionada a la génesis jurídica y política que trata el Derecho y el componente ecológico-ambiental. Según (Deléage 1993: 340 citando a Martínez Alier): la racionalidad ecológica no puede por sí sola establecer la decisión política ni sustituir el cálculo económico. Todas las sociedades históricas han explotado recursos y han mantenido unas relaciones determinadas con el mundo natural, sólo que en las sociedades contemporáneas estas relaciones han entrado en una crisis profunda, por lo que con mayor razón se requieren instrumentos normativos eficaces.

La ecología científica, actualmente ampliada por la ecología política tiene el mérito de haber abierto un amplio debate sobre aquella crisis. Este debate cuestiona los modelos de gigantismo y de uniformación social, la regulación por el valor de cambio o la planificación autoritaria y, por último, el lugar de la propia economía en todas las formaciones sociales. Como se puede observar, la expuesta es una base de racionalidad ecológica emergente y un conector para profundizar desde esa perspectiva la racionalidad ambiental, el saber ambiental¹¹, la democracia sustancial y el marco normativo, institucional y políticas ambientales públicas en términos de sustentabilidad.

Racionalidad cognitivo-instrumental y Derecho

El hecho generativo de la científicidad de la sociedad y del Derecho es la ciencia moderna, y en este proceso el Derecho moderno tiene que some-

11 En la teorización que Leff hace al respecto, fundamenta que el saber ambiental es una reflexión crítica sobre el pensamiento ecologista y las teorías sistémicas que desde su voluntad de totalidad buscan reafirmar una idea del mundo tendiente a la globalización y generalización de sus leyes unitarias. En el mismo sentido, el ambientalismo crítico, cuestiona las pretensiones emancipadoras del proyecto eco-anarquista que se propone “restaurar e incluso trascender el estado liberador de las ciencias y filosofía tradicionales” (Bookchin, 1971: 80), poniendo a la ecología como fundamento de un nuevo naturalismo dialéctico (Bookchin, 1990). De esta manera –concluye Leff–, la ecología se ha extendido hacia los dominios de la historia –del orden simbólico y social– sin comprender la especificidad de la naturaleza humana –las relaciones del poder, los intereses sociales, el deseo humano, la organización cultural, la racionalidad económica–, que no pueden subsumirse dentro de un orden natural (Leff, 2002: 359).

terse a la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia y convertirse él mismo en científico (positivo), y así es como la cientifización del Derecho moderno propicia la estatalización del Derecho. Para de Sousa Santos (2003) el predominio político del orden sobre el caos es atribuido como tarea al Estado moderno, hasta que la ciencia y la tecnología la pudiesen asegurar por sí mismas; de esta forma la ciencia moderna transformada en racionalidad cognitivo-instrumental hegemónica y fuerza productiva fundamental, y el Derecho moderno transformado en Derecho estatal y científico, constituyen las dos caras del mismo proceso histórico.

En términos de Leff (2002: 170) la modernidad se ha fundado en principios de racionalidad económica instrumental que han moldeado las diversas esferas del cuerpo social: los patrones tecnológicos, la organización burocrática y los aparatos ideológicos del Estado. Y desde la perspectiva ecológica se cuestiona los costos socioambientales derivados de una racionalidad productiva fundada en el cálculo económico, en la eficacia de los sistemas de control y predicción, en la uniformación de los comportamientos sociales y en la eficiencia de los medios tecnológicos. La dimensión ambiental plantea la necesidad de reinventar la democracia, redefinir el Estado, incorporar normas ecológicas al proceso económico, producir nuevas técnicas para controlar los efectos contaminantes y disolver las externalidades socioambientales generadas por la acumulación de capital.

El discurso ambientalista además abre perspectivas de sostenibilidad para el desarrollo, y asume que las contradicciones entre la lógica del capital, los procesos ecológicos y los sistemas vivos no resultan de la oposición de dos lógicas abstractas contrapuestas, en este sentido, fundamenta que la solución no consiste en subsumir el comportamiento económico en la lógica de lo vivo o en internalizar –como un conjunto de normas– las condiciones de sustentabilidad ecológica en la dinámica del capital. Las contradicciones entre la racionalidad ecológica y la racionalidad capitalista se dan a través de una confrontación de diversos valores y potenciales arraigados en esferas institucionales y en paradigmas de conocimiento, a través de procesos de legitimación, que enfrentan a diferentes clases, grupos y actores sociales, es decir, en un entorno de relaciones de poder.

El discurso leffsiano, más allá de la posible ecologización del orden social, la resolución de la problemática ambiental y la construcción de una *racionalidad ambiental* que oriente la transición hacia un desarrollo sustentable, plantea: la movilización de un conjunto de procesos sociales; la formación de una conciencia ecológica; la planificación trans-sectorial de la administración pública y la participación de la sociedad en la gestión de los recursos ambientales; la reorganización interdisciplinaria del saber, tanto en la producción como en la aplicación de conocimientos. La posible deconstrucción de la racionalidad capitalista y la construcción de una racionalidad ambiental pasan por la confrontación de intereses opuestos y por la concertación de objetivos comunes de diversos actores sociales. Toda racionalidad articula un sistema de teorías y conceptos, de normas jurídicas e instrumentos técnicos, de significaciones y valores culturales que no escapan a la disputa política.

Racionalidad ambiental

La categoría racionalidad ambiental integra los principios éticos, las bases materiales, los instrumentos técnicos y jurídicos y las acciones orientadas hacia la gestión democrática y sustentable del desarrollo. En este sentido, sustenta Leff (2002) la categoría racionalidad ambiental funciona como un concepto heurístico que orienta y promueve la praxeología del ambientalismo. Se construye y concreta en una interrelación permanente entre teoría y praxis. La cuestión ambiental incluida su problemática gno-seológica,¹² surge en el terreno práctico de la problemática social generalizada que orienta el saber y la investigación, hacia el campo estratégico del poder y de la acción política.

La racionalidad ambiental se contrapone a la racionalidad capitalista. La racionalidad capitalista ha estado más asociada a la racionalidad cien-

tífica y tecnológica en función de incrementar la capacidad de certidumbre, de predicción y control sobre la realidad, asegurando una eficacia creciente entre medios y fines. El saber ambiental cuestiona la racionalidad científica como instrumento de dominación de la naturaleza y su pretensión de disolver las externalidades del sistema a través de una gestión racional del proceso de desarrollo (Leff, 2002:172). Esto es precisamente lo que se debe resolver a partir del nuevo marco normativo, institucional y de políticas ambientales públicas que vislumbra –como en el caso ecuatoriano– la Constitución del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional. Si no se operacionalizan los preceptos constitucionales, está en riesgo el modelo político de Estado erigido sobre bases neoconstitucionales.

Ecológica: ciencia y conciencia ambiental

La historia de la humanidad registra que la sedentarización y crecimiento poblacional impulsaron un mayor uso de recursos naturales y a la vez el desarrollo de la agricultura. La sedentarización incrementa la deforestación en función de obtener grandes cantidades de tierra cultivable y madera para ser usada como combustible y en la construcción. Con el desarrollo industrial la demanda de energía crece y se aprovecha en gran escala además de la madera, otras fuentes energéticas como los hidrocarburos y la electricidad.

Entre otros factores, las nuevas tecnologías empiezan a causar daño al ambiente y dichos impactos negativos constituyen el signo caracterizador de la sociedad industrial. Hacia la década de los años sesenta es visible una especie de pánico generado por el temor a que la humanidad se enfrente a una profunda crisis debido a la sobreexplotación de recursos no renovables –que podían llegar a escasear hasta el punto de poner en peligro el modelo de desarrollo vigente–, más que a la contaminación del ambiente.

En 1962 la publicación del libro “Silent Spring” de Rachel Carson, puede considerarse el acontecimiento que más contribuye al desencadenamiento de la dialéctica contemporánea entre desarrollo económico y medio ambiente. El público mundial se plantea por primera vez los peli-

12 Desde esa perspectiva cabe referir lo que sustenta el propio Leff (2002: 360): “Desde la hermenéutica del ser y del saber, la complejidad ambiental cuestiona la búsqueda de la verdad como la identidad entre un saber holístico, y una realidad total. La voluntad que animan el ideal de unidad y totalidad del conocimiento ha encantado a los seres humanos a un mundo homogéneo e instrumental, reprimiendo la productividad de lo heterogéneo, el sentido de la diferencia, la vitalidad del saber, la diversidad de la cultura y la fecundidad del deseo.”

gros de un desarrollo incontrolado, y las compañías, especialmente las grandes empresas químicas, inician una tremenda campaña para tratar de prohibir, primero, y desprestigiar más tarde, la obra de Carson. Los ataques que reciben tanto la autora como su obra pueden compararse con los que sufrieron Charles Darwin y “El origen de las especies” o Galileo Galilei y sus teorías astronómicas. “Silent Spring” implica también un cambio de paradigma, y las fuerzas interesadas en el estatus que se movilizaron para impedirlo (Ricard y Rodríguez-Badal, 1997; Deléage, 1993: 12). De la discusión y el enfrentamiento irracionales en la década de los años sesenta, se pasa al diálogo entre fuerzas que representan intereses aparentemente irreconciliables con la primera crisis energética en los años setenta y que causó un profundo sobresalto empresarial: la energía ya no puede tomarse como un recurso ilimitado, sino que debe considerarse como un recurso escaso a gestionar y conservar.

En 1972, en Estocolmo se lleva a cabo la 1ra. Conferencia del Medio Ambiente, sobrevienen las de Montreal en 1986, Río de Janeiro en 1992¹³, y Johannesburgo 2002, desde entonces el tema ha sido asumido como una categoría política de primer orden; y en los ámbitos regional y nacional crece permanentemente el interés de los gobiernos, universidades, empresas, agencias de asistencia externas, ONG, pueblos indígenas y sociedad civil en general, porque se establezcan normas y políticas socioambientales, medidas eficientes de control del deterioro de la naturaleza, de remediación de áreas afectadas. En general todos los actores bogan por el establecimiento de un nuevo modelo de desarrollo, que sea sustentable.

La degradación ambiental e impactos sociales generan efectos que configuran procesos de carácter irreversible, tales como: las implicaciones

globales por el agotamiento de los recursos naturales no renovables y afectación a la base misma del recurso, cambio climático, lluvia ácida, destrucción de la capa de ozono, efecto invernadero, pérdida de la biodiversidad y el crecimiento demográfico, contaminación de las aguas, desertización y pérdida de suelo cultivable, desechos tóxicos peligrosos, entre otros. Estos aspectos inciden de manera directa en la realidad socioeconómica de los estados y agudizan las difíciles condiciones de vida de su población y en particular de los sectores sociales más desprotegidos.

La explotación minero-energética es determinante en la economía de los países no industrializados, y su mal aprovechamiento contribuye al deterioro ambiental de espacios frágiles, con variación en los índices que demuestran que es en los países pobres donde más se evidencia el deterioro ambiental, el cual es directamente proporcional al grado de pobreza y al mayor o menor proceso extractivo al que estén sometidos. La complejidad ecológica –socioambiental– ha despertado el interés científico y político de los diversos sectores de la sociedad y al margen de que se vislumbren aún incipientemente alternativas reales al problema, también son evidentes importantes cambios culturales a partir de la asunción de la variable socioambiental como elemento fundamental para la configuración de una cultura geocéntrica (Narváez, 2000: 15), como en el caso de Ecuador al haber reconocido a la naturaleza como sujeto de derechos (CRE del 2008, Art. 10).

A partir de esa visión y perspectiva ecológica se plantea que los problemas socioambientales deben ser tratados pensando no sólo en el presente, sino y sobre todo en el futuro. Deléage (1993) enfatiza que: en sociedades en pleno cambio, en las que la expansión industrial saquea ya el medio ambiente en bastantes regiones, los hombres preguntan al mundo y se preguntan a sí mismos acerca de las consecuencias de la explotación de la naturaleza. La conquista colonial del globo se acaba, los medios de observación de los fenómenos naturales se multiplican; pero bajo la hermosa seguridad del progresismo dominante, se manifiestan múltiples inquietudes sobre los efectos destructivos de la industrialización¹⁴.

13 Se registran otros eventos internacionales que han abordado temas trascendentes como la creación de la Comisión Mundial del Medio Ambiente (Brundtland Comisión) debido a que la Primera Ministra de Noruega, Gro Harlem Brundtland, quien presidió dicha comisión y que en 1987 publicó su informe final “Our Common Future”. En dicho informe se promovía el desarrollo sostenible como la única vía realista de satisfacer las necesidades presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

En septiembre 1987 se firmó el Protocolo de Montreal, bajo el auspicio del Programa del Medio Ambiente de las Naciones Unidas, en el que se acordó conseguir que la producción total de CFC de 1989 fuera igual a la de 1986. Sin embargo, nuevos descubrimientos llevaron a la firma de un nuevo acuerdo por el que el uso de CFC en los países industrializados quedaría prohibido a finales de 1999. Los países no industrializados quedarán exentos del acuerdo hasta el año 2010.

14 Tener conciencia ecológica implicaría considerar que: la solución de la crisis ambiental –crisis global y planetaria–, no podrá darse sólo por la vía de una gestión racional de la naturaleza y del

Conforme se ha sustentado en otros estudios, en un mundo desnaturalizado y una naturaleza deshumanizada, es poca la esperanza de lograr un equilibrio en las relaciones de los seres humanos con el medio. No obstante, existen formas de relacionamiento plausibles y viables que deben ser rescatadas desde las prácticas ancestrales de los pueblos originarios, u otras que tienen que ser asumidas por las industrias a partir no sólo de los avances del desarrollo científico-tecnológico. En todo caso, el crecimiento económico o el desarrollo de una sociedad están condicionados por procesos que van más allá de aquellos referentes ambientales u otros de carácter ideológico o político.

Estas premisas permiten aseverar que “crecimiento no es sinónimo de desarrollo”, y mucho menos de “desarrollo humano sostenible”, este último, desde el objeto de interés del presente documento y concretamente en el caso ecuatoriano, respecto al sector energético, exige repensar el proceso petrolero a fin de fortalecer la categoría “desarrollo autosostenible” en cuanto sugiere objetivos nacionales y empresariales que sean socialmente justos, económicamente viables y ecológicamente adecuados (Narváez, 2000, 2011). Si bien la propuesta es sectorial, alude a la necesidad de la toma de conciencia ecológica en esa área, pero que repercute a nivel de toda la sociedad.

El pensamiento ambiental

La historia registra que siempre hubo correlación entre los límites ecológicos y el destino de las civilizaciones, y ello es evidente a partir del estudio de las causas de su declive y que puede atribuirse al agotamiento de algunas formas de explotación de la naturaleza. Para Deléage (1993: 288) hasta

riesgo del cambio global. La crisis ambiental nos lleva a interrogar al conocimiento del mundo, a cuestionar el proyecto epistemológico que ha buscado la unidad, la uniformidad y la homogeneidad del pensamiento y la realidad; al proyecto de unificación a través de la idea absoluta y de la razón totalizadora; al tránsito hacia un “desarrollo sostenible”, negando el límite, el tiempo y la historia. La crisis ambiental replantea la pregunta sobre la naturaleza de la naturaleza y el ser en el mundo, desde la flecha del tiempo (la entropía) como condición de la vida, desde la finitud de la existencia que constituye el orden simbólico, del poder y del saber; desde la diferencia, la diversidad, la otredad que abren el cauce de la historia (Leff, 2002: 356).

la industrialización de Europa que se inicia a finales de la época medieval, la relación de la ecósfera se veía como un intercambio con las fuerzas naturales, a menudo sacralizadas en un determinado número de mitos o de cosmologías religiosas, y no como una transformación de la naturaleza, menos aún como una transformación de la “naturaleza” humana, que era considerada también como parte de la naturaleza cósmica.

Con el advenimiento del capitalismo industrial en el siglo XVI y su extraordinaria expansión desde el siglo XIX en adelante, se ha llevado a cabo una verdadera representación colectiva de la naturaleza. El principio de la solidaridad entre humanos y el universo físico ha sido reemplazado por el dominio de la naturaleza por los humanos (...). Después del siglo XVI es cuando la visión prometeica de la sumisión de la naturaleza al ser humano se convierte en hegemónica en la cultura occidental. Para Deléage, entre 1500 y 1800, el precepto del Génesis (I,28): “Llenad la tierra y sometedla” se convierte, bajo la influencia acumulada de la Reforma y de la Contra-Reforma, y bajo el cientifismo de los siglos XVIII y XIX, en uno de los axiomas fundadores de esta cultura y, con él, se inicia de forma duradera el antropocentrismo absoluto¹⁵.

Martín Mateo (1977), informa que el movimiento ecológico tiene un cierto precedente en las corrientes intelectuales particularmente del siglo XIX, en buena medida alimentadas por las obras de Rousseau, que dieron lugar a las aspiraciones de Novalis, Chateaubriand y Ruskin, propugnadoras de la vuelta a la naturaleza, que reaccionaban contra los primeros avances de la civilización industrial¹⁶. En otras corrientes –afirma– subyacen

15 “El hombre, si buscamos las causas finales, puede ser considerado como el centro del mundo”, proclama en el siglo XVI Francis Bacon. “Hay que hacer vomitar a la naturaleza sus secretos es la consigna de la época”. El hombre tiene desde entonces autoridad absoluta sobre la ecósfera, la naturaleza es objeto de celebración, pero únicamente como espacio de placer, ensueño, nostalgia, espacio humanizado (Thomas, 1985, en Deléage, 1993: 290).

Evocando “la gran acción civilizadora del capital”, Karl Marx expresa en términos positivos la desvalorización cultural e ideológica de la naturaleza, que en todas partes ha legitimado los procesos de industrialización desde hace tres siglos: “(El capital) se eleva a un nivel social tal que todas las sociedades anteriores parecen desarrollos puramente locales de la humanidad y como una idolatría de la naturaleza, la naturaleza se convierte ahora en un objeto para el hombre, en una cosa útil.” (Marx, 1967, en Deléage, 1993: 291).

16 Este componente anti industrialista se va a mantener hasta nuestros días animando las reacciones de los defensores del medio ambiente, sobre bases emotivas que oscuramente envuelven una nostalgia secular, bucólica y agrarista, que pretenden dar marcha atrás en el curso de la historia,

proposiciones éticas que pretenden la culminación y complitud del hombre mediante su comunión con la naturaleza a la que se enseña a admirar y respetar¹⁷. Desde un ángulo más científico constan los movimientos conservacionistas del siglo XIX que impulsados por la obra de investigadores modernos como Darwin animaron la creación de sociedades científicas¹⁸.

A partir de estos referentes de carácter histórico se colige que hacia esa etapa de la historia, era evidente una conciencia ambiental aunque incipiente, pero que fue moldeada vertiginosamente con la modernidad y desarrollo industrial, cuya base filosófica y político-económica, asumía que los recursos de la naturaleza eran infinitos y podían ser explotados sin límites dentro de la lógica y racionalidad liberal capitalista.

Hacia la década de los años setenta Martín Mateo (1977: 15), vislumbra que en los países industrializados y no, ya existe un clima de opinión generalizado en torno a los problemas del medio que va más allá de las ilusiones naturistas o demandas colectivas de mejoras sanitarias. Puede afirmarse —dice el autor— que ha surgido o está surgiendo una indudable conciencia ecológica que ha impulsado por doquier reformas institucionales sobre la materia¹⁹.

En forma generalizada se acepta que el pensamiento ambientalista moderno tuvo su génesis a finales del siglo XIX tanto en Europa como en

Estados Unidos, en este país aparecieron los primeros grupos para la conservación, entre otros: la Sociedad Nacional Audubon, la Federación Nacional de la Fauna Silvestre, hasta que John Muir fundó el Sierra Club en California en 1882. Se creó el sistema de parques nacionales y prácticamente la conciencia ambientalista construyó un espacio en movimiento (Nebel y Wright, 1999: 6)

Pasada la Primera Guerra Mundial, debido al desarrollo científico tecnológico se empezó a utilizar en la agricultura fertilizantes y pesticidas en forma intensiva; la irrigación de los desiertos cambió la productividad agrícola. Las tierras baldías, las áreas abiertas de pastizales se fueron convirtiendo en plantaciones de cereales. Se empezó a controlar el brote de enfermedades contagiosas, se inventaron los plásticos que reemplazaron a las materias naturales para muchos fines y las máquinas enormes sustituyeron a los animales de tiro y a los arados.

La primera ética de la conservación dio paso a las audacias tecnológicas y las disciplinas relacionadas con la ingeniería (Nebel y Wright, 1999: 6). Sin embargo, en Estados Unidos el desarrollo tecnológico terminó provocando una crisis ambiental y sólo durante la Gran Depresión (1930-1936), la conservación se puso súbitamente de moda otra vez. Lamentablemente la Segunda Guerra Mundial no permitió afinar los retoños de la ética de la conservación. Los países en guerra tuvieron que consumir sus riquezas, en vez de conservarlas para las generaciones futuras. Emplearon en el esfuerzo bélico combustibles, metales y otros recursos naturales, cuya extracción e industrialización incrementaban los impactos ambientales.

Con los años cincuenta y sesenta sobrevino un optimismo general debido a que se iba a aprovechar la enorme capacidad productiva, los inventos y descubrimientos —de la ciencia de los cohetes a las computadoras, de los pesticidas a los antibióticos. Según los autores citados, salvo por la guerra fría y las preocupaciones por la energía atómica, parecía como si en el futuro sólo habría oportunidades y prosperidad.

Lo sorprendente fue que con la expansión económica y el desarrollo industrial, también llegaron los problemas: el aire de las ciudades se enrarecía e irritaba los ojos, las vías respiratorias. En Estados Unidos, por ejemplo, en St. Louis y Pittsburg, el alumbrado público permanecía

17 El culto a la naturaleza tiene entonces un carácter pedagógico y moralizador, aprovechándose a la par los contactos para fomentar experiencias de vida colectiva y estimular tendencias solidarias, fuera del ámbito de las ciudades, con ocasión de desplazamientos y visitas a parajes todavía conservados en sus condiciones primitivas. Martín Mateo (1977: 13), insiste en que estas tendencias aparecen en movimientos como el de los Krausistas españoles y la Institución Libre de Enseñanza y en otras de inspiración socialista y también los impulsos aristocráticos de cuño paternalista y filantrópico, que dieron lugar a la creación de sociedades de protección de animales y plantas; este hecho de alguna forma también ha sido asumido por la actual conciencia ecológica.

18 Como la Sociedad Zoológica Londinense, que data de 1830, o de la Sociedad para Protección de las Aves, también inglesa, de 1889. En 1904 surgió el Comité para la Vegetación Británica que dio lugar en 1913 a la Sociedad de Ecología Inglesa (Nicholson, 1970 citado en Martín Mateo, 1977: 13).

19 El fenómeno social que aquí detectamos es rigurosamente contemporáneo y quizá su materialización se haya producido en la última década, aunque a partir de los años cincuenta empiezan a aflorar las primeras intervenciones administrativas de este cuño. En todas las naciones aparecen además movimientos y asociaciones orientados hacia la defensa del medio y la lucha contra la contaminación. Hace particular referencia a que quizá la más importante de esas organizaciones sea, por su destacada actividad, la Sociedad Americana Sierra Club, creada en 1892.

encendido durante todo el día a causa del humo de las industrias que quemaban carbón, en invierno, incluso la nieve que acabada de caer se ponía rápidamente gris por el hollín de las chimeneas domésticas, ríos y playas se ensuciaban cada vez más con las aguas residuales, la basura y los desechos químicos. Los efectos de la contaminación del aire, suelo y agua afectaban a todos los sistemas vivos: declinaron en forma notable las poblaciones de aves (debido a que acumulaban el pesticida duradero DDT, que se lo venía usando en grandes cantidades desde 1942, así como especies marinas y mamíferos (Nebel y Wright, 1999: 7).

En 1962, la bióloga Rachel Carson denunció la contaminación del ambiente con DDT y otros pesticidas en su obra la “Primavera silenciosa”, lo que provocó la formación de varios organismos que demandaron un medio limpio. Fue el comienzo del movimiento ambientalista contemporáneo. Este a su vez aunó esfuerzos con los grupos conservacionistas y conjuntamente iniciaron una serie de actividades tendientes a la protección a áreas naturales para la preservación de la fauna silvestre y hábitats sin contaminación. Entre los nuevos grupos constaron: el Fondo para la Defensa del Ambiente, el Consejo para la Defensa de los Recursos Naturales, Greenpeace y Población de Crecimiento Cero.

A nivel Gubernamental en los Estados Unidos el Congreso estableció en 1970 la Environmental Protección Agency (EPA) y aprobó numerosas leyes de control de la contaminación y protección de la fauna silvestre: Ley de Especies en Peligro de Extinción (1973), Ley de Protección de los Mamíferos Marinos (1972), Ley de Aire Limpio (1970), Ley de Aguas Limpias (1972), etc. Todo esto ha significado que la industria en ese país, haya gastado cientos de miles de millones de dólares tanto en la instalación de dispositivos de control de la contaminación como en el rediseño de procesos y productos que generen menos contaminantes. Los nuevos ambientalistas conforman además un amplio universo de técnicos y científicos, empresarios, religiosos, líderes sociales y políticos, por ejemplo y en gran parte coinciden en impulsar el credo ambiental desde la perspectiva del desarrollo sustentable (sostenible)²⁰ establecido como objetivo planetario, a partir de la Cumbre de Río en 1992.

20 La noción desarrollo sustentable será tratada ampliamente en un solo acápite, por lo que

Desde una perspectiva más histórica, Paul Deléage (1993: 301 y ss.) expresa: que con la industrialización masiva se ha franqueado un umbral en las relaciones entre los humanos y la biosfera. Que la contaminación y la degradación del medio ambiente se han convertido en un verdadero fenómeno de civilización, adquirido en el siglo XX, y más particularmente después de la Segunda Guerra Mundial con dimensiones planetarias. Nuestra generación, dice el autor, es la primera en haber vivido bajo la amenaza de una catástrofe nuclear y ecológica global. “Las antiguas civilizaciones morían sin que la especie fuera amenazada...”. Para Donald Worster, citado en Deléage (1993), la “era de la ecología” se inició el día de la explosión de la primera bomba atómica. Sin embargo, al extenderse a todo el planeta, la civilización industrial se ha dotado, por una astucia de la razón, de los medios de diagnóstico de su propia desaparición: satélites de observación, base de datos, técnicas de cálculo, etc. Así, la ecología actualmente puede transformar las intuiciones de los primeros teóricos de la biosfera en hechos científicamente establecidos. Para Deléage (1993: 303), las dimensiones globales de la crisis, lejos de anular las diferencias y las separaciones entre sociedades y grupos humanos, las agravan y exacerban. Tanto en el este como en el oeste, como entre el norte y el sur. En particular, en el tercer mundo la crisis ecológica y social reviste los aspectos más alarmantes, porque se acumulan las rupturas de la edad preindustrial a las de la era industrial.

Haciendo una aproximación a la génesis del pensamiento ambiental latinoamericano, varios autores coinciden en reconocer que en el continente se observa un notable retraso –en relación a los países industrializados– en el desarrollo de un estilo de pensamiento que recurra a la Ecología como arma crítica y analítica. Evidentemente visto dicho retraso desde la perspectiva de la modernización, vía industrialización, que es la que aceleró la contaminación ambiental en esos espacios, y por ende también anticiparon la emersión y adopción de una conciencia ecológica

únicamente dejamos enunciado el concepto básico referido por Ramírez Batidas (1998: 51) “Se entiende por desarrollo sustentable el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de los recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.”

que aún se perfecciona. Según Mires (1990: 77), el pensamiento ambiental latinoamericano existe desde mucho tiempo atrás con raíces en las culturas ancestrales, ahora se imbrica con el nuevo ambientalismo sin atender a la naturaleza específica de cada uno²¹.

Este hecho entraña la necesidad de enfocar el análisis a partir de la confrontación de las tesis de la economía política, con la economía ecológica y la ecología política.

La ecología política tiene una carga valorativa propia aunque puede incorporar perfectamente los componentes axiológicos que han impulsado las principales líneas de desarrollo sociopolítico seguidas por la humanidad. Determinados postulados éticos como el de la igualdad o el de la equidad no sólo son perfectamente asimilados por este tipo de políticas, sino que precisamente, sería imposible sin su práctica realización establecer en términos trascendentales una estrategia de acción política ecológicamente aceptable (Martín Mateo, 1977: 52).

Mitchell (1999: 33) asume que el concepto de “ecología política” ha sido desarrollado con el fin de comprender el origen de las políticas, las condiciones y ramificaciones del cambio ambiental, especialmente en el tercer mundo. La ecología política obliga a los analistas a ir más allá de las atribuciones de un sistema biofísico o natural, para buscar y entender todas las relaciones causa-efecto a la hora de preparar estrategias o planes; para el efecto establece tres términos a los que hay que considerar:

- Origen de las políticas: Pueden surgir de las políticas de Estado, de las relaciones entre los estados o del capitalismo global. Por ello hay que hacer hincapié –afirma el autor–, en la creciente importancia que pue-

21 Miradas las cosas un tanto más profundamente, podríamos decir que la principal diferencia consiste en que en los países europeos (desarrollados en general) la conciencia ecológica ha alcanzado un notable grado de expresión política, mientras que en América Latina todavía se mantiene oculta, o habitando solamente los terrenos culturales; esperando su acceso a lo político. Estos grupos o sectores son las propias víctimas de los procesos de modernización; sobre todo, campesinos e indios (Mires, 1990: 77).

Mires, va más allá de la defensa de la cultura ambiental asumida por los sectores indígenas, y desarrolla una tesis de carácter económico y político, para explicar su posicionamiento frente al ambientalismo moderno.

den tener las fuerzas nacionales e internacionales en los temas relacionados con el medio ambiente.

- Condiciones: se refiere a la dificultad de acceso a los recursos, haciendo énfasis en la localización de luchas o conflictos específicos. Así, ciertos grupos con relativo poco poder pueden rechazar la protección del medio ambiente alegando problemas de subsistencia. El conocimiento de tales condiciones requiere un análisis histórico y actual de la dinámica de los conflictos.
- Ramificaciones: Tiene relación a las consecuencias de un cambio ambiental, con particular atención al impacto socioeconómico y a los procesos políticos. El concepto de políticas de Estado sirve para ilustrar de que manera la estructura de la política ecológica sirve para ampliar la perspectiva del analista en cuanto a los cambios ambientales. Las políticas de Estado se centran en las interacciones entre la población y el medio ambiente y son de gran ayuda para establecer las prioridades y las prácticas del Estado y para estructurar el debate sobre el cambio ambiental. Para Mitchell (1999) es importante conocer los orígenes, los contenidos, la implementación y el impacto de dichas políticas; e insiste en que las políticas surgen como consecuencia de la interacción entre grupos de interés tales como: agencias de gobierno, compañías nacionales y multinacionales, organizaciones no-gubernamentales. Pudiéndose agregar: comunidades, pueblos indios, u otros grupos humanos con incidencia en el diseño de políticas públicas para mitigar, controlar o prevenir eviten la degradación ambiental.

Respecto a la existencia o inexistencia de un pensamiento ambiental regional, Mires parte de la premisa que campesinos e indios no se sienten históricamente interpretados por la ideología del progreso y del crecimiento, o el tipo de relación de nuestros países con el mercado mundial. Más aún, cuando históricamente han demostrado con sus rebeliones indígenas y campesinas, la defensa de su cultura, de su tradición y su economía. Y ahí se expresa su conciencia ecológica, que es holística y no contradice la conciencia ambiental moderna. Esta constatación implica desechar la hipótesis de la “conciencia ecológica exterior”, proveniente de vanguardias lúcidas para salvar a la clase que por sí sola no era capaz de desa-

rollar una conciencia –“revolucionaria”– ecológica, la que les debe ser llevada “desde afuera” por los ecologistas²².

Actualmente en América Latina existe un pensamiento ambiental estructurado desde lo institucional y no institucional y al margen de las coincidencias conceptuales entre los dos sectores, si son visibles las diferencias políticas cuando de por medio existe el escenario ambiental agravado por la polarización: (Norte-Sur), (pobreza-riqueza), (responsables de la contaminación y víctimas de la catástrofe ecológica). En consecuencia, es en esta puja política donde se establecen las diferencias y se definen los objetivos y estrategias ambientales de los diversos actores involucrados en esta dinámica y compleja interrelación que vive el continente y cada uno de sus países, en materia ambiental.

El pensamiento ambiental latinoamericano ha evolucionado política y jurídicamente, al igual que las instituciones para la gestión. La región dispone de herramientas coercitivas que emanan de las constituciones de los estados; donde la intencionalidad más relevante no radica en sólo conservar el patrimonio ecológico, sino y sobre todo, en una serie de propuestas de cambios y transformaciones. Y el problema de fondo está en que al margen de las innovaciones constitucionales y legales, la realidad es diferente, se vive, se reproduce y se porta un modelo de desarrollo y estilo de vida impregnados de la lógica y racionalidad capitalista hegemónica que direcciona un proceso económico y político que excluye o no incluye adecuadamente la dimensión ambiental.

22 Mires (1990: 78) concluye afirmando que el auge de la ecología como ciencia en las universidades e institutos, tendrá una gravitación política grande también en América Latina, y como un derivado de esa gravitación los sectores sociales y culturales que viven una relación de intenso intercambio con la naturaleza, van a encontrar una coyuntura mucho más propicia para hacer presente su interés al nivel de la política en donde, a su vez, podrán ampliar, mediante verdaderas relaciones de intercambio, su conciencia ecológica. *Pero sólo será posible a partir de una conciencia que ya exista.* No serán los ecologistas quienes creen esa conciencia; ellos a lo más, pueden colaborar con su expansión. Pero, a su vez, ellos también tendrán que aprender de la conciencia ecológica de aquellos seres humanos para los cuales la naturaleza no es un simple concepto.

Ciertamente esta presunción en varios países latinoamericanos ya es una realidad, en la propuesta política de los pueblos indios está inmersa la propuesta ambiental, dentro de una estrategia global y transversal, precisamente porque la dimensión cultural es la base de su identidad política proyectada a nivel societal.

En todo caso, el marco normativo ecuatoriano en clave neoconstitucional está conformado por una Constitución garantista que contiene reglas y principios que tutelan los derechos fundamentales, los de la naturaleza, el *Sumak kawsay* y la plurinacionalidad. Depende entonces de la materialización de la Constitución para hacer efectiva la normativa ambiental, y la manera de hacerlo es planteando demandas legales y que los jueces dicten sentencias. Si no hay sentencias no se reivindican los derechos y la Constitución no se torna material, en consecuencia seguiría siendo formal y como tal susceptible de no ser respaldada ni defendida.

Gobernanza ambiental y gobernanza inclusiva

Gobernanza

Fontaine (2010: 87) refiere la teoría de que la acción pública constituye el núcleo de la gobernanza; y previo al detalle del itinerario del concepto en su dimensión política, económica y estratégica, enfatiza, que al momento la gobernanza desde la perspectiva anglosajona “(..) en tanto estructura o modelo que resulta de los esfuerzos de intervención de todos los actores (sociales, políticos y económicos) en la actividad de gobernar (o el Gobierno) define las reglas del juego. Es decir: constituye un instrumento analítico para entender como funciona un sistema social o político”.

Es reflexiva, puesto que cada modelo de gobierno es el fruto de las interacciones sociales y el medio gracias al cual los actores pueden interpretar este modelo. En efecto, si la gobernanza afectada por la gobernabilidad y la relación de fuerza entre los actores, esta última a la vez está afectada por cualquier cambio en el sistema y las reglas del juego institucional. En este sentido la gobernanza puede coadyuvar a la democratización o al autoritarismo, bien sea al abrir el sistema electoral a los outsiders, marcando la separación estricta entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, y facilitando la rendición de cuentas horizontal, bien sea al cerrar el sistema electoral, concentrando los poderes y reduciendo los mecanismos de rendición de cuentas (Fontaine, 2010: 89).

Desde la retrospectiva teórica del autor: en la literatura hispanohablante de los años noventa el concepto de gobernabilidad se usaba comúnmente como sinónimo de gobernanza, gobierno o aún gobernación, más aún, la gobernanza designaba las condiciones financieras, sociales y administrativas necesarias a la instrumentalización y la aplicación de decisiones políticas, así como al ejercicio de la autoridad, en analogía con la gobernabilidad, que designaba hasta ese entonces las condiciones políticas para la mediación de intereses y el apoyo político para gobernar. En el fondo este enfoque permite observar que la diversa literatura imponía una visión institucionalista de los problemas sociales, al reducir la “crisis de gobernabilidad” a meros problemas de fragmentación de los partidos político, a la división de los poderes y de limitaciones del presidencialismo (Fontaine, 2010: 90).

Otra aproximación a la gobernanza referida por Fontaine, es que a partir de su redescubrimiento por parte de la Real Academia Española, queda establecida como la “acción y efecto de gobernar o gobernarse” cuyo significado greco-latino fue enriquecido con el aporte de la economía política anglosajona, para luego designarse como “(el) arte o (la) manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e instrumental duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”. El aspecto relevante de la síntesis está en rescatar lo que el propio Fontaine (2010: 91) corrobora a partir de otras fuentes:

Más allá de estas consideraciones temáticas, la gobernanza es en sí el objeto de un debate teórico en el cual se refleja la diversidad de tradiciones y de corrientes en ciencias sociales. Un primer tipo de análisis se preocupa por los cambios que afectan a la relación entre el Estado y la sociedad, en el contexto de la democracia. Entre estos últimos, un primer enfoque deriva de la concepción de la acción pública en términos de orden y poder (Huntington, 1990). Define la gobernanza como el grado hasta el cual un sistema se institucionaliza, es decir, sigue un proceso por el cual las organizaciones y los procedimientos adquieren valor y estabilidad (Coppedge, 2001). Esta aproximación considera que la gobernanza y la democracia se fundamentan en principios distintos: mientras que la democracia implicaría una representación de los grupos en proporción con su número de

integrantes o simpatizantes, la gobernanza implicaría una representación efectiva de estos grupos, en función de su poder. A lo mejor la democracia no sería sino una forma particular de gobernanza (Coppedge, 1996).

Siguiendo a Guillaume Fontaine, la gobernanza “ejecutiva” democrática significaría que las autoridades civiles electas controlan la burocracia y las fuerzas armadas, mientras que la gobernanza “legislativa” democrática requeriría un Parlamento fuerte, y la gobernanza “social” democrática implicaría el respeto a la ley, a la legitimidad de las reglas del juego. En este enfoque quizá cabría darle importancia a la gobernanza jurisdiccional, considerando que en el caso de Ecuador por ejemplo, a partir de la vigencia del Estado constitucional de derechos, plurinacional, en el que rige una Constitución garantista, normativa y rígida (clave neoconstitucional) el poder de los jueces es real, y es evidente una democracia jurídica que rompe con la tradicional democracia electoral típica del Estado de derecho o *ancien régime* partidocrático de raigambre liberal. Se aduce inclusive que los jueces constitucionales son los que finalmente resuelven los casos más importantes del país.

Conforme a Fontaine, un segundo enfoque asume que la evolución del papel del Estado —en el ámbito de la salud, la educación, el transporte, la protección del medio ambiente, etc.— está vinculado con la evolución de sus relaciones con una sociedad cada vez más compleja, dinámica y diversa (Kooiman, 1993b en Fontaine, 2010). Esta es una teoría que se pretende dinámica e interactiva y parte por comprender la diversidad de situaciones, problemas y actores y acude a la noción de equilibrio de manera sistemática y distingue varios niveles de gobernabilidad y gobernanza. Coincidiendo con Fontaine: la problemática principal que aborda es saber en qué medida un sistema de gobernanza puede crear y preservar las condiciones en las cuales los actores pueden enfrentar una gran variedad de potenciales soluciones.

En una perspectiva complementaria, aunque menos influenciada por las teorías sistémicas, algunos autores se interesan al “equilibrio dinámico” entre el nivel de las demandas provenientes de la sociedad, y la capacidad del sistema institucional de tratarlas de manera legítima y eficaz (Camou,

2001a). Este nivel depende, por un lado, de la percepción, de los valores y de las creencias de la sociedad, en una situación sociopolítica concreta, y por el otro, de la capacidad de presión sobre el gobierno y del grado de organización de la sociedad civil y de los actores políticos (Fontaine, 2010: 91-92).

Por requerimiento de la presente investigación cabe observar, que el formato teórico anteriormente aludido no empata en jurisdicciones socio-políticas en transición sujetas a experimentalismo político o con un modelo político de Estado constitucional de derechos, plurinacional (en clave neoconstitucional), debido a que la tendencia a la subsunción del Estado en lo colectivo es más radical respecto al reconocimiento de la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones trascendentales para el país (vía democracia directa en la mayoría de casos). No obstante, como lo sustenta Fontaine, cuando se multiplican las “anomalías” en el ámbito económico, social o político, estos conflictos suelen convertirse en crisis, cuya solución implica un cambio en las relaciones entre el Estado y la sociedad. Frente a situaciones complejas el desenlace es de ruptura y traumático, es decir, se da la “crisis de gobernabilidad” debido a la incapacidad del régimen para dar respuesta a demandas sociales postergadas, conforme aconteció en Ecuador entre 1997 y el 2004 con la caída de tres gobiernos elegidos en las urnas.

Esta es una experiencia en una sociedad pobre y subdesarrollada, donde la gobernanza debería ser analizada en función del rendimiento y de los resultados del sistema político para lograr objetivos comunes desde el punto de vista social, considerando que el funcionamiento del sistema político obedece a dos prioridades: a la capacidad de recibir y atender las demandas sociales, y a la capacidad de asumir los conflictos y tratarlos para encontrar una solución por consenso o mayoría.

Si la unidad de análisis sigue siendo el sistema político –que incluye el régimen político, los factores sociales, la cultura política y el entorno internacional– la calidad de la gobernanza pasa a ser la eficacia, la legitimidad y la sustentabilidad. La prioridad de la gobernanza es la modernización social mediante la organización estatal: y los elementos críticos del sistema político son aquellos que interactúan con el sistema económico.

Por lo tanto, la pertinencia del sistema económico depende de sus resultados y de su rendimiento, pero aquella del sistema político depende de los mecanismos de decisión y de realización de un gobierno (Fontaine, 2010: 92-93).

Refiriendo la realidad socio-económico-política histórica, en sociedades como la ecuatoriana, las condiciones para abordar a consensos son escasas o inexistentes, porque priman condiciones objetivas y subjetivas que aproximan más a asimetrías generativas de lucha de clases. Escenario en el cual las asimetrías sociales son abismales y las elites del poder no han gobernado en función de un modelo político que las reduzca, sino que incrementa su capacidad de acumulación y no contradiga la lógica y racionalidad de funcionamiento del capital transnacional e interno. Desde esta perspectiva no es descartada la posibilidad de un régimen político antípoda al democrático liberal, o que se consolide el modelo político de Estado constitucional, plurinacional (en clave neoconstitucional), en la medida en que se profundice la subsunción del Estado en lo colectivo. Esta es la tendencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano en términos ya referidos por Viciano y Martínez (2010), y por Ávila (2011), en gran medida vigente en la región andino-amazónica.

Gobernanza ambiental

La gobernanza ambiental puede fluir a partir de la implementación de un nuevo marco jurídico-institucional y de políticas públicas que respondan a la emergencia en la que se debate la naturaleza, y por la incidencia de nuevos actores no estatales: ONG, movimiento ecologista y otros movimientos sociales que inciden en el escenario político para modificar las complejas relaciones entre los seres humanos y la naturaleza, y además por:

(...) la emergencia de nuevas demandas cada vez más globales, como la protección de espacios naturales, la preservación de recursos naturales no renovables y la lucha contra el cambio climático (Hass et al., 2004 en Fontaine, 2010: 98). Los procesos de conservación e institucionalización

de los arreglos ayudaron a traducir ciertas demandas en políticas públicas (Fontaine, 2010: 98).

La racionalidad ambiental que se impregna en los diferentes instrumentos normativos, políticas y modelos de gestión está presente en la gobernanza, y al margen de que pudiera aparecer funcional a la lógica y racionalidad crematística del modelo de desarrollo, de una u otra forma ha sido asumida en el marco normativo, institucional y de políticas públicas implícitas y explícitas, tratándose de responder a las demandas y prescripciones del desarrollo sustentable conforme a las convenciones internacionales.

Esto implica que los diversos sujetos: Estado, empresas y demás actores involucrados en la preservación del ambiente y gestión en los procesos extracto-productivos deberán acatarlos sin restricción de ninguna naturaleza, en función de una gobernanza ambiental eficaz, y conforme lo sustenta (Graham et al., 2003 en Fontaine, (2010: 100) responde a cinco principios fundamentales: la legitimidad y la representatividad, la orientación o la dirección, la eficacia, la responsabilidad y la equidad. Cada uno de estos principios responderá a criterios de evaluación de la gobernanza ambiental.

En el caso específico ecuatoriano, el desarrollo de estos planteamientos ha sido extremo, y constan desagregados en el Plan Nacional del Buen Vivir, se complementan con los planes sectoriales y se respaldan en los principios constitucionales que tienden a ser asumidos por el ordenamiento legal ordinario. La que no está clara es su operacionalización, toda vez que continúa debilitado el marco normativo, institucional y de políticas públicas y el de cumplimiento oportuno de las obligaciones ambientales que constan en los tratados internacionales vinculantes. Más aún, tienen que responder al carácter garantista de la Constitución de la República y del test supraestatal de derechos fundamentales, que conforme al paradigma neoconstitucional asumido, están por sobre la propia soberanía del Estado y cualquier derecho de carácter patrimonial.

Gobernanza inclusiva

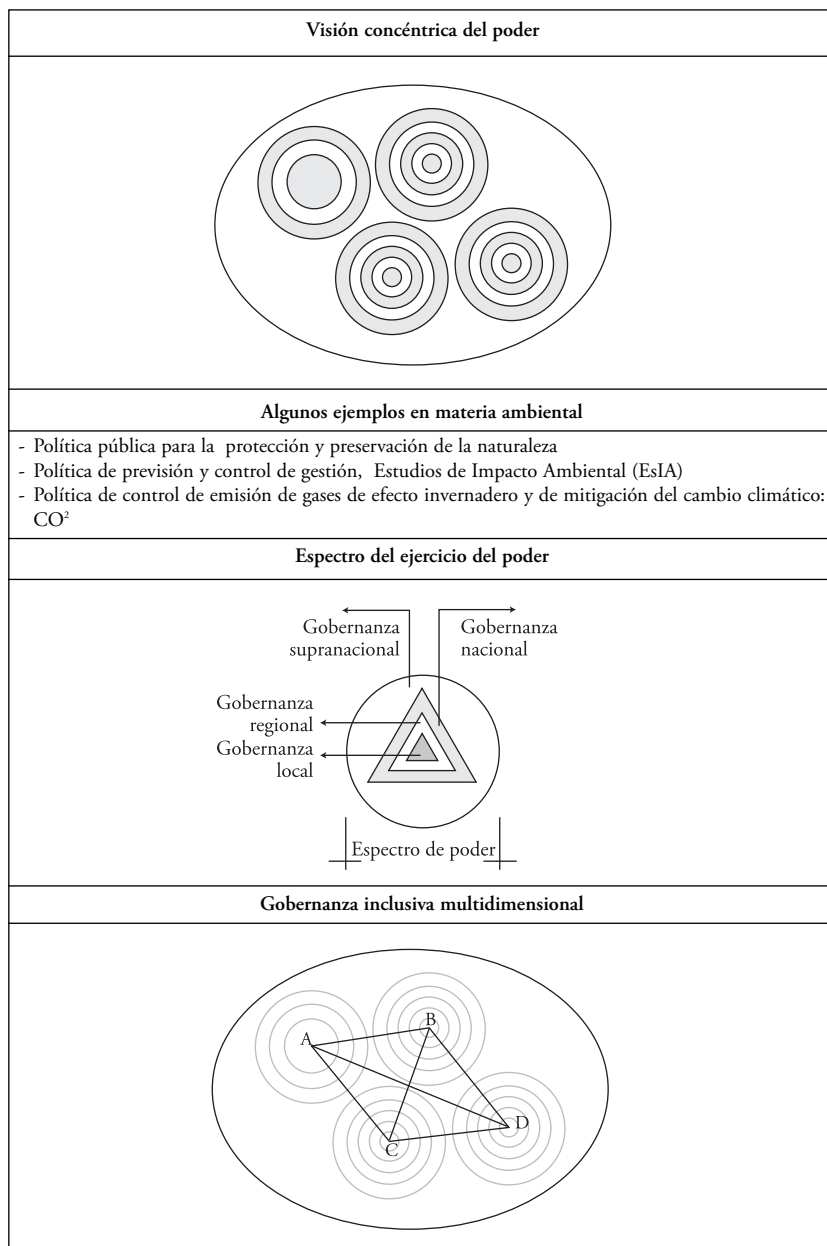
No se registra en la sistematización teórica referida anteriormente, pero se expresa como una dimensión de la democracia sustancial y del modelo garantista propuesto por Ferrajoli (2010). Por ello se trata de posicionarla como un elemento diferenciador que coadyuve a la cabal comprensión e implementación de una política ambiental pública sustentable. Los principios rectores de la gobernanza inclusiva no difieren sustancialmente de los de la gobernanza interactiva ya desarrollada por Fontaine con base en claves deóricas diversas. Lo importante del próximo ejercicio radica en surtir de innovados elementos conceptuales, para la mejor comprensión de los dos elementos que no se contraponen: gobernabilidad, gobernanza, sino que más bien se complementan y explican en el marco de la interdependencia dialéctica que establece la democracia constitucional.

Diferencia entre la gobernabilidad sistémica y la gobernanza inclusiva

Para el efecto se parte del enunciado de seis categorías analíticas: conflicto, democracia, ciudadanía, sociedad civil, identidad-diversidad y gestión de políticas públicas. Las seis categorías implican desafíos para la consecución de la gobernanza inclusiva, a partir de la caracterización de la gobernanza multidimensional o *multi-level Governance*.

Cuadro 1. Gobernanza	
Gobernabilidad sistémica	Gobernanza inclusiva
I Conflicto	
<ul style="list-style-type: none"> - El conflicto para la gobernabilidad es concebido como negativo. - Asume que hay que reprimir, ocultar o posponer el conflicto. - Asume que el derecho ciudadano a manifestarse es nocivo y contrario al respeto de la institucionalidad. - Generalmente degenera en una "solución" mediante el uso de la violencia o la amenaza. - Paradójicamente insiste en una solución sin llegar al uso de la violencia. 	<ul style="list-style-type: none"> - Es concebido como positivo para el cambio y la transformación social. - Es inherente a la sociedad y a la naturaleza humana - Pone énfasis en la negociación y el diálogo para resolver o regularlo. - Visibiliza las causas estructurales del conflicto. - Impulsa mecanismos reivindicatorios no violentos.
II Democracia	
<ul style="list-style-type: none"> - Se sustenta en un enfoque institucional de la democracia. - Pone énfasis en los aspectos formales de la democracia (poliarquía) electoral. - Las instituciones deben ser funcionales al orden y para el sostenimiento (funcionamiento) del sistema. - La eficacia del sistema tiene un costo de oportunidad. 	<ul style="list-style-type: none"> - Hace énfasis en el proceso participativo que demanda la democracia constitucional, - Se interesa por la calidad de las instituciones y el proceso democrático para abordar y solucionar el conflicto. - Tiene énfasis en el fortalecimiento del Estado social y democrático constitucional de derechos. - Es más importante la calidad que la eficacia o funcionalidad del sistema.
III Ciudadanía	
<ul style="list-style-type: none"> - Es formal y pasiva; el ciudadano es objeto, no sujeto. - Ha sido reducida al derecho al sufragio y delegación del poder en sus representantes. - Las demandas se hacen al Estado y éste tiene que resolver por los ciudadanos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Es activa, el ciudadano es sujeto del proceso político y participa en la construcción del destino del país. - El derecho al sufragio es sólo uno de los mecanismos; no el único derecho. - Es vista como necesaria y legítima la participación constante mediante otros mecanismos a nivel local y regional. - La participación ciudadana puede coadyuvar a solucionar problemas en complemento a la acción del Estado.
IV Sociedad civil	
<ul style="list-style-type: none"> - Se invisibiliza hasta que evidencia su adhesión al orden vigente. - Se limita a grupos tradicionales como empresarios y sindicatos y a reivindicaciones económicas. - Sólo los actores "electos" como los decididos por los PP son legítimos en la deliberación de temas de interés nacional. - Se descalifica a la sociedad civil organizada por su condición corporativista.- 	<ul style="list-style-type: none"> - Es necesaria y legítima. Demanda el establecimiento de mecanismos para participar en la formulación de las PP y TdD. - El sistema político tiende a considerar a los actores, y a incluirlos en el diálogo y negociación en temas relevantes para el país. - Reconoce nuevos actores y movimientos sociales con sus reivindicaciones, no sólo tradicionales, sino de tipo emancipatorio (ambientalistas, femi-

	nistas, de preferencia sexual, y de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, etc).
V Identidad-diversidad	
<ul style="list-style-type: none"> - La diferencia (el Otro) se concibe como elemento permisivo para la gobernabilidad. - Se concibe a la sociedad como un ente homogéneo; invisibiliza al Otro en su diversidad, diferencia y singularidad. - Se instaura un discurso dominante de unidad y orden, conforme al "interés nacional". - Fomenta prejuicios, estereotipos xenofóbicos y racistas hacia la "Otridad". 	<ul style="list-style-type: none"> - Se reconoce la diversidad, la interculturalidad y plurinacionalidad (caso Ecuador). - La diversidad es vista como un factor positivo que enriquece la pluralidad de opciones, la convivencia democrática y respeto a las diferencias. - Fomenta la cultura de paz y de respeto a la Otridad. - Se opta por la "inclusión" de Otro.
VI Gestión de políticas públicas	
<ul style="list-style-type: none"> - Se establecen de manera vertical: del Estado hacia la ciudadanía (gobernanza jerárquica). - Tienden a ser homogéneas, sin considerar las diferencias entre grupos diversos o condición social. - O por el contrario son extremadamente focalistas, en función de apagar incendios (medidas coyunturales). 	<ul style="list-style-type: none"> - Se reconoce la participación de la ciudadanía en el diseño de las PP. - Hace énfasis en su diseño del reconocimiento a la diversidad mediante acciones afirmativas y el respeto de las diferencias. - Enfoque de derechos y apoyo a grupos excluidos o de mayor vulnerabilidad (tendencia a impulsar la igualdad entre pueblos iguales).
Tendencias	
<ul style="list-style-type: none"> - Responde a una racionalidad cognitivo - instrumental de raigambre liberal. En general tiende a debilitar las posibilidades, los instrumentos y los mecanismos que permiten una mayor y mejor convivencia. 	<ul style="list-style-type: none"> - Concepción tendiente a fortalecer las posibilidades, los instrumentos y los mecanismos que permiten una mayor y mejor convivencia socio-económico-política y de respeto a la naturaleza.
Seis desafíos	
<ul style="list-style-type: none"> - Las necesidades apremiantes exigen acciones inmediatas: por lo que hay poco margen para los buenos propósitos. - La desigualdad y la "institucionalidad de la desigualdad" conspiran en contra de los cambios y transformaciones. - Las instituciones políticas y sociales están anquilosadas en el modelo anterior del ancien régime partidocrático. - Tendencia a que los actores sociales emergentes (no políticos) se desgasten con facilidad, al asumir otros roles. - La incidencia de los poderes fácticos y del modelo de desarrollo hace que los niveles de asociatividad y participación social sean bajos. - Pragmatismo y presión por el éxito individual. Erosión de las expectativas socio-políticas colectivas. 	



A partir del enfoque de la gobernanza inclusiva y como una aproximación al modelo político de Estado constitucional de derechos (enfoque neoconstitucional), se ha planteado un Plan nacional ambiental con base en los siguientes elementos constitutivos:

Cuadro 2. Políticas y estrategias en el Plan del Buen Vivir

Políticas	Estrategias
1) Articular el acuerdo nacional para la sustentabilidad económica y ambiental.	<ul style="list-style-type: none"> • Incorporar la variable ambiental en el modelo económico y en las finanzas públicas. • Adaptación del sector productivo a las buenas prácticas ambientales. • Implementar mecanismos de extracción/explotación sustentable de recursos naturales renovables y no renovables. • Incentivar actividades productivas rentables debajo impacto ambiental.
2) Usar eficientemente los recursos estratégicos para el desarrollo sustentable: agua, aire, suelo, biodiversidad y patrimonio genético.	<ul style="list-style-type: none"> • Manejar integralmente los ecosistemas. • Conservar y usar sustentablemente el patrimonio natural, basado en la distribución justa y equitativa de sus beneficios. • Implementar la temática ambiental en la Estrategia Nacional Territorial.
3) Gestionar la adaptación al cambio climático para disminuir la vulnerabilidad social, económica y ambiental.	<ul style="list-style-type: none"> • Mitigar los impactos del cambio climático y otros eventos naturales y antrópicos en la población y en los ecosistemas. • Implementar el manejo integral del riesgo para hacer frente a los eventos extremos asociados al cambio climático. • Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en los sectores productivos y sociales.
4) Prevenir y controlar la contaminación ambiental para mejorar la calidad de vida.	<ul style="list-style-type: none"> • Prevención de la contaminación y mitigación de sus efectos, así como reparación del ambiente. • Manejar integralmente los desechos y residuos.
5) Insertar la dimensión social en la temática ambiental para asegurar la participación ciudadana.	<ul style="list-style-type: none"> • Manejar integralmente la conflictividad socioambiental. • Fortalecer capacidades ciudadanas para el manejo sustentable de los recursos naturales. • Reconocer la interculturalidad del Ecuador en su dimensión ambiental.
6) Fortalecer la institucionalidad para asegurar la gestión ambiental.	<ul style="list-style-type: none"> • Actualizar y aplicar de manera efectiva la normativa ambiental. • Implementar una justa y participativa gobernanza ambiental. • Coordinar la cooperación y participar en la dinámica internacional ambiental. • Gestionar la investigación, información, educación, ciencia y tecnología en temas ambientales.

Fuente: Plan del Buen Vivir, (2010); MAE (2009).

Cambio climático

Las cumbres de Naciones Unidas: COP-15 y la de Cancún realizadas en diciembre de 2010, ratifican que el cambio climático global es atribuido directa o indirectamente a las actividades humanas que alteran la composición global atmosférica, agregada a la variabilidad climática natural observada en periodos comparables de tiempo. Como resultado del aumento de concentraciones de gases invernadero: dióxido de carbono, metano, óxidos nitrosos y clorofluorocarbonos, el clima global se verá alterado significativamente, estos gases atrapan una porción creciente de radiación infrarroja terrestre y se calcula que harán aumentar la temperatura planetaria entre 1,5 y 4,5 °C.

Asociados a los cambios que se menciona habrá alteraciones en los ecosistemas globales, por ejemplo, en los rangos de especies arbóreas que podrán variar significativamente como resultado de este cambio climático global. Con respecto al impacto directo sobre seres humanos, se puede incluir la expansión del área de enfermedades infecciosas tropicales, inundaciones de terrenos costeros y ciudades, tormentas más intensas, la extinción de incontables especies de plantas y animales, fracasos en cultivos en áreas vulnerables, aumento de sequías, etc.

El principio fundamental que origina el cambio climático es el efecto invernadero, debido a la acumulación de dióxido de carbono atmosférico que proviene de la quema de combustibles fósiles, la tala de bosques y el desgaste de humus del suelo, además de la presencia de otros gases que de igual manera intervienen en el efecto invernadero.

La acumulación de los gases invernadero influye en la temperatura de la atmósfera y de la superficie terrestre. El dióxido de carbono emite y absorbe radiación a longitudes de onda típicas del planeta y de la atmósfera. Si su concentración aumenta, la atmósfera ofrece mayor resistencia al escape necesario de la radiación hacia el espacio. Puesto que a la radiación solar que llega no le afecta mucho el cambio de concentración de CO₂, la temperatura de la superficie debe aumentar como consecuencia de la mayor resistencia de flujo de regreso. Aunque no es idéntica, la influencia de los otros gases invernadero es similar. La altura de la atmósfera, desde la cual la radiación escapa finalmente, aumenta también un

poco. La superficie terrestre se calentará en forma progresiva en la medida en que aumente el CO₂.

En 1990, un Panel Intergubernamental para el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) reunió opiniones de expertos sobre emisiones futuras, acerca de diversas respuestas que podrían compensar el calentamiento, y también sobre la sensibilidad de la atmósfera a este tipo de aportaciones de energía alterada. Se emplean modelos más elaborados para representar la circulación general de la atmósfera y los océanos, los cuales transportan calor y humedad. El IPCC revisó 22 de estos modelos y concluyó en lo siguiente:

Si se supone que las cosas siguen como están (esto es sin nuevas medidas de control), la temperatura media global del aire en la superficie será alrededor de 1°C más alta para 2025 que en 1990, y 3°C más alta para finales del siglo XXI. Si se introducen de inmediato medidas de control es posible que retarde este calentamiento, pero poco probable que se detenga, porque se necesitarán reducciones de más del 60% aún para mantener las concentraciones en los niveles actuales. El calentamiento puede ser más pronunciado en el sur de Europa y el centro de Norteamérica, acompañado de menor precipitación pluvial en verano y menos humedad en el suelo para los cultivos. Se espera que el nivel mundial del mar se eleve alrededor de 20 cm para el año 2030, y unos 65 cm para finales del siglo XXI. (Las estimaciones más recientes sugieren cifras más reducidas). La temperatura media global del aire en la superficie ha aumentado entre 0,3 y 0,6 °K en el último siglo, y el nivel del mar ha subido de 10 a 20 cm.

Programa del Cambio Climático

Centrado en el calentamiento global, y asumido por el Panel Intergubernamental del Cambio Climático para concluir en la propuesta de un tratado sobre el calentamiento global, el Programa propone estabilizar la concentración de gases invernadero en la atmósfera reduciendo las emisiones de CO₂ en un 80%, de metano en un 15-20 %, de óxido de nitrógeno en un 70-80% y de CFCs y HCFCs en un 70-85%. Los países desa-

rollados tendrán que reducir la quema de combustibles fósiles en un 20% para el 2005, en un 50% para el 2015 y en un 75% para el 2030. Los países en vías de desarrollo deberán estabilizar sus emisiones para el año 2010, no permitiendo que se eleve a más el doble del nivel actual conforme se vayan industrializando.

Todo esto significará que para el año 2050 la emisión de gases invernadero será una cuarta parte de la actual, limitando el índice de calentamiento a 0,1°C por década y llegando a estabilizarse en 2°C por encima de la temperatura actual. Es fundamental como primera medida consumir menos energía a través de la conservación energética y de un uso más eficiente de ella. Se espera que así sea.

En concreto, el cambio climático global es una realidad que aumenta considerablemente y está afectando a todo el planeta, en la actualidad las capacidades autoregulatoras de la atmósfera están siendo llevadas a sus límites y muy próximas a ser sobrepasadas.

La presión poblacional y de desarrollo tomada por los países más ricos del Norte y por otro lado los países pobres del Sur, colocan una presión cada vez mayor sobre los recursos naturales y los sistemas ambientales terrestres. El origen del problema deriva principalmente de las actividades de los países industrializados, aunque son los países pobres quienes mayormente padecen y padecerán las sequías, el ascenso del nivel del mar y otras formas de trastornos serios.

La solución a este tipo de alteraciones climáticas devastadoras no es cuestión de años, ni siquiera de décadas, pero la acción inmediata es no esperar a que los efectos se hagan notorios y claros, pues seguramente en ese momento será muy tarde para actuar buscando soluciones.

Adelgazamiento de la capa de ozono

La comunidad científica internacional reconoce que muy por encima de la superficie terrestre está desapareciendo la frágil capa de ozono, crucial para la vida. No se ve ni se oye esta destrucción, sin embargo, es obra de los seres humanos que al lanzar a la atmósfera productos químicos nocivos han conseguido que esta capa se torne peligrosamente tenue, con

tendencia a agravarse si continúa la descarga y presencia de estos elementos en el aire.

En 1987 los gobiernos de todos los países del mundo acordaron tomar las medidas necesarias para solucionar este grave problema, firmando el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono. El resultado fue un acuerdo mediante el cual se comprometieron los países desarrollados a una acción inmediata, y los subdesarrollados a cumplir el mismo compromiso en un plazo de diez años. Desde entonces se han presentado nuevas pruebas científicas demostrando que la destrucción del ozono está ocurriendo más rápidamente que lo previsto. En 1990 se hicieron enmiendas importantes al Protocolo de Montreal, en Londres, y en 1992 en Copenhague, para acelerar la eliminación de las sustancias destructoras del ozono. Muchos países han reaccionado ante esta amenaza creciente optando por eliminar la producción y consumo de las sustancias destructoras del ozono más rápidamente que lo estipulado por el tratado. Se facilitó un mecanismo financiero para estimular la acción de las naciones en desarrollo. El resultado demuestra que las partes del Protocolo han anticipado la ejecución de las disposiciones del Tratado (Narvaéz Quiñónez, 2004).

¿Qué es la capa de ozono?

La atmósfera terrestre se divide en cuatro capas. La primera capa es la troposfera, que llega hasta 10 km aproximadamente, y es donde se desarrolla la vida; por encima de ésta, encontramos la estratosfera, que se extiende 50 Km desde la anterior, y es la que contiene la capa de ozono, que abarca entre los 19 y 48 Km por encima de la superficie de la Tierra. En ella se producen concentraciones de ozono de hasta 10 partes por millón (ppm). El ozono (O₃) se forma por acción de la luz solar sobre el oxígeno. A nivel del suelo, unas concentraciones tan elevadas son peligrosas para la salud, pero dado que la capa de ozono protege a la vida del planeta de la radiación ultravioleta (UV) cancerígena, su importancia es inestimable. La capa de ozono impide la llegada a la superficie terrestre de rayos solares invisibles pero nocivos, siendo los más peligrosos, los rayos UVB,

que son absorbidos en su totalidad por esta capa antes de alcanzar la superficie de la tierra.

¿Qué es el llamado agujero de ozono y sus efectos?

Se ha demostrado que los Clorofluorocarbonados (CFC) son la principal causa de la destrucción del ozono. Cada primavera austral se abre un “agujero” más grande en la capa de ozono sobre la Antártica, hoy tan extenso como los Estados Unidos y tan profundo como el Monte Everest. Evaluaciones de la capa de ozono en algunos puestos de observación en 1992, demostraron la destrucción total de la capa de ozono entre los 14 y los 20 km de altura. Las observaciones de la destrucción de la capa de ozono en el hemisferio Norte no son menos inquietantes que las de la región antártica. Si bien no hay un “agujero del Ártico”, debido a ciertos factores meteorológicos, en enero de 1993, la cantidad de ozono en todo el hemisferio Norte sobre la franja que va de los 45° a los 65° de latitud norte había disminuido entre el 12% y el 15%.

Se debe decir que no existe en realidad una perforación de la capa de ozono, sino un adelgazamiento de ella, que de todas maneras tiene efectos nocivos, se piensa que de seguir la tasa actual de disminución de la capa de ozono, en corto plazo se habría de presentar graves efectos sobre los seres vivos, pues la exposición a los rayos UV puede causar cáncer de la piel, melanomas raros, malignos y virulentos, cataratas, deformación del cristalino, presbicia y disfunciones del sistema inmunológico, así como, un rendimiento menor de los cultivos y perjuicios en los bosques, y lo más grave, afecta a la vida submarina y provoca daños hasta 20 m de profundidad en aguas claras. Es muy perjudicial para las pequeñas criaturas, al igual que para las plantas acuáticas. Puesto que todos estos organismos forman parte de la cadena alimenticia marina, una disminución de ellos puede provocar la mayor reducción de los peces. Al mismo tiempo, una disminución en el número de las pequeñas criaturas del fitoplancton marino despojaría a los océanos de su potencial como colectores de dióxido de carbono, contribuyendo así al aumento del gas en la atmósfera y al calentamiento global consecuente (Narvaéz Quiñónez, 2004).

¿Quiénes son los culpables del adelgazamiento de la capa de ozono?

Los principales responsables son los Clorofluorocarbonados CFC (compuestos del flúor) y los halones (compuestos con bromo), la mayor parte de los CFC producidos en el mundo se utilizan en refrigeradores, congeladores, acondicionadores de aire, aerosoles y plásticos expansibles, que tienen múltiples usos en la construcción, la industria automotriz y la fabricación de envases, la limpieza y funciones similares. También se utilizan en la fabricación de ciertos tipos de espuma; de acolchado de muebles y como aislantes. No sorprende, entonces, que su uso se haya generalizado más y más. Se debe mencionar un aspecto muy importante de estos compuestos, y es que son muy estables, lo que significa que no desaparecen ni se transforman con facilidad en otra sustancia, la estructura estable de estas sustancias, tan útiles en la tierra, les permite atacar la capa de ozono. Sin cambio alguno, flotan lentamente hasta la estratosfera, donde la intensa radiación UVC rompe sus enlaces químicos. Así se libera el cloro, que captura un átomo de la molécula de ozono y lo convierte en oxígeno común. El cloro actúa como catalizador y provoca esta destrucción sin sufrir ningún cambio permanente él mismo, de modo que puede repetir el proceso. En estas condiciones, cada molécula de CFC destruye miles de moléculas de ozono.

Los halones contienen átomos de bromo en vez de cloro, son aún más dañinos. Los halones se usan principalmente como extintores de incendios y si bien las concentraciones de éstos son muy pequeñas, se duplican en la atmósfera cada cinco años. Las sustancias químicas más peligrosas tienen una vida muy larga. Otros compuestos de cloro y bromo, como el tetracloruro de carbono, el metil cloroformo y el bromuro de metilo, también son dañinos para la capa de ozono. El metilcloroformo, no es tan perjudicial, pero igualmente representa una amenaza. Los óxidos nitrosos, liberados por los fertilizantes nitrogenados y por la quema de combustibles fósiles, destruyen el ozono y tienen larga vida, pero sólo llegan a la estratosfera en proporciones muy pequeñas. Además, algunas de las sustancias desarrolladas para servir de sustitutos provisionales a los CFC, los HCFC (hidroclorofluorocarbonos) y los HBFC (hidrobromofluorocarbonos) también están destruyendo la capa de ozono, pero mucho menos

que los CFC, los aviones supersónicos y el transbordador espacial liberan respectivamente óxidos nitrosos y cloro en la atmósfera, pero los estudios indican un impacto insignificante (Narvaéz Quiñónez, 2004).

Otra causa del problema es que el ozono a nivel del suelo es un ingrediente clave del smog urbano. Se lo encuentra por la reacción de NOx con hidrocarburos, en presencia de la luz solar. La experiencia ha demostrado que el control de NOx es, generalmente, una estrategia más efectiva de reducción de ozono que el control de hidrocarburos. Esto se debe a que las emisiones de hidrocarburos biogénicos exceden en gran medida las fuentes antropogénicas, excepto en circunstancias relativamente extraordinarias. Por lo tanto, la disponibilidad de Nox es, frecuentemente, el factor limitante en la formación de ozono. Además el NOx es uno de los principales precursores de la lluvia ácida y un gas tóxico en sí mismo.

Este problema, a pesar de los esfuerzos que algunas organizaciones como las Naciones Unidas están haciendo, es muy grave para el medio ambiente y amenaza la vida humana, entonces nos preguntamos ¿Si dejamos de usar estos compuestos, desaparecería el problema? Y la respuesta es desalentadora, no, el problema no desaparecería inmediatamente, puesto que el CFC 12, uno de los más corrientes de estos compuestos, perdura en el aire durante más de 130 años y causa cerca del 45% de la pérdida del ozono. Se calcula que la industria ha lanzado a la atmósfera unos 20 millones de toneladas de estos CFC, quienes seguirán presentes allí hasta bien entrado el siglo XXI.

Para disminuir el problema, el primer planteamiento que realizaron los científicos fue remplazar los CFC por HCFC los cuales continúan siendo nocivos para la capa de ozono pero en menor grado que los anteriores. Entonces es cuando las personas humanas pueden colaborar utilizando desodorantes, lacas para el cabello, ambientales etc., que no vengan en aerosol sino como líquidos o en crema, y adquiriendo en el mercado productos que sean ambientalmente inocuos. Lo de fondo está en que el modelo de producción y consumo funciona en base a la racionalidad económica instrumental y que siendo el sustento de la lógica de acumulación capitalista, y de la racionalidad capitalista, dicha racionalidad es sorda, ciega y muda frente a dichos problemas y a los cuales los incentiva en función de sacar mayor provecho crematístico.

El efecto invernadero

El cambio climático que se ha venido registrando en la atmósfera está relacionado con la creciente concentración de algunos gases derivados de la actividad humana. Y este es uno de los problemas ambientales globales que constituyen el núcleo duro de la nueva “problemática mundial” y punto neurálgico central de orden planetario. Es precisamente la globalización –que trae consigo la investigación del clima–, la que ha abierto otra perspectiva hacia los problemas regionales; en el mundo experimental de la ecología global, aparecen las diferencias entre sociedades desarrolladas y subdesarrolladas, no meramente como diferencias en el PIB u otros indicadores de modernidad, sino como aportaciones diversas a los problemas ecológicos globales, sobre todo en lo que se refiere al cambio climático. Visto así el caso, a la economía de la riqueza se suma una ecología del perjuicio, lo que marca en el mundo de la política internacional, un nuevo campo de luchas globales sobre la distribución.

Los modelos climáticos pronostican un efecto invernadero antropogénico. En la actualidad el consumo excesivo de las energías fósiles en los ricos estados industrializados del Norte, es la causa principal; en el futuro, se incrementará debido al aumento de la población en el Sur. Desde la perspectiva ecológica global, los estados industrializados del norte, con un alto desarrollo técnico, aparecen, sin embargo, como países en desarrollo, porque son precisamente ellos, los que ponen en peligro un desarrollo sostenible a nivel mundial (Narvaéz Quiñónez, 2004).

El efecto invernadero es un fenómeno natural, convertido por el hombre en una amenaza a su propia seguridad. Los principales gases que contribuyen al efecto invernadero son: el bióxido de carbono o gas carbónico (CO_2), el metano (CH_4), los óxidos nitrosos (N_2O), los cloro-fluoro-carbonos (CFC), y el ozono troposférico (O_3), se producen del consumo de energía, de la actividad industrial y de la expansión de la agricultura.

El efecto invernadero es en realidad, un fenómeno natural, causado por la presencia de gases en la atmósfera, principalmente vapor de agua y gas carbónico, estos retienen parte de la energía calórica que reciben del sol, manteniendo la temperatura dentro de límites que ha permitido el desarrollo de la vida. La temperatura del planeta es perfecta para la vida,

la tierra recibe el calor del sol, algunos gases de la atmósfera la retienen y evitan que parte de este calor se escape de retorno al espacio.

En la actualidad esta situación de equilibrio delicado está en peligro a causa de la contaminación de la atmósfera, que provoca que los gases retengan mucho calor cerca de la superficie y esto podría provocar un cambio climático en todo el planeta, entre los efectos previsibles de las tendencias actuales se encuentran una posible elevación del nivel del mar de unos 20 centímetros en los próximos cuarenta años, y de 60 centímetros a finales del siglo 21, las consecuencias serían catastróficas, para un tercio de la población que vive en las zonas costeras. Se modificarían los patrones de las lluvias, de las pestes y los ciclos de la agricultura, se acentuarían tanto la intensidad como la frecuencia de huracanes y ciclones en la zona tropical y se extenderían a latitudes hoy poco afectadas o fuera del alcance de estos fenómenos naturales.

La rotación de la tierra y las diferencias de temperatura provocan movimientos de aire sobre la superficie terrestre, formando vientos, nubes y lluvia, la temperatura del planeta hace que el agua se mantenga en estado líquido (Narvaéz Quiñónez, 2004).

Respecto al efecto invernadero se está produciendo un incremento espectacular del anhídrido carbónico en la atmósfera a causa de la quema indiscriminada de combustibles fósiles, como el carbón, la gasolina y de la destrucción de los bosques tropicales. El efecto invernadero es un fenómeno de carácter global, dos tercios del impacto acumulado hasta la fecha se ha originado en países industrializados, sus consecuencias se extienden hoy a todos los pueblos del mundo como; Norteamérica con 277 millones de personas para 1990 el 5% de la población mundial, había contribuido con el 25% del efecto acumulado entre 1950 y 1990, Europa con 380 millones de habitantes para 1990, el 7% de la población mundial, había contribuido con el 16% del efecto; mientras que Japón, Austria y Nueva Zelandia habían contribuido con el 5% del efecto acumulado en ese período (Centeno, 2000). Estos porcentajes continúan inalterados y en el peor de los casos incrementándose, tal cual lo registra FAO (2011)²³.

23 En el Informe principal de la Evaluación de los recursos forestales mundiales 2010 (FAO, 2010), publicado en octubre de 2010, se señaló que el índice total de deforestación seguía

La mejor contribución del sector forestal tropical a la estabilidad del efecto invernadero es detener la deforestación, conservar la mayor parte posible de los bosques existentes en su estado natural y ampliar la apertura boscosa del planeta a través de plantaciones con especies nativas.

Los países industrializados podrían estabilizar sus emisiones de CO₂ con la introducción de nuevas tecnologías existentes y probadas, reduciendo los enormes niveles de despilfarro y ampliando el aprovechamiento de fuentes alternas de energía. Las posibilidades para alcanzar metas que permitan minimizar los efectos del cambio climático implícito en el proceso actual de desarrollo, depende de un esfuerzo concertado entre todos los países. La distribución de las cargas deberá basarse en principios de justicia y equidad, tomando en cuenta la responsabilidad acumulada hasta la fecha, la capacidad de cada país de contribuir al alcance de las metas que se tracen y el derecho de todos los pueblos del mundo al disfrute de una vida plena.

La deuda ambiental que han generado los países industrializados podría traducirse en asistencia tecnológica y financiera, para que el avance social y económico de los países en pobres del Sur no desemboque en una mayor destrucción de los recursos naturales del mundo, y en el aumento previsto en las emisiones de gases que amenazan a la estabilidad planetaria; pero al contrario, lo que hacen es exigir el pago de la deuda externa y ello implica mayor extracción de recursos renovables y no renovables, es decir, deforestación, contaminación y mayor pobreza en el corto plazo.

Desde la racionalidad económica instrumental suele afirmarse que: “Con alguna frecuencia los temas sobre el medio ambiente son planteados más en un terreno emotivo, visceral y utópico que en un plano racional técnico y científico”. Cosas parecidas se dijeron contra la oposición antinuclear hace pocos años. Pero sin renunciar a la ciencia y a la razón, el ecologismo no se ampara en la incertidumbre como excusa para la inac-

siendo alarmante, aunque estaba disminuyendo. Las principales tendencias en la extensión de los bosques y la modificación de los índices de pérdidas forestales, así como el estado actual de los bosques productivos y protectores, muestran que hay disparidades entre las seis regiones: África, Asia y el Pacífico, Europa, América Latina y el Caribe, el Cercano Oriente y América del Norte (FAO, 2011).

ción, y combate a la pseudo-ciencia de los que profesan la religión del optimismo tecnológico (Martínez Alier en ICARIA, 1992). Cabe agregar: del optimismo economicista que no considera la finitud de los recursos de la naturaleza; optimismo para sortear oportunamente mega problemas ambientales, pero que no resulta cierto como en el caso generado por la BP en el Golfo de México hacia el 2010, y el acaecido por causas naturales en la central nuclear del Japón, en el 2011; optimismo que no incide en la reducción del crecimiento económico y acumulación de capital en los países del industrialismo avanzado y menos en el control del opulento nivel de consumo y alto nivel de desperdicio de su población humana, lo que acelera el empobrecimiento y contaminación del resto del mundo.

Conclusiones generales

El Estado constitucional de derechos, plurinacional

Con el establecimiento del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional, Ecuador se enmarca dentro del paradigma jurídico político denominado neoconstitucionalismo. El reconocimiento constitucional de la plurinacionalidad expresa la ruptura del positivismo jurídico y del Estado de derecho de raigambre liberal, erigido sobre la base de un espacio físico-político y administrativo homogéneo y soberano en el que rige la consigna de una sola nación, una sola ciudadanía, una sola patria, una sola religión y la clase dominante en el poder. Estado moderno en el que la pluralidad étnica y las identidades culturales y regionales no eran asumidas como expresión de la diversidad y las diferencias, de la pluralidad de pueblos y nacionalidades, no obstante ser pre-existent al propio Estado.

El Estado plurinacional es el rector de la nueva sociedad política y constructor de la nueva institucionalidad pública que coadyuve al desarrollo de la pluralidad jurídica, de la democracia constitucional como régimen que viabilice la igualdad entre pueblos iguales, los derechos individuales y colectivos, la nueva territorialidad y autodeterminación o proceso autonómico que implica: respecto a las decisiones políticas indígenas propias, establecimiento de las competencias jurídicas, políticas, administrativas y de las funciones delegables por parte del Estado para el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales y/o circunscripciones territoriales indígenas.

Es decir: garantiza y torna eficaz la tutela de los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y de la naturaleza. En esta perspectiva la plurinacionalidad connota la dimensión político-jurídica de orden societal y civilizatorio que emplaza al *ancien régime* partidocrático o modelo socio-económico-político dominante y garante de la colonialidad.

La Constitución ecuatoriana del 2008 instaura la etapa de un ordenamiento jurídico innovado, de una institucionalidad pública y políticas impregnadas de los principios de la democracia constitucional. Ubica al país en un proceso de constitucionalización plurinacional en el que la sociedad civil es recontextualizada debido al reconocimiento de los derechos colectivos de los sujetos culturales y de la naturaleza como sujeto de derechos, inserción del *sumak kawsay* como sustrato filosófico-político de todo el entramado público, privado, individual y colectivo. Este aserto es crucial para enfatizar que después de siglos de haberse impuesto el Estado liberal, los sujetos culturales indígenas prácticamente re-fundan el Estado ecuatoriano, des-racionalizando su dimensión uni-nacional y plurinacionalizándolo; proceso de evidente decisión pre-jurídica que rompe la hegemonía política de la clase social dominante encaramada en las estructuras de poder del Estado de derecho; cuya defenestración constituye el hecho generativo del Estado constitucional de derechos, plurinacional, y de la democracia constitucional en ciernes.

La crisis del positivismo jurídico

El hecho generativo de la cientificidad de la sociedad y del Derecho es la ciencia moderna, y en este proceso el Derecho moderno se somete a la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia y se convierte él mismo en científico (positivo): así es como la cientifización del Derecho moderno propicia la estatalización del Derecho. Siguiendo a de Sousa Santos (2003) el predominio político del orden sobre el caos es atribuido como tarea al Estado moderno, hasta que la ciencia y la tecnología la pudiesen asegurar por sí mismas. Esta forma de ciencia moderna transformada en racionalidad cognitivo-instrumental hegemónica y fuerza productiva fundamental, y el Derecho moderno transformado en Derecho estatal y científico, constituyen las dos caras del mismo proceso histórico.

En la necesidad de correlacionar la dimensión política y económica liberal al Derecho, procede referir el filo genético del Derecho, al Derecho romano; en este sentido Martín Seco (1995: 39) sostiene que el Derecho romano acepta plenamente la diferencia de clases y en esa forma se libera de las utopías griegas de igualdad. Es un derecho realista que da fundamento jurídico a una sociedad basada en el trabajo esclavo (...). Desde el siglo III el ciudadano romano cambia su condición de persona por la de súbdito. Los legistas elaboran el derecho imperial demostrando que el pueblo ha conferido al emperador todo el poder legislativo. Desde entonces el emperador legisla no sólo en el derecho público, sino en el privado. El individuo desaparece ante la omnipotencia de esta primera forma de Estado y cualquier desviación democrática por parte de los intereses del Derecho, podía acarrearle la muerte. El individuo no encontró en el derecho natural romano, ninguna garantía contra la omnipotencia del Estado.

Como puede verse, el principal instrumento simbólico construido por los romanos, se convierte más bien en instrumento de dominio sobre el hombre y sobre la naturaleza, aunque al principio se construye sobre los principios individualistas e igualitarios del racionalismo griego. Esta tendencia define muy bien la cultura de Roma, atrapada en el absolutismo para poder explotar más fácilmente la cuenca del Mediterráneo. Puede preguntarse: ¿Qué significado tiene esta tendencia jurídica con la problemática de la naturaleza? Y al respecto señala Maya (1992: 27), el Derecho romano exalta y defiende el concepto de propiedad, como un derecho absoluto e inalienable. Ello significa que el hombre tiene derecho a usar y abusar de la propiedad, que es la propiedad física no sólo sobre las cosas naturales, sino también sobre los esclavos. Comparativamente hablando, esta realidad se reproduce en América Latina a partir del siglo XV con la conquista y subsiguiente régimen colonial, donde los indios son propiedad de los hacendados, al igual que la tierra.

El *Ius autendi et abutendi*, si bien no se encuentra referido en forma explícita en el Derecho romano, interpreta exactamente el sentido de la legislación y de la tradición cultural del imperio y que se proyecta por siglos. El dominio sobre la naturaleza es total para la clase de los *honestiores* y casi total para el común de los ciudadanos romanos, y en esta forma va disminuyendo a medida que desciende la escala social hasta el derecho

negativo de los esclavos. Puede verse con claridad cuál es el significado de esta tendencia jurídica sobre el deterioro ambiental (Maya, 1992: 30), y que perdura hasta la actualidad plasmada en las formas de apropiación de la naturaleza (tierra) que generan a la vez procesos socio-políticos y económicos que expresan relaciones de dominación, exclusión, mayor acumulación y consecuentemente deterioro de la naturaleza.

El enfoque referido en el acápite anterior permite reiterar la necesidad de reevaluar la ciencia y el Derecho modernos. En el caso del Derecho y concordando con de Sousa Santos, para des-pensarlo con base en la idea de que la adopción del paradigma moderno se refleja en el plano epistemológico y se extiende al plano societal y civilizatorio. En consecuencia, a partir de la tensión existente entre el binomio (*conocimiento-emancipación*) o ciencia que libera al ser humano y lo impulsa hacia el progreso, y (*conocimiento-regulación*) o ciencia que establece sus propias leyes, determina e impone métodos, regulaciones; se puede elucidar de mejor forma los nexos existentes entre el liberalismo económico, el Estado y el Derecho.

El Derecho como súper estructura u ordenamiento jurídico –en el sentido asignado al término por Bobbio (2005: 141-245)– fue y es el instrumento que utiliza el Estado para tutelar los derechos de los individuos. Pero por igual el Derecho en América Latina, fue el instrumento que utilizó el Estado para anular los derechos de los sujetos colectivos o pueblos originarios al territorio y autodeterminación. Porque los grupos detentadores del poder crearon las nuevas estructuras jurídico-políticas a través de las cuales ejercieron y ejercen dicho poder para defender sus intereses económicos individuales, familiares o grupales conforme a la racionalidad económica y político-jurídica modernas (sustentadas en la racionalidad cognitivo-instrumental) y suscitadoras del acelerado proceso de industrialización y del “progreso” ascendente¹ o progresismo.

La conversión del Derecho en instrumento racionalizador de la sociedad es un medio de legitimación de los objetivos del poder², y en Amé-

1 La industrialización implica desarrollo tecnológico (ciencia aplicada) y este se basa en el desarrollo científico: la tecnología está íntimamente relacionada al quehacer científico. La técnica es la habilidad del hombre para realizar una actividad específica y cuando las técnicas se sistematizan para constituir un todo armonioso, constituyen la tecnología.

2 Teniendo en cuenta lo que implica la interpretación del poder disciplinario: el Derecho positivo también empezó por ser una disciplina académica, es decir, un conocimiento disciplinario

rica Latina por ejemplo, sirvió y sirve para la consumación del despojo del derecho colectivo de las comunidades indígenas a la tierra y al territorio, anulando su autonomía y posibilidades de autodeterminación, además, propiciando su exclusión de los procesos socio-organizativos, económicos y políticos del país.

Retomado el tema central: el Derecho es un instrumento del poder político y este poder en el marco único del Estado difiere del poder en los otros grupos humanos. El poder político se lo ejerce generalmente a través del Derecho y casi toda actividad del poder se desarrolla dentro de un ordenamiento, es decir, de la juridicidad³. En consecuencia, donde hay relaciones políticas, hay relaciones de poder, y donde existen relaciones de poder hay relaciones de dominación y dependencia y el Derecho obliga observarlas.

Desde esta perspectiva se introduce en el debate jurídico-constitucional los preceptos plurinacionalidad, pluralidad jurídica y el *sumak kawsay* en cuanto expresan el contenido esencial constitucional del nuevo modelo político de Estado, ecuatoriano; hasta hace poco excluido de la lógica y racionalidad político-jurídico-económica instrumental tutelada por el Estado de derecho y el positivismo jurídico; en este sentido, se trata de comprender y valorar la incidencia del movimiento indígena en la transformación de la idea misma de lo que debía ser la Constitución (giro epistemológico) y el ordenamiento jurídico (pluralismo jurídico); así como el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho, la operacionalización de los derechos de la naturaleza y de los derechos colectivos al territorio y autodeterminación.

que posteriormente se convirtió en poder jurídico la forma de poder que Foucault contraponen al poder disciplinario. La disciplinabilidad del derecho significó transformar el Derecho romano en una estructura formal y jerarquizada de reglas jurídicas que obedecían a un rígido sistema lógico. Es decir: la combinación compleja de autoridad, racionalidad y ética características del derecho romano, fue alterada y reducida a un formalismo técnico racional, supuestamente neutro en relación a la ética y sólo preocupado por la perfección técnica, la coherencia lógica, la “completud” y las posibilidades totales. Entonces el potencial emancipador del derecho se perdió, cuando, conforme a Ihering: “La ciencia jurídica se transformó en matemática (de Sousa Santos, 2003: 129).

3 El poder político se expresa sobre manera a partir del Derecho: la Constitución, los códigos, las leyes, los reglamentos, las ordenanzas, las decisiones administrativas, las sentencias de los tribunales son procedimientos de acción fundamentales del poder. En ellos se fundan dos de sus elementos: la coacción y la legitimidad (Duverger, 1970: 25-33).

Innovación del modelo político de Estado

En el nuevo modelo político del Estado constitucional de derechos intercultural y plurinacional, ecuatoriano, la Carta fundamental deja de ser la sola manifestación de la potestad estatal suprema, y se subordina al valor que expresa el respeto a la dignidad de la persona humana y a los derechos esenciales que fluyen de sí, para ello es Constitución rígida, garantista y normativa. En este mismo sentido, el modelo de “Estado constitucional de derechos intercultural y plurinacional” ya no corresponde a la clasificación tradicional, por qué es más complejo debido a su subsunción en el paradigma neoconstitucional.

Ello implica que la arquitectura jurídica-institucional diseñada para el ejercicio del poder constituyente es otra; muestra de ello es la penetración –en la Carta fundamental– de los principios, normas e instituciones supranacionales e instrumentos de hermenéutica creativa y evolutiva que habrán de observar los operadores jurídicos de todo rango para hacer prevalecer los derechos fundamentales⁴ y todos los derechos.

Una percepción generalizada es que las teorías neo-constitucionales son principalmente teorías sobre el Derecho y sobre la evolución actual del Estado de derecho. Desde este enfoque la percepción se bifurca en un doble sentido: en uno bueno, porque sin la presencia de un derecho altamente sofisticado como el que incluye principios morales y prácticas in-

4 Los derechos fundamentales datan de las revoluciones inglesa, americana y francesa y de los movimientos sociales encargados de plasmar los valores político-jurídicos: igualdad, libertad y fraternidad, que son sobre los cuales se erige el Estado liberal de derecho, pero bien puede argumentarse que sobre aquellos también tiene sus bases el que actualmente se conoce como Estado constitucional.

El Estado moderno o Estado liberal de derecho nace con las revoluciones burguesas ya enunciadas y representa el primer paradigma de la teoría política y jurídica. El Estado constitucional representa el paradigma de la democracia; a partir de esta se argumenta que finalmente el Estado democrático social de derecho representa una síntesis de las anteriores y se expresa en tres dimensiones, como: Estado de derecho, Estado democrático y Estado social.

El paradigma neoconstitucional asume la noción democracia constitucional, sustentada en dos dimensiones: a la formal, fundada en el ejercicio de los derechos de autonomía, tanto política como civil; y la dimensión sustancial (jurídica), fundada sobre la tutela de los derechos de libertad y la satisfacción de los derechos sociales (Ferrajoli, 2006: 18, 105-106). Sobre este tema se tratará ampliamente más adelante, a partir del enfoque neoconstitucional, que conforme lo asume desde una posición crítica, Greppi (2006: 40), las teorías neo-constitucionales son principalmente teoría sobre el derecho y sobre la evolución en nuestros días del Estado de derecho.

terpretativas complejas, no sería posible imaginar el funcionamiento de las modernas democracias y de la democracia constitucional en particular; y en el malo, porque el sesgo jurídico que caracteriza a esta propuesta suscita algunas dificultades de orden político, por ejemplo, cuando los adherentes al nuevo constitucionalismo intentan dar respuesta a la objeción contramayoritaria⁵ (Greppi, 2006: 40). Los críticos al constitucionalismo alertan los peligros de una situación en la que los tribunales acaben ocupando una posición dominante; peligros de la judicialización de la política y la politización de la justicia. Los detractores del constitucionalismo temen que “una reducida aristocracia de señores del derecho” acabe convirtiéndose en la verdadera fuente de la legislación; o que el poder judicial comience a deslegitimarse cuando empieza a reclamar para sí el derecho a tener siempre la última palabra, poniendo a prueba el principio fundamental de balance de poderes.

Del análisis de Greppi se desprende que los epígonos del neoconstitucionalismo no pueden responder a las objeciones de sus detractores, apelando a la configuración histórica del Derecho forjada a partir de la experiencia jurídico-política del siglo XX, al margen de que nadie duda de los cambios estructurales del Derecho positivo en los campos constitucional e internacional y a partir de los cuales se puede explicar cómo funciona hoy una democracia realmente existente. De todas formas, es relevante el debate sobre la alternativa constitucionalista y que está abocado a salir del estrecho ámbito de la teoría jurídica, saltando al de la política constitucional y a otros órdenes de carácter moral y político. Para Greppi no basta: “con establecer que es lo que dice el Derecho sobre la democracia, sino que es preciso averiguar también que tipo de derecho queremos y a que tipo de democracia podemos aspirar” (2006: 41).

5 La objeción contramayoritaria ha sido objeto de amplio debate por parte de Ronald Dworkin, John Hart, Jeremy Waldron, entre otros. Esta tiene relación a que si toda acción política pretende consecuencias inmediatas y por otra, dicha decisión tiene relación con valores fundamentales que deben regir la actuación de los órganos políticos; según la teoría, si bien los Tribunales no pueden escoger entre políticas alternativas (tarea que corresponde a los poderes representativos), sí pueden juzgar si las decisiones efectivamente adoptadas son compatibles con los valores expresados en la Constitución.

Este es el marco teórico desde el cual se aproxima la lectura del Derecho ambiental en Ecuador a partir del 2008, es decir, evidenciando la crisis del positivismo jurídico y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. Este es un quiebre de paradigma que al legislador provocó más con entusiasmo político-ideológico que por el manejo adecuado de la base filosófica y técnico-jurídica. Queda pendiente el acceso, por parte de los pueblos indígenas, a los recursos naturales existentes en el subsuelo de sus territorios ancestrales. Este último aspecto está relacionado a la operacionalización del derecho al territorio y autodeterminación, y es extremadamente sensible porque ha generado y genera tensión entre el Estado y el movimiento indígena; paradójicamente con mayor intensidad en el actual régimen de la Revolución ciudadana, que es el que debe propiciar la subsunción del Estado en lo colectivo.

El derecho ambiental (en clave neoconstitucional)

Es abordado desde la interdisciplinariedad y ello implica que para la justificación del Derecho, no se acude a los presupuestos tradicionales del positivismo científico, es decir, a una base epistemológica, a un objeto de investigación y a un método específico. La interdisciplinariedad supone interactuar sobre distintos objetos y en materia del Derecho ambiental ha sido asumida hacia la década de los años setenta. Huanca Ayaviri (2008) enfatiza que los derechos llamados tradicionales para justificarse como científicos han establecido que sus objetos son las normas que regulan las áreas respectivas, por ejemplo: el objeto del Derecho penal son las normas penales (ley penal), y del Derecho civil las normas civiles (ley civil), etc. Bajo este presupuesto, las nuevas disciplinas como la Sociología del derecho tendría doble objeto: uno sociológico y otro jurídico. Si la Sociología del derecho estudia la propiedad y esta es parte del objeto del Derecho civil, se considera que la Sociología del derecho no tiene objeto propio, en consecuencia no es ciencia sino sólo una disciplina auxiliar del Derecho clásico.

Con las crisis epistemológicas o revoluciones científicas en términos de Khun, son evidentes nuevos paradigmas que han puesto en cuestión presupuestos como el objeto y método para establecer el carácter científico de

una disciplina. Así surge lo que se conoce como nuevos presupuestos teóricos para la ciencia, no reducidos únicamente a objetos, sino a campos de investigación e interdisciplinariedad o pluralismo metodológico en sustitución del objeto y método del positivismo científico (Huanca Ayaviri, 2008).

El Derecho ambiental encaja como una nueva disciplina posible de explicar a través de nuevos presupuestos teóricos, como es el paradigma jurídico-político neoconstitucional, que implica conocimientos interdisciplinarios y críticos de no fácil abordaje y comprensión desde el positivismo jurídico y teorías clásicas como la Teoría del Estado o Teoría constitucional, tema ya desarrollado en el Capítulo I de la presente investigación. Para reiterar, corresponde referir que en el mismo sentido innovado del Derecho, el Derecho ambiental está frente al otro nuevo paradigma científico que parece surgir tras el constructivismo y el análisis interdisciplinar ligado a la Teoría general de sistemas ya desarrollada por Lhumann (1998). En todo caso procede concluir este acápite reconociendo que las nuevas disciplinas no tienen un objeto de conocimiento propio y autónomo; en el caso del Derecho ambiental estudia el Derecho en su totalidad (sistema jurídico) y las interacciones con factores sociales (política, cultura, economía, etc.) que une a investigadores con formaciones académicas distintas (sociólogos, antropólogos, economistas, etc.) y que se aproximan al estudio del Derecho desde la perspectiva sociológica, antropológica o económica, etc. como un proyecto interdisciplinar.

La interdisciplinariedad tiene que ver con el constructivismo, que con relación al objeto material de conocimiento rompe con la parcelación del conocimiento, por tanto no existe un solo objeto de conocimiento, con relación al objeto formal de conocimiento, es esencialmente interdisciplinar, y al no existir un objeto de conocimiento tampoco existe un método específico de aproximación, lo que obliga a trabajar en sentido interdisciplinar a través de la instrumentalización metodológica y técnica de otras disciplinas como la etnografía, el análisis económico del derecho, etc.⁶

6 Respecto a la relación sujeto y objeto, el constructivismo rompe con la separación del sujeto y objeto, y establece que lo único que existe es el sujeto que construye la razón, el conocimiento y la realidad. En este sentido asume que no existe la verdad y en consecuencia no es posible analizar en un contexto dicotómico de verdadero y falso, sino a partir del principio de la utilidad del conocimiento, es decir, en el contexto de lo útil o no útil (Huanca Ayaviri, 2008: 22).

Esta es la perspectiva que se ha pretendido observar en el presente texto.

La normativa ambiental ecuatoriana

- El cambio del paradigma jurídico ha implicado reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos y consagrar al ambiente sano como un derecho humano fundamental. Este hecho ha propiciado el establecimiento de políticas ambientales públicas como base de la gestión del Estado y como un curso de acción enfocado a la solución de problemas y demandas relevantes de la sociedad organizada, respecto a la preservación ecológica, prevención y control de la contaminación, mejoramiento de la calidad de vida en función del *sumak kausay* (buen vivir).
- El fraccionamiento competencial ambiental tiene limitaciones y contradicciones que surgen a partir de la concreción de la política de descentralización impulsada por el propio Estado y dentro de parámetros ideológico-políticos muchas veces contrarios a los procesos autonómicos que demandan los gobiernos locales, ahora regidos por el COOTAD, 2010. Se impulsa la descentralización de la gestión ambiental, como parte del proceso de transferencia de competencias y de poder conforme al COOTAD y la Constitución. La política de desconcentración y descentralización en materia ambiental responde a una visión alternativa del desarrollo que fortalece los procesos autonómicos de los gobiernos locales con capacidad para diagnosticar, planificar e implementar proyectos conforme a sus exigencias socio-culturales, capacidades económicas y participación política democrática incluyente, sin perder de vista los parámetros de la planificación central.
- La transferencia de competencias para la gestión de áreas protegidas y cuencas hidrográficas aún es incipiente, y sólo marginalmente el sector privado o comunitario participan de estos procesos. Es palpable la falta de coordinación interinstitucional en función de optimizar las prácticas administrativas en materia de conservación y ambiente; y por parte del Estado es débil el cumplimiento de los compromisos ambientales adquiridos al suscribir los diversos instrumentos internacionales, para efectos de conservación. Una limitante es la indisponibili-

- dad de recursos económicos, y otra el carácter rentista de la economía pública basada en una política eminentemente extractivista.
- La urgente necesidad de compatibilizar la normativa ambiental con las prescripciones constitucionales (en clave neoconstitucional), a fin de superar las evidentes contradicciones, vacíos jurídicos y debilidades institucionales que dificultan o impiden la protección ambiental, el control de la gestión ambiental y la preservación de los recursos naturales. En este sentido, la alta dispersión y ambigüedad de la normativa ambiental además de su inconsistencia técnico-jurídica, la tornan ineficiente, y ello agrava aún más el debilitamiento normativo-institucional y de políticas ambientales públicas, sectorial.

Planificación, institucionalidad y políticas ambientales

Conforme a los cambios político-administrativos implementados por el Gobierno, se ha resignificado la planificación dando un giro político sustancial que connota una visión ideológica tendiente a guiar el desarrollo pensando en el mediano y largo plazo, pero a la vez pensando en los procesos extractivos.

El Ministerio del Ambiente es la institución que establece las políticas ambientales, planifica la prevención, el control y evaluación de la gestión ambiental, además registra la evaluación de impactos ambientales como una herramienta de uso generalizado por parte de los sectores extractivos y productivos. Ha dispuesto que todas las actividades deben contar con estudios de impacto y con planes de manejo ambientales como condición previa al inicio de cualquier proyecto, y a la vez que enfatiza la urgencia de disponer de la normativa adecuada, propone desarrollar la capacidad de gestión de la autoridad ambiental para la aprobación y seguimiento de los estudios, y el mejoramiento de la capacidad del uso de este instrumento por parte del sector empresarial.

La Ley de Gestión Ambiental prevé que el ministerio del ramo, a través de sus instancias especializadas realice el control y evaluación de la gestión ambiental a nivel sectorial. Por ejemplo: el Ministerio de Energía ejecuta el control y evaluación de la gestión ambiental de las empresas petro-

leras privadas y estatales, y para el efecto dispone de la normativa correspondiente y particularmente del Reglamento para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador (D.E. 1215).

El sistema ambiental y los lineamientos mínimos de protección ambiental

Con la definición de los lineamientos mínimos de protección ambiental en la Constitución y las recientes iniciativas legislativas tendientes a sancionar las normas de presupuestos mínimos, el Ecuador tiene un gran desafío y una oportunidad al momento de poner en marcha su “nuevo” sistema institucional ambiental. La oportunidad de integrar la dimensión ambiental a una visión estratégica de sustentabilidad es casi única desde el momento en que se pone en marcha la Ley de Gestión Ambiental y el Consejo Nacional para el Desarrollo Sustentable que adquiere una jerarquía institucional importante; pero no se registran informes que den cuenta de una gestión eficiente.

Ecuador, posee una tradición jurídica tendiente a legislar en exceso, y en materia ambiental no es la excepción, el hito es la Constitución de 1998 que impuso un umbral de protección ambiental en todo el territorio nacional con la promulgación de leyes, e incentivó a la promulgación de ordenanzas a nivel de los gobiernos locales. La tendencia se confirma con la Constitución del 2008, la cual además, en el Art. 10 reconoce a naturaleza como sujetos de derechos.

La persistencia de este conflicto normativo puede de hecho inducir a una creciente judicialización de la gestión del ambiente, y operar como un elemento que no favorezca su efectiva protección. En este sentido, uno de los objetivos fundamentales de la agenda ambiental ha pasado a ser el diseño de un conjunto de normas de presupuestos mínimos gestadas en un proceso de consenso ampliado, y el fortalecimiento de una instancia de concertación nacional a través del Ministerio del Ambiente, para que sea el eje de discusión política e instancia obligatoria en las funciones reglamentarias de la Autoridad de Aplicación Ambiental Nacional, obviamente interactuando con AME, CONCOPE, SENPLADES y otros organismos especializados, porque en última instancia el Estado establece las

directrices generales y coordina la política ambiental nacional en el marco del Plan Nacional del Buen Vivir y para el Desarrollo Sustentable.

La descentralización ambiental es la forma básica para impulsar los cambios estructurales que reclaman las diversas instancias de la Administración Pública, considerando además que la presencia de otros sectores: industria, turismo, pesca, agrícola, forestal, torna muy difícil la gestión integrada y cuanto más que cada uno de estos campos de actuación pública pertenece a áreas administrativas diferentes y con responsabilidades también distintas. Este hecho evidencia las limitaciones para la implementación eficaz de las políticas ambientales, y la necesidad de disponer de un marco jurídico y administrativo y la acción institucional conjunta por objetivos compartidos.

Con la vigencia del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional a partir de octubre del 2008; con la disponibilidad de normas de presupuestos mínimos mediante el TULASMA y posible concreción de proyectos legislativos que se encuentran en distinto grado de avance; a Ecuador se le presenta la oportunidad para lograr un ordenamiento más racional y simplificado, evitando la dispersión y diversidad normativa contradictoria existente en el país y en todos los niveles del Estado.

El enfoque neoconstitucional

El neoconstitucionalismo no excluye la gobernanza ambiental y gobernabilidad en general como aspectos fundamentales de la gestión pública para desarrollo, y este hecho es consecuencia del cambio de visión con relación a la idea misma de desarrollo, por la de desarrollo humano a fin de superar la sola perspectiva economicista y utilitarista del desarrollo, e incorporar una visión holística e integral que se traduce en la idea primordial de calidad de vida o bienestar de las personas expresado en términos de libertades y oportunidades, es decir: de expansión de las capacidades humanas. La doctrina del desarrollo humano establece dos premisas:

- Una impulsa que el desarrollo se apoye en estrategias integrales y pluralistas que abarquen una dimensión interdisciplinaria: económica, personal (de capacidades humanas) e institucional del desarrollo.

- La otra tiene que ver con la tarea protagónica que debe asumir el Estado. En este sentido: la dimensión institucional, la gobernabilidad y el valor de las capacidades institucionales son consideradas objeto y condición necesarias del crecimiento, del fomento del desarrollo humano y de la erradicación de la pobreza.

En consecuencia la gobernabilidad es comprendida como un proceso en continua construcción y que va asumiendo e incorporando a su explicación, aquellos aspectos de la realidad que tienen el poder de influir en la capacidad de formular e implementar políticas y decisiones públicas. Es decir: ha sumado a su contenido el objeto del control político (implementación de políticas); la capacidad de las instituciones públicas de hacer frente a los retos y oportunidades (desafíos); los procesos de transición y consolidación democrática; y los nuevos actores estratégicos (sector privado y sociedad civil).

Desde los requerimientos del análisis, cabe referir que la doctrina relaciona gobernabilidad con institucionalidad y establece que el desarrollo institucional de una sociedad se materializa con el concepto gobernanza, el cual define el conjunto de valores, principios y normas –reglas del juego formales e informales– que pautan el desarrollo de una determinada política pública y por el cual se establecen los actores estratégicos, los procedimientos y los medios legítimos de acción colectiva y de interacción, cuando en el mejor de los casos no rige una gobernanza jerárquica, dominante, autosuficiente.

De aquí se desprende que gobernabilidad viene a significar la capacidad que las reglas del juego (gobernanza) confieren para formular, procesar y aplicar institucionalmente las políticas públicas que derivan de los retos y oportunidades de una sociedad determinada. El buen Gobierno, por su parte comprende una gobernabilidad que se construye bajo determinados principios rectores: participación; transparencia; responsabilidad política y rendición de cuentas; consolidación del Estado constitucional de derechos; eficacia y eficiencia; equidad; consenso de la sociedad en las prioridades económicas, sociales y políticas acordados por la comunidad internacional. En síntesis, estos principios vendrían a ser la base para articular una idea de la gobernabilidad democrática, de gobernanza ambiental óptima, de democracia constitucional.

La dimensión constitucional ambiental en clave neoconstitucional.

En el paradigma jurídico político neoconstitucional, la Constitución tiene un rol que difiere sustancialmente del asumido en el Estado de derecho, y que ya fue elucidado en el Capítulo I del presente texto. No obstante, corresponde insistir en que el Derecho constitucional estudia el ordenamiento jurídico y leyes fundamentales de un país, es decir: la organización del Estado, la forma de gobierno, la división de poderes y su funcionamiento, los derechos y libertades políticas contenidas en la legislación. El Derecho constitucional tiene como objetivo de aclarar y demarcar específicamente los alcances del Estado como institución política primaria, las prerrogativas de los gobernantes y sus limitaciones, etc. Busca aclarar el camino del poder político en lo que respecta a sus potestades y a sus límites.

La Constitución es la ley y texto fundamental que engloba el conjunto de leyes⁷ o códigos que rigen en el territorio del Estado plurinacional; es acatada por todos los sujetos individuales o colectivos en igualdad de condiciones. La Constitución establece la forma de gobierno que se reconocerá y las características, alcances y limitaciones de ese tipo de gobierno. Cuando la forma de gobierno es irrespetada es irrespetada la Constitución, entonces ésta pierde validez y se pasa a un Gobierno de facto o dictatorial, autoritario.

El Derecho constitucional es imprescindible para el análisis y comprensión de las estipulaciones constitucionales, para el escrutinio eficaz de la conducta del Estado, del Gobierno y sus instituciones; para establecer si la gestión gubernamentativa corresponde al modelo decidido por la voluntad popular, o si incurre en conductas delictivas atentatorias a los derechos fundamentales, al interés general, a la democracia constitucional y al propio modelo político de Estado constitucional y plurinacional. En este sentido, el Derecho ambiental es un área de interés constitucional, más aún

⁷ Zagrebelsky ha propuesto la superación del Estado –liberal– de Derecho y del Estado social de derecho, sustituyéndolos con el Estado constitucional, y ello implica un “auténtico cambio genético” (1997: 33) cuya principal novedad radica en que la ley no va a ser la más alta expresión del Derecho; la generalidad y la abstracción de la ley sufren variaciones, y es así como se asiste a la “pulverización” del Derecho legislativo, dando lugar a la intervención de múltiples agentes con sus respectivos intereses en la elaboración de la ley.

cuando la Constitución marca las directrices normativas y de políticas ambientales con sustento en principios y reglas de reconocimiento.

El Derecho ambiental en comparación con algún otro tipo de legislación, es específico porque hace referencia a un área relativamente acotada de la realidad, pero interactúa con todos los campos y disciplinas. Se encarga de establecer el marco normativo, de regulación y control que tenga como objetivo relevante la conservación, la preservación y la gestión adecuada del ambiente y sus elementos constitutivos en forma integral; considerando que la naturaleza es el único espacio donde los seres vivos y seres humanos en particular pueden llevar a cabo su existencia. A partir del último cuarto del siglo XX coadyuva a frenar el acelerado avance de los daños que causan los seres humanos al entorno. Aquellos daños que continúan creciendo y que han sido establecidos científicamente, algunos con carácter de irreversibilidad, y que es cuando se siente más la necesidad de sistematizar o crear normativa para controlar la conducta de los agentes contaminadores y/o depredadores identificados a nivel corporativo y empresarial en los sectores industrial, extractivo, comercial, etc.

El Derecho ambiental es un elemento importante para asignarle legalidad a aquello que hasta hace poco sólo era una ilusión o exageración de grupos sensibles a los impactos negativos a la naturaleza o ambientes construidos. Desde esta perspectiva, cabe reconocer que el nuevo constitucionalismo latinoamericano en (clave neoconstitucional) ha incidido sobremanera en la consolidación jurídico-ambiental del Estado constitucional de derechos, plurinacional; en el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, en la aplicación de la responsabilidad objetiva e inversión de la carga de la prueba en litigios ambientales. Lo que resta para que la Constitución alcance la dimensión material, es que los ciudadanos y las ciudadanas reivindiquen sus derechos ambientales y de la naturaleza vía legal, y que los jueces dicten sentencias oportunas con base en la aplicación de principios, la hermenéutica analógica y bloque de constitucionalidad. La responsabilidad es de los operadores jurídicos judiciales que deben hacer méritos para la consolidación de la democracia constitucional (democracia de los jueces), ahora asistida por la propia Constitución como ley de aplicación directa, de los derechos *prima facie* erigidos sobre principios y que posibilitan la hermenéutica analógica en

función de que los veredictos judiciales se aproximen a la justicia, antes que a la sola aplicación de la norma como en la época del positivismo jurídico, cuando los jueces únicamente eran la boca muda de la ley.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta: Madrid.
- Acosta, Alberto (2008). “El Buen Vivir, una oportunidad por construir”. *Ecuador Debate* 75. CAAP: Quito.
- Aguilera Portales, Rafael y Rogelio López Sánchez (2005). *Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli*. España: Universidad Autónoma de Nuevo León-UANL.
- Aja, Eliseo (1997). “Introducción al concepto actual de constitución”. En *¿Qué es una constitución?* Ferdinand Lassalle. España: Ariel.
- Albó, Xavier (2005). “Etnicidad y movimientos indígenas en América Latina”. Ensayo para el Primer Congreso Latinoamericano de Antropología. Rosario, Argentina. (Bitácora de Xavier Albó).
- Alexy, Robert (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa. Traducción de J. M. Sena.
- (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2003a). “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. En *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta.
- (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2010). *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Alterio, Ana (2011). “La ‘esfera de lo indecible’ en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico”. *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política* 13. Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.
- Anaya, James (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. España: Trotta.
- Ansuátegui Roig, Francisco (1993). “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 1(2). Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Universitario Europeo de Florencia. Derechos y Libertades.
- Arévalo, Luis (2001). *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos*. México: Universidad Iberoamericana Puebla, Universidad Iberoamericana Ciudad de México.
- Atienza, Manuel y Luigi Ferrajoli (2005). *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: IJ, UNAM.
- Ávila, Ramiro (2009). “Caracterización de la Constitución del 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”. En *La nueva Constitución del Ecuador*, Andrade, Grijalva y Storini (Eds.). Quito: UASB, CEN.
- (2009a). “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=dconstla> (Visitada el 13 de junio de 2010).
- (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala.
- Banco Mundial (2003). *Ecuador, una agenda económica y social del nuevo milenio*. Bogotá: Alfa Omega.
- (2009). *Desarrollo con menos carbono: respuestas latinoamericanas al desafío del Cambio climático*. Washington DC: B.M.
- Banco Interamericano de Desarrollo-Ecuador (2004). *Estrategias del Banco con el País*. Quito: BID.
- (2007). *Ecuador: Análisis ambiental país, Informe Fase 1: Diagnóstico*. Quito: BID.

- Beck, Ulrich (2004). *Poder y contra poder en la era global*. España: Paidós.
- (2006). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. España: Paidós.
- Beck, Ulrich, A. Guiddens, N. Luhmann y Z. Barman (2007). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. España: Anthropos.
- Benz, Arthur (2010). *El Estado moderno: fundamentos de su análisis politológico*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, Carlos (2007). “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”. En *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- (2008). *El neoconstitucionalismo al debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Beuchot, Mauricio (2008). *Hermenéutica analógica y derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Bocco, Arnaldo (1987). *Auge petrolero, modernización y subdesarrollo*. Quito: FLACSO.
- Bobbio, Norberto (1997). *El tercero ausente*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- (2005). *Teoría general del derecho*. Madrid: Temis.
- (2006). *Estado, gobierno y sociedad*. México: FCE.
- Borja y Borja, Ramiro (1977). *Teoría general del Derecho y del Estado*. Buenos Aires: Depalma.
- (1979). *Derecho constitucional ecuatoriano*, Tomos I, II, III, IV, V. Quito: Ed. I.G.M.
- Bourdieu, Pierre (2002). “Elementos para una sociología del campo jurídico”. En *La fuerza del derecho*, Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. Colombia: Ediciones INUANDES.
- Brañes, Raúl (2001). *Aspectos institucionales y jurídicos del medio ambiente, incluida la participación de las Organizaciones no Gubernamentales en la Gestión Ambiental*. Washington: BID.
- Burguete Cal y Mayor, Araceli (2010). *Autonomía: la emergencia de un paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina*. Quito: FLACSO.
- Bustos, Fernando (2007). *Manual de control y gestión ambiental*. Quito: Industria Gráfica.

- Cabanellas de Torres, Guillermo (1984). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cafferatta, Néstor (2002). *Daño ambiental*. Argentina: Ed. Abeledo Perrot.
- Cajiao Jiménez, María (2006). *Manual de legislación ambiental para los países del corredor marino de conservación del Pacífico este tropical*. Costa Rica: MarViva.
- CAMAREN, CARE Internacional (2008). *Agua, minería y conflictos socioambientales*. Quito: Imprimax.
- Canguilhem, Georges (1976). *El conocimiento de la vida*. Madrid: Anagrama.
- Carbonell, Miguel (2007). "Presentación". En *Teoría del neoconstitucionalismo - ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (Ed). Madrid: Trotta.
- (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta.
- Carrión, Fernando (2008). "La descentralización como geometría variable". En *Descentralizar: un derrotero a seguir*, Fernando Carrión. Quito: FLACSO, InWent, SENPLADES.
- Castaño, Luis Ociel (2007). *El juez constitucional y el llamado nuevo derecho*. Santiago de Cali: Criterio Jurídico.
- Centeno, Julio (2000). "Población y medio ambiente". <http://www.ecologiasocial.com/biblioteca/CentenoPoblacionAmbiente.htm> (Visitada el 10 de octubre de 2011).
- CEPAL (2003). "La gobernabilidad de la gestión del agua en Ecuador". http://www.sipae.com/pdf/estrategias_de_conquista.pdf (Visitada el 18 de diciembre de 2010).
- CLIRSEN (2005). "En Ecuador se deforestan 198 000 hectáreas de bosques cada año", last updated Friday, 11 November; www.clirsens.com (Visitada el 8 octubre de 2010).
- Comanducci, Paolo (2003). "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico". En *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (Ed.). Madrid: Trotta.
- (2005). "Constitucionalización y teoría del derecho". Conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, Argentina. www.acader.unc.edu.ar (Visitada el 23 de agosto de 2009).

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1988). "Protocolo de San Salvador". <http://www.derhumanos.com.ar/legislacion/protocolo> (Visitada el 15 de noviembre de 2009, en Comunidad Andina de Naciones (2010). "Decisiones adoptadas". www.comunidadandina.org (Visitada el 21 de enero de 2010).
- Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (2010). <http://www.participacionycontrolsocial.gov.ec/web/guest> (Visitada el 8 de septiembre de 2010).
- CORDELIM (2009). www.cordelim.net/cordelim (Visitada el 18 de marzo del 2009).
- Crespo, Ricardo (2011). *La política ambiental Ecuatoriana, en Ecuador ambiental 1996-2011: Un recordiso propositivo*. Quito: CEDA.
- Criado, Marcos (2004). "La absorción del Estado por lo colectivo: el proyecto constitucional de la sociedad civil de Venezuela". En *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*, Luis Salamanca y Roberto Viciano Pastor, (Eds.). Caracas: Vadell Hermanos.
- Cunill Grau, Nuria (2010). Responsabilización por el control social. unpan1.un.org/intxadop/guups/public/
- Chiriboga, Ramiro (2000). *Propuesta de un lineamiento para la formulación de una Ley de Régimen especial para la Amazonía*. Quito: FIGEMPA.
- Chirif, Alberto (2010). "Situación y amenazas actuales contra los indígenas amazónicos". En *¿Podemos ser autónomos?* Quito: Intercooperación, RRI.
- Dávila Paredes, Tatiana (2010). *ONG y Estado. Participación, rivalidad y cooperación en la gestión ambiental*. Quito: Abya Yala, FLACSO.
- Deléage, Jean Paul (1993). *Historia de la ecología*. España: ICARIA.
- Deler, Jean Paul (1996). "Estructuras espaciales del Ecuador contemporáneo". En *Nueva Historia del Ecuador, volumen 12, Ensayos generales 1*. Quito: Ed. CEN.
- de Sousa Santos, Boaventura (2003). *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*. España: Desclée de Brouwer S. A.
- (2006). *Conocer desde el Sur: para una cultura política emancipatoria*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- (2009). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común del derecho*. Madrid: Trotta.

- (2010). *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz: Plural Editores.
- Díaz-Polanco, Héctor (1991). *Autonomía regional: la autodeterminación de los pueblos indios*. México: Siglo XXI.
- Dippel, Horst (2005). “Constitucionalismo moderno: introducción a una historia que necesita ser escrita”. *Revista Electrónica de Historia Constitucional* Número 6 - Septiembre, Depósito Legal: AS-2115-99 ISSN: 1576-4729.
- Dromi, Roberto (2001). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ed. Ciencia y Cultura.
- Duverger, Maurice (1970). *Instituciones políticas y Derecho constitucional*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, Ronald (2002). *Los derechos en serio*. España: Ariel.
- Engels, Federico (1941). *Dialéctica de la Naturaleza*. Bs. As.: Editorial Problemas.
- Escobar, Arturo (2005). *Más allá del tercer mundo. Globalización y diferencias*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Escuela de Gobierno y Políticas Públicas (2007). *Políticas públicas para pueblos indígenas en el Ecuador del siglo XXI*, Memorias del Seminario Nacional. Quito: Fundación Konrad Adenauer.
- Ecociencia-Regal (2004). “Ecuador NCSA: Perfil temático en biodiversidad”. Mimeo, Quito.
- ECCO-DMQ (2011). *Perspectivas del medio ambiente y el cambio climático en el medio urbano*. Quito: FLACSO, PNUMA.
- Echeverría, Julio (2009). *Constitución y participación ciudadana*. Quito: CEDA.
- Espasa (2001). *Diccionario Jurídico*. España.
- FAO (2010). *Evaluación de los recursos forestales mundiales*. Roma: FAO.
- FAO (2011). “Situación de los bosques en el mundo”. <http://www.fao.org/docrep/013/i2000s/i2000s00.htm> (Visitada el 20 de julio de 2011). Roma: FAO.
- Faralli, Carla (2007). *La filosofía del derecho contemporánea*. Madrid: Hispania Libros.
- (2007a). *La apertura de la filosofía del derecho a los valores ético políticos*. Argentina: vLex.

- Ferrajoli, Luigi (1998). *Derecho y razón, teoría del garantismo*. Madrid: Trotta.
- (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: U. Externado.
- (2002). “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”. *Isonomía* 16: México: Isonomía (redalyc.uaemex.mx/pdf/945/94501210.pdf).
- (2003). “Sobre los derechos fundamentales”. En *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (Ed.). Madrid: Trotta.
- (2003a). *Pasado y futuro del Estado de derecho*. En *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- (2004). *Hipótesis para una democracia cosmopolita*. En *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Trotta.
- (2006). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara.
- (2008). “La esfera de lo indecible y la división de poderes”. *Estudios constitucionales* 6(001). Chile: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrando Badia, Juan (1976). *Estudios de Ciencia Política*. Madrid: Tecnos.
- Fioravanti, Maurizio (2003). *Los derechos fundamentales. Apunte de las teorías de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- (2007). *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- FLACSO, MAE, PNUMA (2008). *GEO Ecuador. Informe sobre el estado del medio ambiente*. Quito: FLACSO.
- Foladori, Guillermo (2000). “Una tipología del pensamiento ambientalista” <http://www.universidadur.edu.uy/retema/archivos/Foladori.pdf>
- Fondo Ambiental Nacional (2010). “Fondo de áreas protegidas”. http://www.fan.org.ec/index.php?option=com_content&view= (Visitada el 9 de febrero de 2011). Quito: MAE.
- Fontaine, Guillaume (2010). *Petropolítica: una teoría de la gobernanza energética*. Quito: FLACSO, Abya-Yala, IEP.

- Foucault, Michel (2006). *Seguridad, territorio y población*. Argentina: FCE.
- Fraser, Nancy y Axel Honneth (2003). *Redistribution or recognition?* New York: Verso.
- Fundación EROSKI (2007). <http://www.consumer.es/medio-ambiente/> (Visitada el 18 de marzo de 2009).
- García, Ernest (2006). *Medio ambiente y sociedad: la civilización industrial y los límites del planeta*. España: Alianza Editorial.
- García de Enterría, Eduardo (1988). “La Constitución como norma jurídica”. En *Constitución española de 1978*, VV.AA. Madrid: AAVV.CIVITAS.
- García Figueroa, Alonso (1998). *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de R. Dworkin y R. Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2003). *La teoría del Derecho en tiempos de neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- García-Pelayo, Manuel (1999). “El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución española”. En *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Manuel García-Pelayo. Madrid: Alianza Editorial.
- Gargarella, Roberto (2008). “Los jueces frente al coto vedado”. www.cervantesvirtual.com (Visitada el 5 de mayo de 2010). Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Garrido Peña, Francisco (2007). “Sobre la epistemología ecológica”. En *El paradigma ecológico de las ciencias sociales*, J.L. Serrano y J.L. Solana (Eds.): 31-53. Barcelona: Icaria.
- Gaviria Díaz, Carlos (2010). “Los derechos económicos y sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional.
- Gherzi, Carlos (2001). *Derecho y reparación de daños*, Vol IV. Argentina: Ed. Universidad.
- Goldenberg, Isidoro y Néstor Cafferatta (2001). *Daño ambiental: Problemática de su determinación causal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Greppi, Andrea (2006). *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta.
- Guastini, Riccardo (2001). *Estudios de teoría constitucional*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México.

- (2003). “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En *Constitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (Ed.). Madrid: Trotta.
- (2010). *Ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta.
- Guiddens, Anthony (1994). *El capitalismo y la moderna teoría social*. Barcelona: Labor, S.A.
- (2010). *La política del cambio climático*. España: Alianza Editorial.
- Habermas, Jurgen (1999). *La inclusión del otro*. España: Paidós.
- Hardin, Garrett (1995). “La tragedia de los comunes”. Artículo publicado originalmente bajo el título *The Tragedy of Commons* en *Science* 162 (1968): 1243-1248. Traducción de Horacio Bonfil Sánchez. Gaceta Ecológica, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México. <http://www.ine.gob.mx/> (Visitada el 12 de noviembre de 2010).
- Heller, Hermann (1987). *La teoría del Estado*. México: FCE.
- Huanca Ayaviri, Félix (2008). *Introducción al derecho ambiental*. La Paz: Ediciones e Impresiones.
- Ibáñez, Andrés y Alexy Robert (2006). *Jueces y ponderación argumentativa*. México: IJ, UNAM.
- Jalkh, Gustavo (2009). “Presentación”. En *Desafíos constitucionales: la Constitución del 2008 en perspectiva*, Ramiro Ávila Santamaría et al. Quito: Ministerio de Justicia.
- Jellinek, Georg (2004). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, Hans (2005). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kooiman, Jan (1993b). “Governance and Gobernability: Using Complexity Dynamics and Diversity”. En *Modern Governance: Next Government-Society Interactions*, J. Fooiman (Ed.): 35-48. Londres: Sage, Publications, Ltd.
- Kymlicka, Will (1996). *Ciudadanía multicultural*. España: Paidós.
- Lassalle, Ferdinand (1997). *¿Qué es una constitución?* España: Ariel.
- Leff, Enrique (1992). “Cultura democrática, gestión ambiental y desarrollo sustentable en América Latina”. *ICARIA* 4. Barcelona: Fuhem-Icaria.

- (2002). *Saber ambiental: sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*. México: Siglo XXI.
- (2004). *Racionalidad ambiental: la apropiación de la naturaleza*. México: Siglo XXI.
- (2005). “Complejidad, racionalidad ambiental y diálogo de saberes”. Ponencia presentada en el *I Congreso Internacional Interdisciplinar de Participación, animación e Intervención Socioeducativa*. Barcelona: Centro Nacional de Educación Ambiental.
- (2006). *Aventuras de la epistemología ambiental*. México: Siglo XXI.
- Lemkow, Louis (2002). *Sociología ambiental*. España: Icaria.
- Le Prestre, Philippe (2000). *Ecopolítica internacional*. Sao Paulo: Ed. Senac.
- Luhmann, Niklas (1998). *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. España: Anthropos Editorial.
- Martín Mateo, Ramón (1977). *Derecho ambiental*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- (2001). *Derecho ambiental*. Madrid: Trivium S. A.
- Martín Fornoza, Manuel (1979). *Curso de iniciación jurídica*. Madrid: Editora Nacional.
- Martín Seco, Juan Francisco (1995). *La farsa neoliberal*. España: Temas de Hoy.
- Martínez Alier, Joan y Klaus Schlüpmann (1997). *La Ecología y la Economía*. México: Ed. FCE.
- Martínez Alier, Joan y Jordi Roca Jusmet (2001). *Economía ecológica y política ambiental*. México: FCE.
- Martínez Alier, Joan (1992). “Introducción”. En *ICARIA 4*. Barcelona: Fuhem, Icaria.
- Maya, Augusto Ángel (1995). “Caracterización y lineamiento para la conservación y manejo de la región amazónica ecuatoriana ¿Derecho rentable o cambio cultural?” en *Petróleo y Sociedad 4*. Quito: ASPEC.
- Metz, Shannah (2006). “Consentimiento previo e informado y áreas protegidas. Estudio de caso: cordillera del Cóndor, Ecuador”. Washington, DC: Center for International Environmental Law (CIEL). Marzo.

- Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador (2005). *Medio ambiente y desarrollo sustentable: manejo sustentable de los bosques, situación de los bosques en el Ecuador*. Quito: Ministerio de RR.EE.
- Ministerio del Ambiente del Ecuador (2006). *Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente*, TULASMA. R.O. 320-25-VII. Quito: Registro Oficial.
- (2007a). “Convenio de Rotterdam en Ecuador”. www.ambiente.org.ec (Visitada el 19 de enero de 2010).
- (2009). *Política ambiental nacional*. Quito: MAE.
- (2010a). “Políticas básicas para el uso sustentable y la conservación de la biodiversidad”. www.ambiente.gov.ec (Visitada el 12 de agosto de 2010).
- (2010d). “Ecuador, país megadiverso”. www.ambiente.gov.ec (Visitada el 12 de agosto de 2010).
- Ministerio Medio Ambiente de España (2010). “Principios Declaración Río 92”. http://www.mma.es/secciones/acm/aguas_continent_zonas (Visitada el 11 de enero de 2011).
- Mitchell, Bruce (1999). *La gestión de los recursos y del medio ambiente*. España: Mundi Prensa.
- Mires, Fernando (1990). *El discurso de la naturaleza: Ecología política en América Latina*. Costa Rica: DEI.
- (1992). *El discurso de la indignidad: la cuestión indígena en América Latina*. Quito: Abya Yala.
- (1995). *El orden del caos*. Caracas: Nueva Sociedad.
- Moncada, José (1983). *Las falacias de la economía convencional*. Quito: Ed. IIC.
- Morales de Satién Ravina, Carlos (2002). “Estudio preliminar”. En *La fuerza del derecho*, Pierre Bordieu y Gunther Teubner. Colombia: UNIANDES.
- Morín, Edgar (2004). “Epistemología de la complejidad”. <http://www.ugr.es/~pwlac/Welcome2008.html> (Visitada el 27 de septiembre de 2010). Madrid: Gaceta de Antropología, No. 20.
- (2007). “La epistemología de la complejidad”. En *El paradigma ecológico de las ciencias sociales*, F. Garrido, M. González de Molina, J.L. Serrano y J.L. Solana (Eds.). Barcelona: ICARIA.

- Naciones Unidas-PMA (2010). *Contra el hambre en el mundo*. Roma: Stilgráfica.
- (2010a). “Atlas Evolución de la población mundial entre los años 2010 y 2050”. <http://knol.google.com/k/atlas-evolucion-de-la-poblacion-mundial-entre-los-a%C3%B1os-2010-y-2050#> (Visitada el 10 de enero de 2011).
- Naciones Unidas, Division for Sustainable Development-DSD (2010). “Evaluación Agenda 21 Río 92”. <http://www.un.org/esa/sustdev/> (Visitada el 13 de diciembre de 2010).
- Narváez Álvarez, María José (2006). “Reparación individual y colectiva a terceros afectados por daños ambientales en el sector extractivo hidrocarburífero en la Amazonía ecuatoriana: análisis de los arts. 41, 42 y 43 de la Ley de Gestión Ambiental ecuatoriana”. Tesis. Quito: PUCE.
- (2008). “La responsabilidad civil extracontractual por daños ambientales y la institución del Código Civil ecuatoriano”. Tesis. Quito: UASB.
- (2011). “El nuevo entorno normativo de derechos y el procesamiento de conflictos socioambientales”. En *Conflictos socioambientales: políticas públicas y derechos*. Quito: Abya Yala-Secretaría de Pueblos, Movimientos sociales y participación ciudadana.
- Narváez, Iván (2000). *La dimensión política en la problemática socioambiental petrolera*. Quito: Petroecuador.
- (2004). *Derecho ambiental y temas de sociología ambiental*. Quito: Jurídica Cevallos.
- (2009). *Petróleo y poder: el colapso de un lugar singular Yasuní*. Quito: FLACSO.
- (2011). “Marco jurídico institucional y políticas ambientales públicas”. En *Estado del país: Informe Cero Ecuador 1950-2010*. Quito: FLACSO, PUCE.
- Nebel, Bernard y Wright, Richard (1999). *Ecología y desarrollo sostenible*, (6ta. Edición). México: PEARSON.
- Nino, Carlos (2007). *Introducción al análisis del derecho*. España: Astrea.
- Núñez Encobado, Manuel (1979). *Introducción al estudio del Derecho*. Madrid: Alambra.

- OLADE (2000). *Política y legislación ambiental para el sector energético en América latina y el Caribe: recomendaciones*. Quito: OLADE.
- Ordóñez Maldonado, Alejandro (2008). *La ideología neoconstitucional y las transformaciones del derecho*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Ortiz Tirado, Pablo (1997). *Globalización y conflictos socioambientales*. Quito: Abya Yala.
- (2010). *Autonomía: la emergencia de un paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina*. Quito: FLACSO.
- OTCA (2009). “Informes”. www.otca.org.br (Visitada el 11 de enero de 2009).
- Pacari, Nina (2010). “Derechos indígenas”. www.fondoindigena.net/pfican.htm (Visitada el 19 de noviembre de 2010).
- Padilla Hernández, Eduardo (2000). *Lecciones de Derecho ambiental*. Bogotá: LEYER.
- Paredes Sivirichi, José (2007). “Alf Ross y el Derecho”. <http://www.monografias.com/usuario/perfiles/jose> (Visitada el 19 de mayo de 2010).
- Pazmiño Freire, Patricio (2009). “Introducción”. En *Desafíos constitucionales: la Constitución del 2008 en perspectiva*, Ramiro Ávila Santamaría et al. Quito: Ministerio de Justicia.
- Pérez, Efraín (2000). *Derecho ambiental*. Bogotá: Mc Graw Hill.
- Pérez Velasco, Antonio (2008). *Nociones básicas de filosofía jurídica*. La Paz: Plural.
- Pigretti, Eduardo (2000). *Derecho ambiental*. Buenos Aires: Depalma.
- PNUMA (2004). *GEO Andino*. Lima: PNUMA.
- Prieto Sanchís, Luis (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.
- (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- (2003a). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Madrid: Trotta.
- Quintana Valtierra, Jesús (2000). *Derecho ambiental mexicano: lineamientos generales*. México: Ed. Porrúa.
- Quijano, Aníbal (2008). “El movimiento indígena y las cuestiones pendientes en América Latina”. En *Estado plurinacional y Estado social de*

- derecho: los límites del debate*, ICCI: 23-55. Quito: Instituto Científico de Culturas Indígenas.
- Ramírez Bastidas, Yesid (1998). *El Derecho ambiental* (2da. Edición). Bogotá: Jurídicas Gustavo Bañez.
- Ramírez Gallegos, Franklin (2002). “Para re-pensar el proyectismo: poder, conocimiento y sujetización en las intervenciones del desarrollo”. En *Versiones y aversiones del desarrollo*, R. Ramírez y Franklin Ramírez (Eds.). Quito: CEED, UASB.
- Ramírez Gronda, Juan (1976). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Claridad.
- Rawls, Jhon (2000). *Teoría de la justicia*. México: FCE.
- Ricard, J.E., y M.A. Rodríguez-Badal (1997). *Estrategia medioambiental*. Barcelona: Ed. FOLIO.
- Robles, Gregorio (1997). *Sociología del Derecho*. Madrid: Civitas.
- Ruiz, Patricio (2002). *Legislación ambiental hidrocarburífera del Ecuador*. Quito: Ed. Universitaria.
- Ruiz, Adolfo (2008). “La naturaleza con derechos”. *El Universo*, junio 24.
- Salvador Martínez, María (2009). *A propósito de la obra de Horst Dippel, Constitucionalismo moderno*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- Sánchez, Baquerizo, Luis (2008). “Los derechos de la naturaleza. Desde mi trinchera”. <http://www.desdemitrinchera.com/> (Visitada el 9 de septiembre de 2009).
- Sastre Ariza, Santiago (1999). *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw Hill. Madrid.
- SENPLADES (2010). “Plan Nacional del Buen Vivir”. Quito: SENPLADES.
- Serrano, Vladimiro (1988). *Ecología y Derecho*. Quito: FESO.
- Sisa, Xavier (2003). “Medio ambiente y administración de justicia”. En *Petróleo y desarrollo sostenible en el Ecuador*, G. Fontaine (Comp.). Quito: FLACSO.
- Speth, James Gustave (2002). “Nuevo enfoque para el ecologismo”. Suplemento *Revista Gestión*, noviembre, Quito.
- Stavenhagen, Rodolfo (1988). *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: IIDH, Colegio de México.

- (2006). “Los derechos culturales y los derechos colectivos en tiempos de globalización”. En *Derechos humanos y globalización alternativa: una perspectiva iberoamericana*. México: Universidad Iberoamericana Puebla.
- (2008). “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”. Ponencia presentada en el XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 18 al 29 de agosto.
- Stutzin, Godofredo (1984). “Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza”. *Revista Ambiente y Desarrollo* I(1): 97-114. Santiago de Chile.
- Taylor, Charles (2001). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: FCE.
- Terán, Mauro (1976). *Manual de Derecho internacional público contemporáneo*. Quito: Editorial Universitaria.
- Torbisco Casals, Neus (2001). “Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal”. <http://www.tesisred.net/TDX> (Visitada el 21 de julio de 2010). Madrid: Universidad Pompeu Fabra.
- Touraine, Alain (1997). *¿Podremos vivir juntos?* Buenos Aires: FCE.
- (2002). *La crisis de la modernidad*. México: FCE.
- (2006). *El nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*. Buenos Aires: Paidós.
- Ulrich, Kuffner (2005). “El proceso de la formulación de la política hídrica en Ecuador”. En *Administración del agua en América Latina: situación actual y perspectivas*. Chile: CEPAL.
- UNEP (2010). “El estado de la población mundial”. www.unfpa.org/swp/2009/es/ (Visitada el 12 de enero de 2010).
- (2010). “Los principios de Estocolmo 1972”. <http://www.grida.no/publications/other/geo3/?src=/geo/geo3/spanish/039.htm> (Visitada el 13 enero de 2010).
- Varios (1992). *Derecho y medio ambiente*. Bogotá: FESCOL.
- Viciano, Roberto y Rubén Martínez (2005). “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Ágora, Revista de ciencias sociales* 13. Madrid.

- (2010). *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Quito: Corte Constitucional.
- Vila Casado, Iván (2007). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: LEGIS.
- Vudoyra Nieto, Ricardo (2009). “John Rawls. Una teoría de la justicia”. <http://ghrendhel.tripod.com/textos/rawls.htm> (Visitada el 20 de octubre de 2009).
- Walsh, Catherine (2009). *Interculturalidad, Estado y sociedad; luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito: UASB.
- Walzer, Michael (1998). *Tratado sobre la tolerancia*. España: Paidós.
- Weber, Max (2004). *Economía y sociedad*. México: FCE.
- Wilches-Chaux (1992). “La dimensión política del tema ambiental: una reflexión personal”. En *Derecho y medio ambiente*. Bogotá: FESCOL.
- Young, Iris (2001). “Teoría política: una visión general”. En *Nuevo manual de ciencia política*, Robert E. Goodin y Hans-Dieter Klingemann (eds.). España: ISTMO.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.
- Zagrebelsky, G. y Carlo Martini (2003). *La exigencia de la justicia*. Madrid: Trotta.
- Zavala Egas, Jorge (2009). *Neoconstitucionalismo: acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad, proceso constitucional. Un caso: “La declaración patrimonial”*. Guayaquil. s/e.
- Zárate, Carlos Alberto (1992). “Hacia el planteamiento de un nuevo contrato natural de Holbach y Morelly”. En *Derecho y medio ambiente*. Bogotá: FESCOL, CEREC.
- Zolo, Danilo (2002). “Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas”. En *Anales de cátedra Francisco Suárez* 36, Traducción de Pedro Mercado Pacheco. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo> (Visitada el 3 de febrero de 2010).

Bibliografía jurídica

- Constitución Política de la República del Ecuador (1998). CEP: Quito.
- Constitución Política de la República del Ecuador (2008). CEP: Quito.
- Constitución Política de la República del Perú.
- Código Civil.
- Ley de Reforma Agraria.
- Ley de Fomento Agropecuario.
- Ley de Colonización de la Región Amazónica.
- Ley de Aguas.
- Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, expedida 24/08/81.
- Ley Reformativa al Código Penal R.O. No. 2. 01/25/2000 (C. P. Capítulo X A).
- Ley Orgánica de las Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental. D.S. No. 374, con derogatoria parcial, R.O. No. 9731/05/1976.
- Ley de Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Quito.
- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (R. O. suplemento 337 del 18/05/ 2004).
- Normas técnicas de control externo ambiental. Contraloría General del Estado ha emitido sus 14 normas, R.O. No. 538 del 20 de marzo del 2002.
- Tratado de Kioto (Cambio climático).
- TULASMA (R.O. No. 320 del 25 de julio del 2006).

Páginas Web

- www.elpais.com./articulo/opinion/Londres/otros/tiempos/dificiles/elporopi/20050
- www.Diccionario filosofico http://filosofia.org/filomat
- www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras
- www.pnuma.org/
- www.un.org/esa/sustdev/

www.ramsar.org
www.cordelim.net/cordelim)
www.ambiente.org.ec
www.consumer.es/medio-ambiente/
www.otca.org.br
www.comunidadandina.org
www.forestal@ambiente.gov.ec
www.yasuni-itt.gov.ec
www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades
www.ambiente.gob.ec
www.ramsar.org.

Anexos

Anexo 1:

Los convenios y tratados internacionales

Se asume que a excepción de las decisiones del Consejo de Seguridad y, quizá, de algunas recomendaciones hechas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el valor internacional que más se parece a la legislación es el acuerdo entre las naciones. Es un sistema legal que adopta un procedimiento consensual teórico y que basa el derecho en el convenio entre estados, el contenido de los tratados constituye la fuente principal de obligaciones jurídicas. Son superiores en muchos aspectos a otras fuentes. La existencia de la norma y la aquiescencia de los estados se establecen sin dificultad; en general, el estilo está cuidado y no suelen tener más ambigüedades de interpretación que las características de cualquier documento legislativo; la utilidad de los tratados y el valor de su observancia son comprendidos por todos los estados.

Los convenios y otros instrumentos internacionales constituyen una base fundamental para la formulación de la legislación ambiental de cualquier Estado, no obstante, todavía existen criterios contradictorios al respecto y que ameritan ser considerados:

- Se debate sobre si son o no Derecho
- No se imponen por la fuerza
- Son de aceptación voluntaria y sujetos a ratificación
- Implican un sistema de reservas
- El comportamiento del Estado está en función de sus propios “intereses”
- La opinión pública interna pesa mucho para su ratificación
- Generan imagen internacional
- Su ratificación connota el grado de desarrollo jurídico, político y social del país
- Hay casos en los que su suscripción está sujeta a diversos intereses económicos o políticos (caso Tratado de Kioto)

Entre los convenios más importantes y que corresponden a la contemporaneidad, a partir de la creciente preocupación por los denominados problemas ambientales de tercera generación, más conocidos como problemas globales: lluvia ácida, agotamiento del ozono estratosférico, calentamiento global conocido también como cambio climático –el efecto invernadero–, la deforestación –desertización–, preservación de la biodiversidad, el tráfico internacional de productos y desechos tóxicos peligrosos, la protección del medio ambiente en tiempos de conflicto armado, la explosión demográfica, la pobreza de los países del Sur, etc., haremos referencia a los siguientes:

Declaración de Principios del Consejo de Europa Sobre la Lucha Contra la Contaminación del Aire

Fue aprobada mediante resolución del Consejo de Europa el 8 de marzo de 1963 y trata sobre la necesidad de que los estados miembros adopten las medidas legislativas y administrativas para prevenir o reducir la contaminación del aire. Establece una serie de principios que guíen dichas medidas y promueve la investigación en la materia.

Carta del Agua del Consejo de Europa

Proclamada en Estrasburgo el 6 de mayo de 1968 por parte del Consejo de Europa y se refiere a la necesidad de tratar al agua como un bien indispensable para toda actividad humana; como un recurso limitado que si se altera su calidad se perjudica a la vida humana y otros seres vivos; sobre el mantenimiento y conservación de los recursos hídricos y reconocimiento de que es un recurso común de valor universal que debe ser cuidado y no desperdiciado.

Programas Intergubernamentales sobre el Hombre y la Biosfera (MBA)

Fue creado en 1970, tiene sus orígenes en las recomendaciones de la Conferencia sobre la Biosfera, organizada por UNESCO –París 1968, con la participación de FAO, OMS y UICN. El Consejo de Coordinación Internacional del MBA ha establecido 14 proyectos científicos internacionales que forman el núcleo del programa, cuyo denominador común es el análisis de los sistemas ecológicos, de su estructura y funcionamiento.

Carta de los Suelos del Consejo de Europa

Fue aprobada en Estrasburgo en 1972 y trata sobre: el suelo en cuanto bien que permite la vida de los vegetales, animales y el hombre; los métodos agrícolas y forestales para preservar la calidad de los suelos, la prevención de la contaminación del suelo y la asignación de usos del suelo mediante políticas de ordenamiento del territorio.

Declaración sobre las Políticas del Medio Ambiente de Carácter Anticipativo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)

Se trata de un decálogo que considera: la adopción de instrumentos económicos, financieros y reglamentarios para incitar a las empresas públicas, privadas y que tengan en cuenta de manera anticipada las consecuencias de acción sobre el medio ambiente.

Fue elaborada por los Ministros del Medio Ambiente el 8 de mayo de 1979 y que reafirmó la declaración de 1974 sobre las políticas del medio ambiente y que reconoce la necesidad de integrar las políticas medioambientales y económicas y que aquellas tengan en cuenta una fase previa las consecuencias para el medio ambiente de las decisiones que puedan afectarle.

La Estrategia Mundial para la Conservación

Fue presentada en 1980 por la UICN con el respaldo político y financiero del PNUMA, WWF, FAO Y UNESCO. La idea central es la de armonizar la política de desarrollo con la conservación de los recursos vivos, siempre que se lleve a cabo una gestión integrada de los mismos. Proporcionar una orientación política de cómo llevarlo a cabo a tres grupos de agentes sociales implicados: funcionarios y actores de los gobiernos, conservacionistas y cuantos estén directamente vinculados con los recursos vivos, y, a los responsables del desarrollo, incluyendo los organismos de asistencia, la industria, el comercio y los sindicatos.

Sustentabilidad, una Estrategia para el cuidado del planeta

Comienza con la exposición de una serie de generalidades a modo de introducción, en donde se exponen varios conceptos que posteriormente se desarrollan. El contenido se divide en cuatro partes: las bases de la estrategia, las direcciones estratégicas de actuación, los ámbitos territoriales y productivos y, la ejecución de la estrategia. El texto concluye con una relación de anexos que documentan lo anterior.

Este documento es más complejo que el anterior y fue presentado oficialmente el 5 de junio de 1991, los responsables de la elaboración fueron la UICN, PNUMA, WWF y con el patrocinio de muchas organizaciones más.

Informe Brundtland

Socializado ampliamente en 1992, año en el que se celebró la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo). El informe constituye un documento complejo en el que se estudian las realidades económicas y ecológicas de los estados desarrollados y en vías de desarrollo. La conclusión es que se debe proceder a un cambio radical del modo de dirigir la economía mun-

dial de los países. Se plantea como meta el desarrollo sustentable o sostenible, y que lo define la Comisión Brundtland como aquel que abre nuevas vías de progreso económico y social que satisfagan las necesidades del presente sin comprometer a las generaciones futuras.

Informe del Club de Roma

Se publicó en 1992 y fue elaborado por Alexander King y Bertrand Scheider. Trata sobre el estado del planeta e incluye una de las tres urgencias a las que se enfrenta la humanidad y la protección del medio ambiente, conocida como “Hacia un medio ambiente para la supervivencia”. Los autores abogan por una política internacional de prevención aplicable a tres frentes. La reducción de la emisión de bióxido de carbono para evitar las posibles consecuencias del sobrecalentamiento de la atmósfera (efecto invernadero), la reforestación y el desarrollo de nuevas formas de energía, otorgando la máxima prioridad a su conservación y eficiencia al ser utilizados.

Convenios y tratados internacionales

Son instrumentos jurídicos internacionales que han servido de base para los ordenamientos internos en el área ambiental, o asumidos por la legislación de los países con carácter vinculante. Bustos (2007: 468-477) registran más de noventa acuerdos multilaterales sometidos al Derecho internacional público, por requerimientos del presente texto se citan conforme a criterio del autor e incorporando otros relevantes:

- Convenio relativo a la conservación de la fauna y flora silvestre. Londres 8 de noviembre de 1993.
- Convención para la protección de la flora, fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América, Washington, 1940, 1942.
- Convenio para la regulación de la pesca de la ballena. Washington 2 de diciembre de 1946.

- Convenio para la protección de los pájaros útiles a la agricultura. París 18 de octubre de 1950.
- Convenio sobre el establecimiento de un control de seguridad en materia de energía nuclear. París 20 de diciembre de 1957.
- Convención sobre la alta mar, Ginebra 29 de abril de 1958.
- Convención sobre la pesca y conservación de los recursos vivos de alta mar. Ginebra 29 de abril de 1958.
- Tratado Antártico. Washington 1 de diciembre de 1959.
- Convenio sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear. París 29 de julio de 1960.
- Convenio complementario del 29 de julio de 1960, sobre responsabilidad civil. Bruselas 31 de enero de 1963.
- Tratado de prohibición de pruebas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y bajo el agua. Moscú 5 de agosto de 1963.
- Convenio de conservación de atún del Atlántico. Río de Janeiro 14 de mayo de 1966.
- Acuerdo europeo sobre limitación del empleo de detergentes en los productos de lavado. Estrasburgo 16 de septiembre de 1968.
- Convenio por intervención en alta mar en casos de accidentes que causen o puedan causar una contaminación por hidrocarburos. Bruselas 29 de noviembre de 1969.
- Convenio sobre responsabilidad civil por daños debido a la contaminación por hidrocarburos. Bruselas 29 de noviembre de 1969.
- Convenio relativo a humedales de importancia internacional, como hábitat de aves acuáticas Ramsar 2 de febrero de 1971.
- Convenio sobre responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de sustancias nucleares. Bruselas 17 de diciembre de 1971.
- Convenio sobre constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos. Bruselas 18 de diciembre de 1971.
- Convenio sobre la prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves. Oslo 15 de febrero de 1972. (Enmienda: Oslo 2 de marzo de 1983).
- Convención sobre protección del patrimonio mundial, cultural y natural. París 23 de noviembre de 1972.

- Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertido de desechos y otras materias. Londres, México D.F., Moscú y Washington. 29 de diciembre de 1972.
- Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres. Washington 3 de marzo de 1973.
- Convenio sobre la contaminación provocada por buques. Londres 2 de noviembre de 1973.
- Convenio para la prevención de la contaminación marina de origen terrestre. París 4 de junio de 1974.
- Convenio para la protección del Mediterráneo contra la contaminación. Barcelona 16 de febrero de 1976
- Convención sobre la prohibición de usar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles. Nueva York 10 de diciembre de 1976.
- Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres. Boom 23 de junio de 1979.
- Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa. Berna 19 de septiembre de 1979.
- Convenio sobre contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia. Ginebra 13 de noviembre de 1979.
- Convenio sobre la conservación de recursos vivos antárticos. Canberra 20 de mayo de 1980.
- Convenio de las maderas tropicales. Ginebra 18 de noviembre de 1983.
- Convenio para la protección de la capa de ozono¹. Viena 22 de marzo de 1985.
- Convenio sobre la notificación de accidentes nucleares. Viena 26 de septiembre de 1986.

1 La Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, 1985, trata el tema de los compuestos químicos como los clorofluorocarbonos (CFC), halógenos y otras sustancias que pueden tener algún impacto sobre el ozono estratosférico, se incluye a los Nox. El Protocolo de Montreal de 1987 establece límites de consumo de consumo y producción respecto de cinco tipos de CFC y tres halógenos. Con respecto a los CFC, el consumo se limita a los niveles de 1986. La meta final es una reducción del 50% de los niveles de consumo de 1986 para 1988-1989, pero no se logró y el problema continúa siendo muy grave.

- Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos. Basilea 22 de marzo de 1989.
- Convenio sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos. Londres 30 de noviembre de 1990.
- Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo. Espoo 25 de febrero de 1991.
- Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático. Nueva York 9 de mayo de 1992.
- Convenio sobre la diversidad biológica². Río de Janeiro 5 de junio de 1992.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y desarrollo. Río de Janeiro 1992.
- Convenio de las maderas tropicales. Ginebra 18 de noviembre de 1983.
- Convención de las Naciones Unidas sobre desertificación en países afectados por sequía grave. París 17 de junio de 1994.
- Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho al mar. Nueva York 10 de diciembre de 1982. 28 de julio de 1984.
- Convención sobre seguridad nuclear. Viena 20 de septiembre de 1994.
- Convenio 169 de la OIT (por su particularidad lo tratamos en profundidad al final de este capítulo)
- Protocolo de Kioto³, acuerdo alcanzado en diciembre de 1997, en la tercera reunión de los participantes en la CMCC efectuada en mayo de 1992, en New York.

2 La Convención sobre la Diversidad Biológica suscrita en 1992 en la Conferencia de Río, implica fundamentalmente la necesidad de un monitoreo de la diversidad biológica a nivel nacional y el desarrollo de estrategias nacionales para su conservación.

3 El Protocolo de Kioto, tiene relación a los fenómenos climáticos de alcance global y se refiere al cambio climático; 160 naciones llegaron a un acuerdo en 1997, mediante el cual los países desarrollados reducirán sus emisiones promedio durante el período 2008-2012 a un promedio de alrededor de 5% por debajo de los niveles de 1990. Dichos gases son: dióxido de carbonos (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hexafluoruro de azufre (SF₆), y dos grupos de gases industriales, hidrofluorocarbonos (HFC5). Y perfluorocarbonos (PFCs), esto implica propender a un desarrollo limpio.

- Convención sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas ambientales (Convención de Aarhus, 1998).
- Declaración de Santa Cruz de la Sierra y el plan de acción para el desarrollo sustentable en las Américas. Bolivia: diciembre de 1996).

Organismos internacionales

- Estrategia Mundial para la Conservación, presentada por la UICN en 1980, con el apoyo del PNUMA y del WWF, y con la colaboración de la FAO y UNESCO. Plantea como idea central la posibilidad de armonizar la política de desarrollo con la conservación de los recursos vivos, siempre que se lleve a efecto una gestión integrada de los mismos. Presenta una orientación política para llevarlos a cabo por parte de tres grupos o agentes: funcionarios y asesores de gobiernos; conservacionistas y quienes estén vinculados a los recursos vivos; y los responsables del desarrollo incluyendo a los organismos de asistencia, la industria, el comercio y los sindicatos. Sus objetivos están dirigidos a mantener, preservar y asegurar los procesos ecológicos esenciales, la diversidad genética y el aprovechamiento sostenido de las especies y los ecosistemas.
- Entre otras iniciativas de relevancia cabe hacer constar: el Tratado de Cooperación Amazónica, la Convención sobre la Conservación de la Biodiversidad en y Protección de las Áreas Silvestres Prioritarias en América Central, Convención para la Protección y Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe y el Plan de Acción de 1994, Conferencia Global sobre Desarrollo Sustentable en los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (OLADE, 2000).
- Especial mención merecen otros instrumentos internacionales que tienen incidencia política, económica, social, ambiental, etc. como son: El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT, administrado desde 1995 por la OMC; Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLC o NAFTA) que fue suscrito en forma paralela y en conexión con el Acuerdo de Cooperación Ambiental de

América del Norte (ACAAN), El TCL contiene una disposición por la cual se confiere primacía a ciertos convenios ambientales multinationales, incluyendo la Convención de Viena sobre la protección de la capa de ozono y el Protocolo de Montreal, y la Convención de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación.

- Estas convenciones se extienden hacia América Latina y otras regiones, por ejemplo: Canadá y Chile ya han suscrito un acuerdo ambiental virtualmente idéntico al TLC.
- El Mercado Común del Sur (MERCOSUR), conformado en 1991 empezó a regir desde 1995, es una alianza de integración económica entre: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, a los que se podrían sumar Chile, Bolivia y Venezuela y Perú que ya han expresado su interés para hacerlo. Uno de los componentes de este instrumento es la preservación ambiental.
- El Acuerdo de Cartagena, o Acuerdo de Integración Subregional Andino, suscrito el 28 de mayo de 1969 por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela que se adhirió en 1973, sus objetivos la cooperación económica y social y en otras áreas de interés. En 1996, el 10 de marzo, en Trujillo –Perú– se suscribe el protocolo modificadorio del Acuerdo de Cartagena creando la Comunidad Andina de Naciones. En junio de 1997, de la que se retiró Venezuela, se aprobó el Protocolo de Sucre –Bolivia–, que introduce ciertas modificaciones, entraría en vigor con las ratificaciones correspondientes.
- Este organismo internacional ha expedido diversas decisiones relacionadas con el tema ambiental, por ejemplo: Decisión 486 del 2000; Régimen común de propiedad industrial; Decisión 345 de 1993, Régimen común de protección a los derechos de los obtenedores de variedades vegetales; Decisión 391 de 1996; Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos; Decisión 435 de 1998: Comité andino de autoridades ambientales; Decisión 182 de 1983; Sistema Andino “José Celestino Mutis” sobre agricultura, seguridad alimentaria y conservación del ambiente; Decisión 436 de 1998. Registro de control de plaguicidas químicos de uso agrícola.

- La Comunidad Andina ha elaborado las Propuestas para el Desarrollo del Derecho Comunitario Ambiental Andino, entre otras: adoptar un régimen común sobre biodiversidad, elaborar una propuesta de estrategia regional de biodiversidad, elaborar un plan de acción ambiental andino, establecer mecanismo para uso y manejo racional de los recursos naturales renovables, etc. (Ponce de León, 2001: 85 y ss.).

Organismos internacionales de financiamiento

Entre otros: el Banco Mundial, y el Banco Interamericano de Desarrollo (2004) dan mucha importancia a los impactos ambientales de los proyectos emprendidos con sus fondos, estableciendo sus propios parámetros o prioridades con respecto a la protección ambiental y mitigación, tomando en cuenta que su razón de ser es el crecimiento económico en directa relación a su visión de desarrollo y utilización energética.

Desde el punto de vista político esto implica una mayor dependencia a medidas de conservación y a una fuerte proclividad a preferir instrumentos económicos en la aplicación de política ambiental al desarrollo energético, asegurando que los precios energéticos reflejen el verdadero costo del suministro, incluyendo los costos de mitigación, así como los costos derivados de los daños ambientales y la remediación, y a su vez, para que los precios resultantes (no subsidiados) promuevan la eficiencia en el consumo final. Según la política del Banco mundial para el desarrollo del sector energético, el mejoramiento de los marcos básicos institucionales y de incentivos constituye la primera prioridad para aumentar la eficiencia en el suministro y consumo de energéticos en los países pobres.

Este doble enfoque buscaría que la estructura fiscal y económica de un país y su marco legal y control trabajen conjuntamente para lograr un desarrollo energético sustentable por medio de una combinación de instrumentos económicos y legales que, unidos, constituyan la estrategia energética integrada de un país. A nivel general se asume que existen dos condiciones para que una política energética relacionada con el medio ambiente tenga éxito, primero: debe haber coherencia interna entre políticas, de tal modo que el sistema fiscal y el reglamentario no se contradi-

gan mutuamente, segundo: se debe aplicar el marco legal y económico a todos en igualdad de condiciones.

La posición del Banco Mundial es apoyar la adoptada por el PNUMA el 22 de julio de 1997. En este sentido, los departamentos del medio ambiente y de la industria y energía del organismo emitieron el borrador de la nueva estrategia de energía y medio ambiente, fuertemente influenciada por la discusión en torno al cambio climático.

Ya es política del Banco Interamericano de Desarrollo incluir al medio ambiente como una de las tres áreas claves de la institución, las otras dos son la pobreza y el apoyo al sector privado, en concreto plantea: la elaboración de planes integrados de desarrollo energético a costos mínimos, que el mismo los puede financiar, con la condición de que incluyan los costos y beneficios ambientales para el área de influencia de las propuestas de desarrollo energético; promoción del uso eficiente de la energía; desarrollo y ejecución de programas de integración energética regional; reducir y reemplazar la utilización de hidrocarburos en la producción de energía. En fin, el Banco encuentra 6 temas principales como desafío para la región: a) La consolidación de la reforma estructural y legislativa; b) La necesidad de atraer capital foráneo e interno; c) El desarrollo de patrones de producción y uso de energía que sean compatibles con el medio ambiente; d) La extensión de opciones moderna de energía a toda la población; e) La integración de mercados energéticos regionales; f) El manejo apropiado de la temática intersectorial en la búsqueda de soluciones.

En conclusión, es evidente que los temas ambientales se han vuelto un factor importante en las decisiones de los bancos con respecto al financiamiento y al desarrollo. Entre los temas de importancia para los países de América Latina y del Caribe se incluyen: 1) El manejo de la demanda y 2) Los instrumentos económicos tales como la contabilidad ambiental y los impuestos ambientales (OLADE, 2000: 26 y ss.).

Detrás de esta estrategia subyace una intencionalidad de control político de los países, y de radicalización de la relación de dependencia, en función de los intereses económicos de los países centrales que manejan dichos organismos. Además, la consolidación del sistema económico político neoliberal, a través de una de sus dimensiones, la globalización. Siempre la hegemonía económico-financiera expresa condiciones de so-

metimiento, aunque connote interés en el apoyo al desarrollo, partiendo del crecimiento económico como premisa fundamental. Quizá se trata de lograr un crecimiento económico mediante la protección simultánea de la base natural y la integridad del acervo de capital, a fin de producir los excedentes necesarios para mejorar la calidad de vida de la población e incorporar en el proceso de desarrollo a los grupos que viven en condiciones de pobreza.

El Banco Mundial, respecto al sector petrolero ecuatoriano en particular y en relación a los impactos ambientales y sociales, enfatiza que la industria petrolera prestó poca atención a estos asuntos, en consecuencia existen pasivos ambientales significativos y que uno de los mayores problemas constituye el tratamiento y eliminación del agua de formación, y en la medida en que el corte de agua es creciente en estas explotaciones, es indispensable aplicar medidas radicales. Respecto a la quema de gas asociado señala que es una práctica perniciosa en los campos en producción en Petroecuador y que fácilmente la quema supera los 50 millones de pies cúbicos diarios, concluye afirmando que no se está apoyando un verdadero desarrollo sustentable que eleve el bienestar de la población y que permita la implementación de proyectos que hagan factible el desarrollo sostenido de estas regiones. Sugiere tomar acciones que permitan la remediación de los pasivos ambientales y en el plano social, que el Estado desarrolle un programa integral de beneficio a las comunidades, haciéndoles partícipes del beneficio de la explotación en términos económicos (Banco Mundial, 2003: 107 y ss.).

El Gobierno del economista Rafael Correa ha asumido una política de autonomía frente a estos organismos, y en el marco de los acuerdos internacionales, sigue las directrices de organismos que impulsan el desarrollo sustentable. Más aún, ha planteado la no extracción petrolera, como una política de conservación y de control de emisiones de gases de efecto invernadero, en función de disminuir los peligros que implica el cambio climático.

Anexo 2: Legislación vigente, relacionada a la materia ambiental

Con la vigencia del Constitución de la República, a partir del 2008, se inicia un proceso de reformas legales, derogación y creación de nuevas leyes, en función de adecuar el ordenamiento jurídico a los postulados constitucionales. El nuevo marco normativo, institucional y de políticas públicas en general, y ambientales en particular, responde a los requerimientos del nuevo modelo político de Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional (en clave neoconstitucional).

A noviembre del 2011 el régimen ha anunciado la promulgación de un Código penal que comprenda: el Código penal, el Código de procedimiento penal y la Ley de ejecución de penas y ello implica que habrá modificaciones respecto a los delitos ambientales tipificados en el actual Código penal. Lo propio sucede en materia ambiental, se anuncia la promulgación de un Código ambiental, y ello implica la modificación de la normativa sectorial, entre otras de la Ley de gestión ambiental; al margen de que se ha venido promulgando legislación pertinente vía administrativa.

Con la promulgación del COOTAD por ejemplo: se modifican las leyes orgánicas de régimen seccional provincial y municipal, con lo cual, el nuevo instrumento innova disposiciones ambientales, descentralización o fraccionamiento competencial ambiental, a acuerdo al enfoque constitucional.

La siguiente sinopsis de leyes ambientales tiene sentido, únicamente para enfatizar aspectos relativos a la contaminación, conservación, tutela de derechos, prevención y control de gestión, etc. y relieves que Ecuador no está a la saga de otros estados, sino al contrario, en ciertos aspectos lidera iniciativas como aquella de reconocer derechos a la naturaleza. Este solo hecho magnifica la preocupación ecológica de la sociedad ecuatoriana y alienta a continuar legislando en función de los intereses plurinacionales, regionales y del planeta.

Por otra parte, cabe recalcar la importancia de la participación ciudadana en la promulgación de la normativa ambiental, ello refleja el nivel de comprometimiento con la defensa de los derechos fundamentales y de la naturaleza,

Constitución de la República del Ecuador

Es el máximo estatuto del país y prescribe normas que establecen como deberes fundamentales del Estado: defender el patrimonio natural y cultural y proteger el medio ambiente. Garantiza el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación; reconoce los derechos de la naturaleza, el Sumak Kausay, y el deber de preservar el medio ambiente utilizando los recursos naturales de modo sustentable.

Establece los derechos colectivos de los pueblos indígenas y negros; garantiza el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables de sus tierras; la conservación y promoción de sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural; además garantiza la protección de los lugares sagrados, rituales, plantas, minerales y ecosistemas de interés vital.

El capítulo 5, sección segunda, prescribe la protección del Estado al derecho de vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice el desarrollo sustentable, preservación y conservación del medio ambiente, ecosistemas, biodiversidad e integridad del patrimonio genético del país, la prevención de contaminación y la recuperación de espacios naturales degradados. Dispone la tipificación de infracciones y el establecimiento de procesos para determinar responsabilidades administrativas, civiles y penales. Promueve el uso de tecnologías ambientales limpias y de energías alternativas no contaminantes; prohíbe la producción, importación y distribución de sustancias tóxicas y peligrosas, para el medio ambiente, la tenencia y manejo de cualquier índole de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio Ecuatoriano de desechos y residuos nucleares y tóxicos; adopta como principio tomar medidas preventivas en caso de duda sobre la afectación al medio ambiente.

Ley orgánica de la salud

Regula las actividades que directa o indirectamente afectan al ambiente en que vive el ser humano, y prevé como enfrentar las consecuencias nocivas

para la salud en todas las áreas medioambientales susceptibles de contaminación; para el efecto establece normas de prevención.

Ley de gestión ambiental

Fue producto de un amplio debate con la participación de los sectores público, privado, productivo y social. Entre sus principales características principales:

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

El proceso de Gestión Ambiental se orienta bajo los principios universales del Desarrollo Sustentable, contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, sobre medio ambiente y desarrollo, y se sujeta a los principios de solidaridad, corresponsabilidad, cooperación, coordinación, reciclaje y reutilización de desechos, utilización de tecnologías y alternativas ambientalmente sustentables y respecto a las culturas y prácticas tradicionales.

Establece que toda normativa ambiental que expidan dentro de su competencia las instituciones del Estado, deberán observar las siguientes etapas, según corresponda: desarrollo de estudios técnicos sectoriales, económicos, de relaciones comunitarias, capacidad institucional y consultas a organismos competentes e información a los sectores ciudadanos.

Establece el Sistema de Descentralización de Gestión Ambiental como un mecanismo de coordinación transectorial, interacción y cooperación entre los distintos ámbitos, sistemas y subsistemas de manejo ambiental y de gestión de recursos naturales.

Por excepción contempla el aprovechamiento racional de los recursos no renovables dentro del patrimonio de áreas naturales protegidas del Estado y en ecosistemas frágiles, previo un estudio de factibilidad económico y de evaluación de impactos ambientales.

Crea el Régimen Institucional de la Gestión Ambiental, establecida por las políticas generales de desarrollo sustentable para la conservación y aprovechamiento del patrimonio natural y de los recursos naturales que establezca el Presidente de la República, al aprobar el Plan Ambiental Ecuatoriano. Para cumplir con las políticas ambientales y el Plan, el Presidente cuenta con un Consejo Nacional de Desarrollo Sustentable.

La autoridad ambiental es ejercida por el Ministerio del ramo, que actuará como instancia rectora, coordinadora y reguladora del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental.

Ley forestal y de conservación de áreas naturales y vida silvestre

Determina el patrimonio forestal del Estado, conformado por tierras forestales de su propiedad, bosques naturales, los cultivados por su cuenta y la flora y fauna silvestres. Prescribe que los manglares aunque existan en propiedades particulares se consideran bienes del Estado y están fuera del comercio y podrán ser explotados mediante concesión prevista en esta Ley. Las tierras que son patrimonio forestal del Estado están exentas de las formas de adquirir el dominio previsto en el derecho civil. Esta Ley da los parámetros para delimitar el patrimonio forestal, y define las características necesarias para considerar cuales son los bosques y vegetación protectores, regula las tierras forestales y los bosques de propiedad privada, precautela la forestación y reforestación de las tierras de aptitud forestal, para el aprovechamiento y producción forestal establece una clasificación de bosques: a) Bosques Estatales de producción permanente, b) Bosques privados de producción permanente, c) Bosques protectores; y, d) Bosques y áreas especiales o experimentales.

Establece que el patrimonio de áreas naturales del Estado se halla constituido por el conjunto de áreas silvestres que tienen valor científico, escénico, educacional, turístico y recreacional por su flora y fauna y porque constituyen ecosistemas que contribuyen a mantener el equilibrio del medio ambiente, clasificándolas por categorías para efectos de su administración: a) Parques Nacionales; b) Reserva Ecológica, c) Refugio de Vida Silvestre, d) Reservas Biológicas, e) Áreas Nacionales de Recreación, f)

Reserva de Producción de Fauna, g) Área de Caza y Pesca. Este patrimonio es inalterable, inalienable, imprescriptible y no puede constituirse sobre él ningún derecho real.

Determina los deberes y atribuciones del Ministerio del Ambiente en cuanto es el órgano regulador y responsable de aplicar las normas de esta Ley en los referente a uso, comercialización, preservación, conservación de los recursos forestales; contiene algunas normas sancionadoras, su jurisdicción y procedimiento, sin perjuicio de la sanción por los delitos previstos en el Código Penal y la Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable para la provincia de Galápagos.

Ley de aguas

Un criterio más o menos generalizado es que el reconocimiento del Estado ecuatoriano como un Estado constitucional de derechos, plurinacional e intercultural no fue un hecho accidental ni poco reflexionado. Surgió de la constatación que sólo en el reconocimiento de las diversidades, de la injusticia histórica con los pueblos indígenas y de la procedencia diversa se puede construir un Estado incluyente. Un espacio en donde la plurinacionalidad cobra más sentido es en la responsabilidad sobre el manejo del agua, y esto implica resolver el acaparamiento del elemento, la privatización y la necesaria desprivatización. Adicionalmente, cabe rescatar el potencial cultural de los pueblos y nacionalidades indígenas, depositarios ancestrales de prácticas y mecanismos milenarios, para el manejo sustentable del líquido vital. Sus conocimientos en este ámbito son bastos y es indispensable su activa y directa participación en todas las instancias que impliquen el manejo y control del agua, empezando por el Consejo Plurinacional del Agua.

Con la nueva ley de aguas se juegan temas fundamentales para la reproducción social, cultural y económica de la vida misma. Mientras los habitantes de las ciudades se han distanciado de alguna manera de este tema tan vital, son los campesinos y los indígenas los que nuevamente se movilizan en beneficio de toda la sociedad. Para cumplir con el mandato constituyente no basta con cerrar la puerta a futuras privatizaciones. Hay que revertir todas las privatizaciones existentes. Eso implica la redistribu-

ción del agua actualmente acaparada por pocas personas con poder. La Constitución dispone, en consecuencia, en el artículo 281: “Promover políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos.” En el artículo 282 prescribe: “se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes. El Estado regulará el uso y manejo del agua de riego para la producción de alimentos, bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental.” La redistribución supone control y capacidad de decisión de quienes, además, han construido los sistemas de riego y los han manejado.

Esta conclusión se extiende para todas las comunidades que conservan los manglares, los bosques y los páramos, es decir todos aquellos sitios de recuperación del ciclo del agua. Complementariamente habría que establecer en el nuevo marco legal mecanismos claros y precisos que impidan la contaminación del agua, al tiempo que se procede a la remediación de las fuentes de agua contaminadas.

Un punto importante es el relativo al tratamiento del agua y los recursos hídricos. Los logros en ese campo llevaron a que muchas personas voten por el SÍ en la consulta popular del 28 de septiembre del 2008, en la que se aprobó mayoritariamente la nueva Constitución. Por lo expuesto se asume que la ley de aguas se convertirá en el “parte aguas” definitivo de la “revolución ciudadana”. Este proceso decantarán las posiciones. La alternativa es el cumplimiento de la Constitución que declara el agua como un derecho humano fundamental y ello está por sobre los intereses crematísticos particulares. El derecho al acceso al agua no implica dejar abierta la puerta a su mercantilización, es decir su privatización. El agua no puede ser vista como un negocio. El agua es un derecho humano fundamental: por eso la Constitución no se circunscribió exclusivamente en impedir la privatización del agua, sino que es explícita al propiciar la desprivatización del agua. De esto se deriva la prohibición para todo tipo de venta de derechos o permisos de uso, no se diga concesiones que conducen al acaparamiento del líquido por parte de unos pocos en desmedro de otros. La constitucionalización de estos derechos es producto de la participación y movilización de la sociedad, particularmente del movimiento indígena y campesino, unido por la defensa del agua.

Código orgánico de organización territorial, autonomía y descentralización - COOTAD

Conforme a los objetivos del COOTAD: El Ecuador requería y todavía requiere de un proceso ambicioso de reorganización territorial del Estado, que refuerce la autonomía territorial e impulse decididamente la descentralización y la democratización de los diferentes niveles de gobierno, reconociendo, el carácter de Estado plurinacional e intercultural; así como avanzar en el objetivo de la equidad interterritorial. El hito que marca este proceso de reestructuración del Estado es, sin lugar a dudas, la transformación que establece la Constitución. El texto constitucional vigente en el país desde el 20 de octubre de 2008 recoge puntos fundamentales planteados por los distintos actores involucrados en la temática, así como otras importantes demandas de las provincias, cantones, parroquias, pueblos y nacionalidades con respecto a la autonomía; de igual manera, las distintas transformaciones constitucionales demandaban de un nuevo cuerpo legal que regule y desarrolle el título V de la Carta Magna, referido a la Organización Territorial del Estado, y que a la vez, de cumplimiento al numeral noveno de la disposición transitoria primera de la Constitución, la misma que establece que “la ley que regule la descentralización territorial de los distintos niveles de gobierno y el sistema de competencias, incorporará los procedimientos para el cálculo y distribución anual de los fondos que recibirán los gobiernos autónomos descentralizados del Presupuesto General del Estado.”

En ese sentido, los objetivos del Código son:

- a) La autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados, en el marco de la unidad del Estado ecuatoriano;
- b) La profundización del proceso de autonomías y descentralización del Estado, con el fin de promover el desarrollo equitativo, solidario y sustentable del territorio, la integración y participación ciudadana, así como el desarrollo social y económico de la población;

- c) El fortalecimiento del rol del Estado mediante la consolidación de cada uno de sus niveles de gobierno, en la administración de sus circunscripciones territoriales, con el fin de impulsar el desarrollo nacional y garantizar el pleno ejercicio de los derechos sin discriminación alguna, así como la prestación adecuada de los servicios públicos;
- d) La organización territorial del Estado ecuatoriano equitativa y solidaria, que compense las situaciones de injusticia y exclusión existentes entre las circunscripciones territoriales;
- e) La afirmación del carácter intercultural y plurinacional del Estado ecuatoriano;
- f) La democratización de la gestión del gobierno central y de los gobiernos autónomos descentralizados, mediante el impulso de la participación ciudadana;
- g) La delimitación del rol y ámbito de acción de cada nivel de gobierno, para evitar la duplicación de funciones y optimizar la administración estatal;
- h) La definición de mecanismos de articulación, coordinación y responsabilidad entre los distintos niveles de gobierno para una adecuada planificación y gestión pública;
- i) La distribución de los recursos en los distintos niveles de gobierno, conforme con los criterios establecidos en la Constitución de la República para garantizar su uso eficiente; y.
- j) La consolidación de las capacidades rectora del gobierno central en el ámbito de sus competencias; coordinadora y articuladora de los gobiernos intermedios; y, de gestión de los diferentes niveles de gobierno.

El proceso de reforma del Estado incluye una agenda sustantiva para democratizar el sistema político y racionalizar la acción de la institucionalidad pública. Por ello, para acercar el Estado al ciudadano e impulsar la efectividad de las acciones de gobierno, son ejes fundamentales de la reforma estatal el impulso a los procesos de descentralización, desconcentración y participación ciudadana. En ese sentido, constituye un imperativo democratizar toda la institucionalidad estatal, en especial de los gobiernos autónomos descentralizados, mediante la incorporación de efec-

tivos y amplios mecanismos de participación y control social. Es preciso abandonar la falsa dicotomía que plantea que la autonomía y la descentralización suponen necesariamente un debilitamiento y una desarticulación del Estado y, de que, a la vez, el fortalecimiento de un aparato estatal eficaz, inteligente y articulado, implica de manera ineludible menores niveles de autonomía y descentralización.

Esta descentralización y autonomía efectiva supone un esquema ordenado de asignación de competencias, con base en el cual cada uno de los niveles de gobierno, debidamente articulados y engranados en conjunto, impulsen un modelo de Estado inteligente e integrado, encaminado a lograr el bienestar colectivo. Es imprescindible vincular el proceso de descentralización y autonomía a la dinámica de desarrollo local y nacional como las dos caras de una misma moneda, para lograr un desarrollo territorial equilibrado, que, mediante la gestión coordinada de todos los niveles de gobierno, consolide distintos polos territoriales de impulso al desarrollo del país.

En el texto se apunta a una profunda reforma de la institucionalidad del Estado, estableciendo la posibilidad cierta de creación de las circunscripciones territoriales indígenas, afroecuatorianas y montubias, en función a la composición histórica del Ecuador conformada por múltiples nacionalidades y pueblos de distintas raíces históricas, étnicas y culturales. De esta manera, profundizar la descentralización y la autonomía implica reconocer también las formas de autogobierno de los pueblos ancestrales.

Ley para la preservación de zonas de reserva y parques nacionales

Esta Ley precautela las zonas de reserva y parques nacionales, los mismos que no serán usados para fines de explotación agrícola, ganadera, forestal, minera y de caza y pesca, ni para colonización, identificando cuales son las zonas consideradas como reservas y parques nacionales.

Ley de prevención y control de la contaminación ambiental

Esta Ley contienen disposiciones que tratan de normar las actividades que contaminan el aire, agua, suelo, flora y fauna, delegando a las distintas carteras de Estado y Organismos Públicos, emitan regulaciones que hagan referencia a sus campos de acción y atribuciones que les facultan las leyes.

Ley de biodiversidad

Determina que son los bienes nacionales de uso público, las especies que integran la diversidad biológica del país, organismos vivos de cualquier fuente, ecosistemas terrestres, marinos, acuáticos y complejos ecológicos, facultando al Estado explorar sujetándose a una política ambiental y manifestando que su explotación comercial será establecida por un Reglamento Especial dictado por el Ejecutivo.

Ley del fondo para el ecodesarrollo regional amazónico y su reglamento.

Permite distribuir un impuesto gravado a cada barril de petróleo comercializado, a los Organismos Seccionales Amazónicos y al Instituto para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, quien tiene el deber de fomentar y precautelar el Ecodesarrollo regional, en base al el Plan Maestro para el Ecodesarrollo Regional Amazónico. El Reglamento norma el funcionamiento del Instituto en mención y la distribución del fondo entre los organismos seccionales amazónicos (municipios, consejos provinciales) y ECORAE.

Ley de la comisión ecuatoriana de energía atómica

Determina competencia, jurisdicción, deberes y obligaciones de la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica, conformada por 4 secretarios

de Estado y dos representantes de la sociedad, tiene que ejecutar las políticas emitidas por el Presidente de la República, regulando toda actividad relacionada con yacimientos de minerales radioactivos y otros de interés nuclear, que son de dominio inalienable e imprescriptible del Estado.

Ley de creación del centro de levantamientos integrados de recursos naturales por sensores remotos

Crea el Centro de Levantamientos Integrados de Recursos Naturales por Sensores Remotos CLIRSEN, entre sus funciones destaca la de formar un inventario de recursos naturales renovables como no renovables del país; además debe coordinar, planificar y ejecutar todo lo concerniente a actividades con el tema de sensores remotos en función de contribuir al levantamiento cartográfico y de mapas del Ecuador.

Ley de régimen especial para la conservación y desarrollo sustentable de la provincia de Galápagos y su reglamento

A las disposiciones de esta Ley se someten los organismos del régimen seccional dependiente y seccional autónomo, los asentamientos humanos y sus actividades relacionadas como salud, educación, saneamiento y servicios básicos, las actividades de conservación y desarrollo sustentable de la provincia de Galápagos y el área que constituye la Reserva Marítima de Galápagos, teniendo como principio el desarrollo sustentable y controlado, el mantenimiento de los sistemas ecológicos y la biodiversidad, la prevención de riesgos por la introducción de plagas y enfermedades que afecten a las especies. Para el efecto se crea el Instituto Nacional Galápagos INGALA, cuyo funcionamiento, deberes y atribuciones están previstos en el Reglamento.

Ley de fomento y desarrollo agropecuario

Su objetivo es el uso adecuado y eficiente de la tierra, considerando la introducción de tecnologías apropiadas, propendiendo el desarrollo económico de la población con base en el cumplimiento del principio de conservación, recuperación y aprovechamiento sustentable de la tierra.

Ley de sanidad vegetal

Su objetivo es normar, precautelar, prevenir y controlar enfermedades y plagas que afecten a los cultivos agrícolas.

Ley de sanidad animal

Otorga atribuciones al Ministerio de Agricultura para que realice investigaciones relativas a enfermedades, plagas y flagelos en la población ganadera del país, adoptando medidas para prevenir y conservar la salud de la ganadería nacional y el estado sanitario.

Ley de hidrocarburos

Regula los procesos de producción hidrocarburífera y precautela el correcto uso de los yacimientos, teniendo como política que éstos se ciñan a los lineamientos del desarrollo sustentable y de la protección y conservación del medio ambiente, identificando a los organismos del Estado que se encargarán de la ejecución y aplicación de esta Ley.

Ley de minería y su reglamento

Norma las relaciones entre el Estado, las personas naturales y jurídicas con respecto a las actividades mineras, se exceptúa de esta Ley el petróleo y demás hidrocarburos, su principio es que la explotación de éstos se suje-

ten a los lineamientos del desarrollo sustentable y de la protección y conservación del medio ambiente.

Reglamento ambiental para las actividades mineras

El ámbito de aplicación de este Reglamento se centra en las fases de exploración inicial y avanzada, explotación, beneficio, fundición, refinación y comercialización, con el fin de prevenir, mitigar, controlar, rehabilitar y compensar los impactos ambientales negativos derivados de tales actividades, teniendo como objeto promover el desarrollo sustentable de la minería en el Ecuador.

Políticas ambientales básicas (constan en el Tulasma)

Las políticas ambientales básicas del Ecuador consisten en una enunciación de los compromisos de la sociedad y en general de todos los entes que conforman el Estado Ecuatoriano, de promover el desarrollo sustentable, previendo riesgos e impactos ambientales negativos, manteniendo oportunidades sociales y económicas sustentables, dando énfasis a que la gestión ambiental en el Ecuador se fundamente en la solidaridad, corresponsabilidad, cooperación y coordinación entre todos sus habitantes.

Dentro de los asuntos relativos a la Gestión Ambiental pública, da prioridad a los siguientes problemas ambientales: pobreza, erosión y uso desordenado de los suelos, deforestación, pérdida de la biodiversidad y de los recursos genéticos, inadecuada explotación de recursos naturales; en general, la contaminación creciente de aire, agua y suelo; la generación y manejo deficiente de desechos, incluyendo tóxicos y peligrosos; el estancamiento y deterioro de las condiciones ambientales urbanas, los grandes problemas de salud nacional por contaminación y mala nutrición, el proceso de desertificación y agravamiento del fenómeno de sequías, los riesgos, desastres y emergencias naturales y ambientales.

Además se enuncia los lugares geográficos a los que se dará prioridad en la solución y tratamiento de sus problemas ambientales: bosques del

nor-occidente del país (prolongación del Bosque del Chocó, Esmeraldas), ecosistemas de manglares en la costa ecuatoriana, bosques de las estribaciones exteriores de los Andes ecuatorianos, Selva Amazónica Ecuatoriana, Región del Archipiélago de Galápagos, Golfo de Guayaquil, ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca, Ambato, Esmeraldas, Santo Domingo de los Colorados, Quevedo, Babahoyo, Machala, Portoviejo y Lago Agrio; zonas agrícolas andinas con importantes procesos erosivos, sistemas lacustres.

Régimen nacional para la gestión de productos químicos peligrosos (Decreto Ejecutivo 212)

Regula lo relacionado al abastecimiento, importación, formulación, fabricación, transporte, almacenamiento, comercialización y utilización de productos químicos peligrosos; es decir: de los productos que presentan riesgo de contaminación o destrucción del medio ambiente; este instrumento legal define conceptos y establece excepciones.

Reglamento de seguridad radiológica

Tiene como finalidad precautelar la salud humana, de los efectos nocivos generados por la exposición a los distintos tipos de radiación, determinando los niveles máximos permitidos y medidas de seguridad mínimas ante los objetos que emanan radiación.

Reglamento para el Trámite de Establecimiento de Infracciones en el Uso indebido de Radiaciones Ionizantes. Aquí se establece el procedimiento y la competencia para conocer y resolver infracciones que violen el Título Octavo del Reglamento de Seguridad Radiológica, en sus distintas instancias.

Reglamento para la prevención y control de la contaminación ambiental en lo relativo al recurso agua

Regula las actividades y fuentes que pueden contaminar el agua, aplicando la Ley para la Preservación y Control de la Contaminación Ambiental y del Código de Salud, entendiéndose como recurso agua, las aguas superficiales, subterráneas, marinas y estuarinas, incluidas las aguas servidas, identificando los Organismos competentes para aplicar este Reglamento.

Reglamento para la prevención y control de la contaminación ambiental en lo referente al recurso suelo

Tiene por objeto regular las actividades de deterioro y contaminación del suelo, aplicando las medidas del Código de Salud, la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, la Ley de Fomento y Desarrollo Agropecuario y en la Ley de Formulación, Fabricación, Importación, Comercialización y Empleo de Plaguicidas y Productos Afines de Uso Agrícola. Este Reglamento determina las competencias y deberes de las entidades en referencia a sus campos de acción y trabajo.

Reglamento para la prevención y control de la contaminación ambiental originado por la emisión de ruido

Regula las actividades o fuentes que producen ruidos nocivos susceptibles de contaminar el medio ambiente de conformidad a las disposiciones de la Ley orgánica de salud y de la Ley para la preservación y control de la contaminación ambiental; en este Reglamento se establece medidas de prevención, control y competencias de los organismos, la medición y evaluación de este tipo de contaminación se lo hará a través de su Manual operativo.

Reglamento que establece normas de calidad del aire y sus métodos de medición

Las disposiciones de este Reglamento abarcan lo que es atmósfera y su contaminación por fuente natural o por mediación humana, estableciendo categorías de contaminación, formas y procesos de medición, como competencia de los organismos para aplicar sus disposiciones.

Reglamento para el manejo de desechos sólidos

Tiene por objeto regular los servicios de almacenamiento, barrido, recolección, transporte y demás aspectos relacionados con los desechos sólidos, de conformidad con las disposiciones de la Ley orgánica de la salud, Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, Código de Policía Marítima. Este Reglamento además establece las competencias de los organismos responsables de su aplicación.

Reglamento de manejo de desechos sólidos en los establecimientos de salud

Determina atribuciones, competencias, obligaciones y responsabilidades de los establecimientos de salud, sobre el manejo, técnica y eficiencia de los desechos sólidos para evitar contaminación ambiental.

Normativa para el manejo forestal sustentable para el aprovechamiento de madera en bosque húmedo y plantaciones forestales.

Esta normativa está contenida en el Acuerdo Nro. 50, emitido por el Ministerio del Ambiente, que regula el aprovechamiento forestal de madera de bosques nativos a través de un plan de manejo integral estableciendo una zonificación del área sujeta al Plan, identificando zonas y es-

pecies amenazados de extinción, zonas protegidas, bosques nativos, zonas de plantaciones, agropecuarias y de construcción. Prevé la elaboración de cuatro programas, estableciendo los requisitos para cada uno de ellos, según la característica del bosque que se desea aprovechar, estos programas, son: a) Programa de Aprovechamiento Forestal Sustentable para bosques nativos b) Programa de Aprovechamiento Forestal simplificado para bosques nativos en las condiciones establecidas, c) Programa de Corta para Plantaciones Forestales, d) Programa de Corta para zona de Conversión Legal establecida en un Plan de Manejo Integral. Estos programas deberán ser aprobados por el Ministerio del Ambiente.

También establece excepciones y prohibiciones en referencia al aprovechamiento forestal sustentable; especifica las especies maderables en veda y la tasa de la madera comerciable por metro cúbico. Contiene términos técnicos referentes al tema tratado, como parte de la normativa.

Disposiciones relativas a la protección, conservación y control de los bosques naturales y manglares

Hacen referencia a la estructura orgánica de la Guardia Forestal y su funcionamiento, a la delimitación y declaratoria de tierras de uso exclusivo forestal, ordenamiento territorial, adjudicación de tierras de uso exclusivo forestal, de la delimitación de las tierras aborígenes; regula los sistemas de manejo forestal sustentable, sistemas de control, participación comunitaria y de las organizaciones no gubernamentales, protección de manglares, plan de forestación.

Observaciones generales sobre la participación ciudadana en la generación de normativa ambiental

- La participación ciudadana es considerada principio fundamental de varias leyes vigentes en el país. Existe la normativa constitucional, ordinaria y reglamentaria que incorpora, profundiza y desarrolla este

tema dentro de su contenido. Sin embargo, a pesar de que la normativa es aplicable a todo el territorio ecuatoriano, su cumplimiento no es el adecuado en muchos casos. Si bien es cierto existen entidades sociales encargadas de promover la participación ciudadana, por ejemplo: los comités barriales, federaciones barriales y juntas parroquiales, este hecho no garantiza el cumplimiento de las leyes en su totalidad.

- La legislación establece que la participación debe difundirse de manera clara, en lengua nativa y respetando la idiosincrasia de los pueblos ancestrales. Además debe ser oportuna, veraz y sin malas intenciones.
- La legislación ecuatoriana es amplia y contiene gran cantidad de artículos relacionados a la participación ciudadana. Sin embargo existen leyes que no contemplan este tema, como por ejemplo: la ley forestal; esto a su vez refleja la falta de actualización de la legislación, lo cual resulta preocupante desde la perspectiva ambiental.
- Es necesario diferenciar el alcance de la consulta previa y la participación ciudadana. La primera está dirigida a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas mientras que la segunda garantiza a las personas naturales y jurídicas ser usuarios de los recursos disponibles.
- De acuerdo a las leyes analizadas y vigentes en la República del Ecuador, se ha concluido que varias de estas no se encuentran actualizadas o acorde con la nueva constitución vigente, por lo que se las debe analizar y reformar, para de esta manera se puedan incorporar artículos de participación ciudadana y consulta previa informada, puesto que en una considerable cantidad de estas leyes no está incluido este tema, mismo que está directamente vinculado con los impactos ambientales provocados por diferentes actividades y proyectos realizados o a realizarse dentro de una comunidad.
- Además de lo expuesto, varias leyes analizadas se deben vincular con las leyes y normas ambientales, Ley de Gestión Ambiental, (o nuevo Código ambiental) por ejemplo, y principalmente con la Constitución

de la República, para que de esta forma prevalezcan los derechos de la ciudadanía a vivir en un ambiente sano y libre de contaminación; para que prevalezcan los derechos de participación ciudadana y consulta previa informada, puesto que las comunidades aledañas a los proyectos implantados son las directamente afectadas y sólo las leyes vigentes son el medio de respaldo para exigir sus derechos, en caso de que las entidades públicas o empresas causen alguna alteración en su entorno o violen lo prescrito en las leyes pertinentes y la Constitución.

- En las normas legales analizadas se puede advertir que en algunas de ellas ya se está aplicando los conceptos de participación ciudadana y consulta previa informada prescritos en la Constitución del Ecuador (2008), pero también hay leyes que aún no han sido actualizadas, lo que las obsoletiza frente a la nueva realidad jurídico-política del país.
- A pesar de que en algunas leyes no existen artículos que involucren participación ciudadana y consulta previa informada, se debe tomar en cuenta que en la actual Constitución del Ecuador rigen estos conceptos, y en cuanto la Constitución prevalece sobre las demás leyes, y porque ella misma es ley, todos los proyectos que se realicen deben basarse en la Constitución garantista, normativa rígida.

Este libro se terminó de
imprimir en febrero de 2012
en la imprenta Rispergraf
Quito, Ecuador