

DERECHO AMBIENTAL ECUATORIANO, QUO VADIS?

ECUADORIAN ENVIROMENTAL LAW, QUO VADIS?

*Mónica Ribadeneira Sarmiento**

Resumen: El derecho ambiental, reconocido como tal, es una de las ramas más modernas del derecho y el estudio de su historia y evolución divide a los autores. Sobre la base de una revisión histórica, el artículo expone el concepto y los principios del derecho ambiental y concluye con un análisis del texto constitucional y prueba como en la práctica se debilitan varios principios de esta rama especializada que son resultados precisamente de la evolución histórica que se presenta en el artículo en su primera parte; se incluye entre las conclusiones una alerta sobre las consecuencias de este paulatino debilitamiento.

El objetivo principal de este artículo es presentar la evolución del derecho ambiental para contribuir con su divulgación y evidenciar que la importancia de mantener técnica en su definición para evitar su debilitamiento. Durante su elaboración se trabajó principalmente con fuentes documentales, revisión bibliográfica de investigaciones y artículos de tratadistas reconocidos. El artículo contiene: (i) introducción, (ii) evolución histórica global y latinoamericana, (iii) concepto y principios del derecho ambiental, (iv) breve análisis de las normas ambientales en la Constitución del Ecuador, enfatizando en aquellas relativas a los derechos de la naturaleza y el caso de los transgénicos, también llamados organismos genéticamente modificados, y a modo de conclusión se expone sobre la perspectiva del desarrollo futuro del derecho ambiental en Ecuador.

* Abogada y doctora en Jurisprudencia, Máster en Derecho Ambiental y Máster en Administración y Manejo de Áreas Protegidas. Ha estudiado derecho económico, propiedad intelectual, recursos genéticos y manejo de la biodiversidad en Ecuador, España, Suecia, Alemania, Noruega, Panamá y Estados Unidos. Ha publicado sobre áreas protegidas, cumplimiento de regulaciones, casos de biopiratería y recursos genéticos. mribadeneira@gmail.com

La autora agradece los comentarios técnicos de la biotecnóloga María Cristina Quiroga. El presente trabajo fue presentado dentro del I Congreso de Derecho & Humanidades en homenaje a Juan Larrea Holguín, realizado del 30 de junio al 2 de julio de 2016. Para publicarse siguió el proceso ordinario de la Revista con revisión de pares con doble ciego.

Palabras clave: Legislación ambiental, derechos de la naturaleza, Constitución del Ecuador, historia del derecho ambiental, organismos genéticamente modificados (OGM)

Abstract: *Environmental Law, recognized as such, is one of the most modern branches of law and the study of its history and evolution divides the authors. Based on a historical review, the article presents the concept and principles of environmental law and concludes with an analysis of the constitutional texts; it proves that those principles (consequence of the referred historical review) are weakened. The article includes in its conclusions a warning about the consequences of this gradual weakening.*

The main objective of this article is to present the evolution of environmental law to contribute their disclosure and evidence that the importance of art in its definition to avoid weakening. This paper was written using documentary sources, literature review of research and articles by renowned writers. It contains: (i) introduction, (ii) Global and Latin American historical development, (iii) concept and principles of environmental law, (iv) brief analysis of environmental norms in the Constitution of Ecuador, emphasizing those relating to the Rights of Nature and the case of the genetically modified organisms, and concludes exposing on the prospect of future development of environmental law in Ecuador.

Keywords: *Environmental Legislation, Rights of Nature, Constitution of Ecuador, Environmental Law History, Genetically Modified Organism (GMO)*

Sumario. *I. Introducción. II. Evolución histórica. II.1. Global. II.2. Evolución Latinoamericana. III. Derecho ambiental: concepto y principios. III.1. Concepto. III.2. Principios. IV. Caso de análisis: la norma constitucional aplicable a los transgénicos. V. Conclusiones. Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Aunque joven, el derecho ambiental es una rama especializada que resulta de un proceso de formación que se presenta al inicio del artículo. Durante este proceso se han consolidado principios y conceptos que cimentan la institucionalidad ambiental y buscan asegurar las garantías constitucionales de los ciudadanos.

Lamentablemente, la falta de técnica jurídica llega a elaboraciones espurias que en lugar de contribuir a la consolidación del derecho ambiental debilitan su proceso de consolidación. Un ejemplo de esto es la norma constitucional referida a los organismos genéticamente modificados, que será analizado específicamente en un apartado de este estudio.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

II.1. Global

Entre tratadistas y estudiosos del derecho ambiental no existe acuerdo sobre el origen; de hecho existe un manifiesto desencuentro.

Un primer grupo se apoya en evidencia de la antigüedad como las preocupaciones ambientales presentes en la obra de Aristóteles (1980, pp. 48, 59 y 127) quien las incluye al referirse a los asentamientos humanos y sugiere que al edificar una *polis* debía considerarse la salud de las personas. Ciertamente existen varias normas ambientales en el Código de Hammurabi¹, en la Biblia² y con indiscutible rigor en el derecho romano. Más tarde, en la Edad Media europea se produjeron innumerables normas sobre caza, pesca y uso forestal para regular estos usos, principalmente en propiedades feudales y limitar los derechos de acceso de los siervos; igual sucedió con la producción legal relativa a bosques y plantaciones (cfr. Jordano, 1995, p. 24). Precisamente el delito de incendio forestal encuentra en esta época uno de sus más antiguos antecedentes.

Un segundo grupo de tratadistas sostiene que el derecho ambiental nació en el siglo XIX y en su mayoría coinciden en cuatro etapas: (i) hasta la II Guerra Mundial; (ii) desde 1945 hasta la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo en 1972; (iii) a partir de 1972; y (iv) desde entonces hasta la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992 (cfr. Hernández, 2010).

De su parte, un tercer grupo encabezado por el tratadista Guillermo Cano (1978, p. 315), considera que la Cumbre de Estocolmo 1972 es la partida de nacimiento del derecho ambiental. A propósito de ello, Morel (2008, p. 180) afirma que «las normas anteriores pueden tener relevancia ambiental pero no constituyen derecho Ambiental [porque] encuadramos al Derecho ambiental dentro del tercer tipo de normas ambientales».

Morel hace referencia a la tipología de normas del derecho ambiental de la autoría de Raúl Brañes Ballesteros (1991) quien distingue 3 tipos: (i) «legislación común de relevancia ambiental» o de «relevancia ambiental

¹ Es justo reconocer que existen críticas relativas a que el texto que de Hammurabi ha llegado a nuestro tiempo es una traducción no fidedigna y no comprobable que fue hecha por historiadores y grafólogos, y bien podría ser que sus interpretaciones no coincidan con la verdad de los hechos de hace tres mil años.

² En la Biblia constan varias referencias, por ejemplo: «inficionada está la tierra por sus habitantes, pues han quebrantado las leyes, han alterado el derecho, rompieron la alianza sempiterna» (Isaías, 24, 5) y «todas las islas desaparecieron, y no quedó rastro de monte» (Apocalipsis, 16, 20).

casual», integrada por las normas sancionadas sin un destino ambiental buscado de antemano, aunque de alguna manera terminan regulando conductas que inciden significativamente en la protección del ambiente; ejemplo de las cuales serían las normas del siglo XIX, como las que todas las nuevas repúblicas en América Latina promulgaron tras su independencia; (ii) «legislación sectorial de relevancia ambiental» que tutela los recursos naturales, bosques, aguas y otros como el ordenamiento territorial; y (iii) «legislación propiamente ambiental» que se caracteriza por entender al ambiente como un sistema.

La autora de este artículo se decanta por una cuarta posición que no enfatiza en identificar una fecha exacta de nacimiento —siguiendo al maestro Real Ferrer (2001, p. 76)— que afirma que este derecho «pareciera ser un dilatado proceso evolutivo». La determinación de la fecha exacta solo satisface una curiosidad historicista y ello parece distraer la atención sobre el derecho ambiental mismo y especialmente sobre las características de sus normas. Es más importante contar con normas adecuadas a los problemas ambientales que encontrar el «eslabón perdido»; se volverá a este argumento en el capítulo relativo a las normas constitucionales de tipo ambiental en la constitución ecuatoriana. Los autores que no enfatizan en la fecha exacta de nacimiento del derecho ambiental también reconocen que «la aparición de esta rama es un proceso de decantación lleno de infiltraciones hacia adelante y desgraciadamente [también] hacia atrás» (Jordano, 1995, p. 51).

Quedaría pendiente profundizar en un estudio posterior si con la Cumbre de Johannesburgo en 2002 se inicia una nueva etapa en el desarrollo del derecho ambiental o si solamente se trata de un hito en su consolidación. Esta cumbre tuvo influencia en varios instrumentos y tratados internacionales: unos fueron ratificados, algunos iniciaron su proceso de implementación y otros recibieron un importante impulso para su discusión internacional. El variopinto inventario de estos instrumentos incluye: (i) Protocolo de Kyoto sobre el Cambio Climático, (ii) Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, (iii) Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, también conocido como Tratado de la FAO, (iv) el Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes, (v) el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a ciertos Productos Químicos Peligrosos y Plaguicidas, y (vi) el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Residuos Peligrosos y su eliminación.

II.2. Evolución Latinoamericana

La profundización académica de la evolución latinoamericana del derecho ambiental es aún una tarea pendiente, sin embargo, casi existe consenso en reconocer tres periodos desde el siglo XIX hasta el momento.

El primer período inicia con el siglo XIX y concluye en el modelo de desarrollo económico de las recetas Brenton Woods. Este período abarca las primeras normas constitucionales que reconocían algunos elementos naturales como bienes nacionales sobre los que se ejerce soberanía, como minas, bosques, entre otros. Es justo señalar que muchas de estas normas carecían de motivación ambiental y pueden encuadrarse en el primer grupo de normas de la tipología de Brañes antes mencionada; esta legislación «común de relevancia ambiental» o de «relevancia ambiental casual» actuó también como justificativo de una autoridad que asumiera la administración pública de los citados bienes.

Ya se había dicho que Cano sitúa el nacimiento del derecho ambiental en la Conferencia sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo en 1972, la misma que inicia el segundo período de la evolución desde la perspectiva histórica de su desarrollo en América Latina. Con el impulso de esta conferencia en la siguiente década se produjo un esfuerzo global por sistematizar las normas existentes y consolidar la dispersión legal que había resultado del período anterior. De esta época datan piezas clave de la legislación de parques nacionales y de recursos naturales (como aguas, bosques, caza y pesca) que se produjeron en casi todos los países de Latinoamericanos.

Para los expertos en proyectos de desarrollo no es desconocido que hasta entonces los proyectos de desarrollo habían estado marcados por la presencia del «componente o perspectiva de género» y en aquella época se incluyó el «componente ambiental», y en ocasiones hasta lo reemplazó. Gracias a esto, se gestaron críticas al modelo de desarrollo vigente, algunas de las cuales se mantienen hasta el presente. Así aún sucede, por ejemplo, con la deuda ecológica que se reclama a los países colonizadores europeos.

La institucionalidad ambiental pública también se consolidó, en gran parte, por el impulso que la sociedad civil le brindó a través de organizaciones, patronatos y fundaciones que proporcionaban asistencia técnica y financiera. Importante rol tuvo en esta época la cooperación internacional que fue sostén financiero de mucho de este proceso en reemplazo de fondos públicos, porque el tema ambiental aún estaba fuera de la lista de prioridades de la inversión pública por falta de decisión política.

Aunque hubo presión social, el tema ambiental no logró atención prioritaria en las políticas económicas, de asentamientos humanos y de ordenamiento territorial.

Ese era el escenario con el que se arribó al reporte «Nuestro Futuro Común» de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo que es la antesala e introducción del proceso global de carácter ambiental que concluyó cinco años más tarde con la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro (1992).

La Cumbre de la Tierra en Río 1992 fue otro hito en la historia del derecho internacional y sus consecuencias en las políticas global y regional aún se evidencian. Ello se debe a que los llamados documentos paralelos que se aprobaron durante la reunión³ proponen cambios en el modelo de desarrollo y su implementación requiere de una profunda modificación en la concepción del ambiente y sus recursos (a nivel de paisajes, especies y genes), así como compromisos políticos internacionales con consecuencias nacionales y locales.

Obviamente el desarrollo normativo en América Latina no es uniforme, pero es indiscutible que este ha sido un período de gran producción normativa a todo nivel, desde leyes nacionales o marcos nacionales, hasta reglas de participación de los actores sociales en el uso sustentable de los recursos. Por eso puede afirmarse que tras Río, el proceso de institucionalización pública y privada se consolidó, al punto de que es impensable que exista un país latinoamericano sin normas o autoridad ambiental. Más bien sucede lo contrario, que son frecuentes los conflictos de competencias por la decisión sobre el uso de recursos y el ordenamiento territorial, como, por ejemplo, el conflicto entre autoridades por el uso de petróleo o minas en áreas de alta biodiversidad algunas incluso declaradas como protegidas, mientras la autoridad minera o petrolera nacional insiste en explotar, la autoridad ambiental insiste en proteger. Ejemplos de la afirmación anterior sobran en el terreno petrolero, minero, turístico y en otras áreas productivas.

Lamentablemente en la mayoría de ocasiones parece que los enfrentamientos los gana la autoridad que representa el interés económico inmediato, porque generalmente cuenta con el apoyo político de turno. A ello debe agregarse la presión para incrementar la participación de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales en los procesos de toma de decisión sobre los recursos y sus tierras.

³ Nos referimos a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, a la Agenda 21 para el Desarrollo Sostenible, a la Convención Marco sobre el Cambio Climático y al Convenio sobre la Diversidad Biológica y los Principios sobre Bosques.

III. DERECHO AMBIENTAL: CONCEPTO Y PRINCIPIOS

III.1. Concepto

Preceden al concepto de derecho ambiental varias consideraciones. Una muy importante es que este derecho no puede fundarse exclusivamente en el derecho positivo (cfr. Morel, 2008, p. 5). Otra, que es indudable la necesidad de tutela jurídica sobre los bienes y recursos naturales, y, en definitiva, el reconocimiento de que el estado y sus autoridades deben apreciar y proteger los bienes y recursos naturales como un mecanismo para garantizar el bienestar de los ciudadanos.

Siendo su finalidad la regulación de actividades humanas, le incumbe al derecho ambiental establecer las limitaciones que las actividades productivas o de aprovechamiento pueden ocasionar. Pero desde una lectura positiva de las normas ambientales también se incluyen otras medidas como incentivos y fórmulas que promuevan la participación de actores y tiendan al incremento de la conciencia ambiental.

La definición que Brañez (1992, p. 27) aporta dice:

«El derecho ambiental es el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos».

Esta definición es una de las más completas de esta rama especializada porque reconoce elementos como el reconocimiento: (i) de las conductas humanas como agentes de alteración de los procesos naturales; (ii) que entre los organismos vivos y el ambiente existen interacciones susceptibles de vulneración o modificación exógena o no natural; y, (iii) que estos efectos pueden producir vulneraciones significativas.

III.2. Principios

Parte del largo proceso de formación y evolución de este derecho es la consolidación de sus principios. A continuación consta la clasificación de principios generalmente aceptados por los tratadistas y que han sido sistematizados por Coria (2005, p. 9). A saber:

(i) Interdependencia ambiental, que se refiere a la responsabilidad de los estados de velar que las actividades que se realizan en su jurisdicción o bajo su control no causen daños a terceros estados o personas aunque estén fuera de sus jurisdicciones.

(ii) Principio de solidaridad, que cuenta con manifestaciones a nivel inter-estatal e inter-generacional.

(iii) Principio de igualdad de tutela ambiental, que consiste en que los actores públicos y privados asuman responsabilidades y se repartan equitativamente las responsabilidades de la custodia de los bienes y recursos

(iv) Principio de cooperación internacional permanente, como ayuda para prevenir la degradación ambiental y para afrontar los problemas ambientales a través de la colaboración técnica y financiera entre estados.

(v) Principio de información, que busca garantizar un acceso adecuado a la información que dispongan las autoridades públicas sobre el ambiente (incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro); se extiende al derecho de los ciudadanos para participar en los procesos de adopción de decisiones.

(vi) Principio de eficacia, que vela por la aplicación de las normas ambientales reflejen del contexto nacional, local o regional, y también las opciones de desarrollo.

(vii) Principio de subsidiaridad, para que los diferentes niveles de la administración pública colaboren entre sí, y de ser necesario participen en forma complementaria en la preservación y protección ambientales.

(viii) Principio precautorio, que consiste en que si una acción o decisión política puede causar daños o perjuicios severos o irreversibles al público o al ambiente, y no existe consenso científico al respecto o suficiente información científica, deben adoptarse las medidas protectoras en caso de sospecha fundada de daño o perjuicio al ambiente.

(ix) Principio de prevención, para anticipar el peligro o el riesgo de contaminación o daño al ambiente.

(x) Principio de conjunción, que implica la incorporación armónica en el mismo orden jurídico, de normas internacionales, nacionales y locales.

(xi) Principio de introducción de la variable ambiental en los procesos de toma de decisiones.

(xii) Principio de congruencia, para establecer normas coherentes en los niveles y competencias de las autoridades. Se entiende como “congruencia” el que las normas sean coherentes en los niveles y competencias de las autoridades que las aplican.

(xiii) Principio de responsabilidad común pero diferenciada, de manera que sea justa y proporcional a la capacidad de los actores; se agrega a la responsabilidad, el principio contaminador-pagador que pretende establecer responsabilidades objetivas y cotizables para la reparación (y también la prevención) de daños ambientales.

Lamentablemente la extensión de este artículo es insuficiente para profundizar más en cada uno de estos principios y para ver cómo se arribó a su formulación. Queda, sin embargo, expresado que son el resultado de un largo proceso de formación.

IV. CASO DE ANÁLISIS: LA NORMA CONSTITUCIONAL APLICABLE A LOS TRANSGÉNICOS

Antes se mencionó que Brañez (1991 y 1992) consideraba que el balance del derecho ambiental en América Latina era alentador porque los principios ambientales habían sido elevados a rango constitucional en la mayoría de países. En estas constituciones era posible distinguir tres grupos de normas: (i) las primeras son generalmente principios y preceptos que consagran el dominio público, la propiedad del Estado sobre el ambiente y los recursos naturales del país y aun la soberanía para otros bienes y recursos; (ii) el segundo grupo incluye las nociones y principios de política ambiental; y, finalmente, (iii) otras de carácter declarativo más de tipo derecho fundamental.

El beneplácito de Brañez y otros autores radica en que se presume que la existencia de un precepto constitucional actúa como piedra angular de los sistemas jurídicos coherentes, ya que desde este principio se avanza hacia el desarrollo en otros niveles (legal y reglamentario) en la implementación de dicho principio y se alcanza la seguridad jurídica en la materia.

En Ecuador, si bien existen normas constitucionales de índole ambiental, ellas adolecen de tantas deficiencias técnicas (desde las ópticas legal y ambiental) que son de imposible —y en ocasiones de peligrosa implementación— y no permiten ni avance, ni consolidación. Este es el lamentable estado de varias normas constitucionales ecuatorianas, en especial de aquellas que establecen los derechos de la naturaleza⁴, peor aun cuando se

⁴ Repárese en especial en el Título II “Derechos”, Capítulo Séptimo “De los Derechos de la Naturaleza” de la Constitución vigente, donde se lee:

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

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

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

intenta una lectura transversal de las normas constitucionales como se verá más adelante.

Los arts. 71 a 73 que tratan del tema fueron promovidos en el Asamblea Constituyente asegurando que se trataba del paso más significativo en la consolidación de las garantías ambientales de los ciudadanos. Imaginamos que genuinamente sus promotores estaban convencidos de ello, aunque la falta de técnica legal, resultado de la evolución histórica analizada y la incompatibilidad de esta declaratoria con los principios del derecho ambiental expuestos, imposibilitan que esta norma tenga utilidad más allá del discurso político de sus autores.

Las normas constitucionales mencionadas no se compadecen con los principios sistematizados por Coria (2005, p. 9).

Dotar de derechos a la naturaleza implica una contradicción con varios preceptos, entre ellos, la propuesta de capacidad jurídica de Planiol y Ripet (citados por Amores, 1991, p. 178) que supone que la personalidad es la que expresa la capacidad jurídica de ser sujeto de derechos.

Según el art. 40 del Código Civil ecuatoriano son las personas naturales y jurídicas las que pueden ejercer derecho. Cabe preguntarse como una entidad como la naturaleza puede llegar a ejercerlos, y aun peor, si tendría los correlativos deberes u obligaciones, ¿cuáles podrían ser estos? Al momento no existe posibilidad de brindar una respuesta ni desde la legislación ecuatoriana ni desde el actual estado de desarrollo con que cuenta la teoría de los derechos de la naturaleza a nivel global.

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

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

Art. 73.- 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.

Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.

Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

Esta teoría, resultante del trabajo de los autores Godofredo Stutzin⁵ y de Christopher Stone⁶, podría ser la luz al final del túnel del trabajo y esfuerzo de ambientalistas, quienes desde hace décadas han teorizado y buscado el sistema legal más adecuado para garantizar la fórmula que combine conservación de la naturaleza, desarrollo y bienestar humano.

El trabajo de Stutzin en pro de los derechos de la naturaleza y de los animales, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso del Club Sierra contra Morton (1972) y el artículo del profesor Christopher D. Stone titulado *¿Deben estar los árboles en pie?* (1972)⁷ dirigido fundamentalmente a los derechos de las plantas, son considerados las piedras angulares de los derechos de la naturaleza, y constituyen de hecho el fundamento de la teoría. Esta tesis lamentablemente aún no ha concluido su fase inicial de teorización ni se encuentra consolidada al punto de ser aplicada.

La extensión de este trabajo limita la posibilidad de analizar las bondades y potencialidades de la teoría de los derechos de la naturaleza. De momento baste señalar que ni los citados, ni posteriores trabajos, han avanzado en la teorización de los derechos de la naturaleza al punto de explicar cuál es el régimen administrativo adecuado, cuáles los instrumentos legales, reglamentarios y de otra naturaleza (económica, educativa, participativa) necesarios para la implementación de estos derechos, así como otros indispensables e importantes elementos para la implementación de estos derechos en un sistema legal.

Deseable sería contribuir con la consolidación de la teoría de los derechos de la naturaleza y, siguiendo los postulados de Stone y Stutzin, reflexionar en las acciones requeridas para que sus postulados puedan ser aplicados en el régimen ecuatoriano. A modo de ejemplo se puede mencionar la necesidad de contar con un órgano de representación jurídica de la naturaleza, pero de manera seria y no con la vaguedad que plantea el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que dispone:

⁵ Algunas obras de Godofredo Stutzin son: *Ausencia de San Francisco* (1989), *La doble personalidad del Derecho Ambiental* (1986), *Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza* (1984), *La naturaleza: un Nuevo Sujeto de Derecho* (1973), *La naturaleza de los derechos y los derechos de la naturaleza* (1977) y *Algunas Consideraciones sobre la Noción Jurídica del Patrimonio* (1945).

⁶ Algunas obras de Christopher Stone son *Legal Rights and Moral Pluralism* (1987), *Moral Pluralism and the Course of Environmental Ethics* (1988) y *Law, Morality, and the Environmental* (2010).

⁷ Original en inglés: *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects. Environmental Ethics* (1972).

Art. 38.- Representación de la naturaleza: La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el defensor del pueblo, quien además podrá actuar por iniciativa propia.

La naturaleza no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida. El defensor del pueblo responderá conforme con la ley y con este código.

Si la representación de la naturaleza se atribuye a «cualquier persona natural o jurídica, colectividad» puede propiciarse casos en que ese «cualquier» titular, bien puede mal emplear la acción para distraer la atención sobre sus propias responsabilidades y plantear una vía judicial equivocada con interés específico de distraer a la justicia.

Otras acciones básicas para consolidar, no solo los postulados de los derechos de la naturaleza, sino el existente sistema ecuatoriano son las acciones y estrategias de refuerzo para que la autoridad ambiental nacional (Ministerio del Ambiente) pueda fortalecer su acción y blindar a otras autoridades de invadir sus competencias. Se volverá sobre este punto al examinar el ejemplo de la norma relativa a los transgénicos.

En el espíritu de los textos de los autores mencionados subyace fuertemente la participación de la sociedad civil, motivo por el cual, si los derechos de la naturaleza gozaran de algún grado de validez en el país, se deberían recuperar los espacios de participación de la sociedad civil, como por ejemplo el Grupo Nacional de Trabajo de la Biodiversidad (GNTB), así como apoyar y fortalecer a las organizaciones de la sociedad civil dedicadas al trabajo ambiental; igual podría decirse de recuperar el rol estratégico del Fondo Ambiental Nacional (FAN)⁸.

En el caso ecuatoriano, las normas constitucionales adolecen de tales deficiencias que parece que más que emplear la teoría de los derechos de la naturaleza, se usa solamente su nombre como un membrete o título.

Es innegable que como dijo Albert Einstein «no podemos resolver los problemas pensando en la misma manera que cuando los creamos» (en Highfield & Carter, 2003, p. 286). Se requieren, entonces, nuevas perspectivas y actitudes para enfrentar desde los instrumentos legales (en sus diferentes niveles) los graves problemas ambientales que nos aquejan. Sin embargo, la necesidad de proteger la naturaleza y conservar sus bienes y servicios para beneficio humano, no puede justificar el empleo de una teoría aun incompleta y su consagración como norma constitucional; ello a más de irresponsable constituye la causa de mayores inconvenientes.

Una lectura analítica del texto constitucional da cuenta de importantes incongruencias; el ejemplo que emplea este artículo enfrenta las normas

⁸ El Fondo Ambiental Nacional creado mediante Decreto Ejecutivo n° 3409 (R.O. 865 de 18-I-1996), fue disuelto mediante Decreto n° 998 (R.O. 2° Supl. 742 de 27-IV-2016).

relativas a los derechos de la naturaleza y una de las normas de la biodiversidad, concretamente aquella relativa a la bioseguridad.

En el Título II, correspondiente a los “Derechos” consta como Capítulo IIV “los Derechos de la Naturaleza”, con sus arts. 71 al 74. Estas normas guardan relación con los arts. 10 y 14⁹, que se refieren a la naturaleza como sujeto de derechos y al derecho de la población a vivir en un ambiente sano, respectivamente. Concretamente el texto dispone:

Título II: Derechos. Capítulo Séptimo: De los Derechos de la Naturaleza

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

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

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

Hemos destacado «para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda», donde se nota claramente cómo se resta seguridad jurídica. Es ampliamente conocido que los principios o reglas de interpretación de derechos no puede aplicarse «en lo que proceda» sin determinarse cuáles son los casos en que no proceden, ya que se plantea la duda de cuándo aplicarlos y cuándo no. Y más importante aún ¿quién interpreta? y ¿de qué manera se hace esta interpretación?

El texto constitucional no responde ninguna de las dudas básicas planteadas, ni tampoco contiene una remisión a ley inferior que regule esta interpretación. Volveremos a la importancia de las reglas de interpretación al analizar la norma relativa a los transgénicos.

⁹ La Constitución señala, en el título II de “Los Derechos”, cap. I, de los “Principios de aplicación de los derechos”:

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

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

Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Más adelante, en la Constitución, en el Título VII se encuentran las normas relativas al Régimen del Buen Vivir entre las que se encuentran normas relativas a la naturaleza y el ambiente (arts. 395 a 399), biodiversidad (arts. 400 a 403), patrimonio natural y ecosistemas (arts. 404 a 407), recursos naturales (art. 408), suelo (arts. 409 y 410), agua (arts. 411 y 412) y biosfera, ecología urbana y energías alternativas (arts. 413 a 415). Una de estas normas contiene la declaración del Ecuador libre de transgénicos:

Art. 401.- 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. Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o *experimentales*.

Este texto, que se caracteriza por un fundamentalismo contrario al desarrollo e investigación de cultivos y transgénicos, está más a tono de un panfleto oscurantista que de un texto constitucional.

Los primeros cultivos transgénicos (colza, maíz, soya y algodón) datan de mediados de la década de 1990 y a ellos se oponen grupos contrarios al empleo de la tecnología y de la ingeniería genética. En este enfrentamiento se confunden intereses científicos, empresariales, políticos y ciudadanos que con, mayor o menor conocimiento, pero siempre con pasión y entusiasmo, atacan y defienden el potencial que representa la ingeniería genética y las modificaciones planificadas de microorganismos, plantas, animales y tejidos humanos para controlar enfermedades y mejorar la producción agrícola, entre otros usos. El alegato principal para atacar a los cultivos transgénicos es que los transgénicos en su totalidad y sin excepción causan daño a la diversidad biológica y a la salud.

De ser aceptadas las evidencias sin apasionamiento se podría reconocer que algunos transgénicos de hecho han permitido resolver problemas de salud, como por ejemplo la insulina cuya aplicación permite a enfermos de diabetes continuar con vida, así como varios tipos de vacunas, entre ellas la usada contra la hepatitis B¹⁰. Es innegable que gracias a que en países desarrollados se cuenta con políticas públicas dedicadas a fomentar la investigación científica, éstos han usado tecnologías y herramientas genéticas para identificar enfermedades y tratamientos (vía terapia génica) y de esta forma se

¹⁰ A tono con esta corriente, recientemente, el 25-II-2016 el Parlamento Andino en su XLVIII Período Ordinario de Sesiones aprobó la Decisión Andina 1356 (Gaceta Oficial de III-2016) que considera a la región andina libre de semillas y cultivos transgénicos.

ha aumentado la esperanza de vida de personas que padecen de enfermedades crónicas de alta incidencia en los 5 continentes.

Nunca ha estado en duda el peligro que manipulaciones irresponsables y sin las debidas medidas de bioseguridad podrían llegar a causar. Precisamente por eso existe el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (también conocido como Protocolo de Cartagena)¹¹, cuyo objetivo es garantizar el nivel adecuado de protección en la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. Otro instrumento internacional referido a la materia es la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos que adoptó Naciones Unidas en 2005¹² que se refiere a las cuestiones éticas relacionadas con la medicina y el uso de la tecnología aplicada a los seres humanos y que también orienta a los estado para la toma de sus decisiones y prácticas. La extensión de este artículo imposibilita profundizar en estos instrumentos legales.

En el art. 401 se destacan cuatro aspectos: (i) el caso de interés nacional debe ser debidamente fundamentado por la Presidencia de la República; (ii) debe ser aprobado por la Asamblea Nacional; (iii) la regulación del uso y desarrollo de la biotecnología debe hacerse bajo estrictas normas de bioseguridad; y (iv) la prohibición de biotecnologías riesgosas o experimentales.

Ahora bien, en el Oficio T.3321-SGJ-08-3134 de 13 de noviembre de 2008, el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República responde a una solicitud de autorización para la ejecución de un proyecto de investigación en biotecnología, que incluye la modificación genética, en los siguientes términos:

«Directora General
Escuela Superior Politécnica del Litoral
Guayaquil

De mis consideraciones:

Me refiero a su oficio PIC-08-300-004-2008 del 6 de los corrientes, mediante el cual solicita autorización de la Presidencia de la República para ejecutar un proyecto de investigación en biotecnología, que incluye la modificación genética de suspensiones celulares de banano con el propósito de introducir genes de resistencia provenientes de variedades de banano no comerciales.

¹¹ Fue adoptado por la comunidad en enero de 2000. En Ecuador su ratificación fue publicada en el R.O. 145 de 12-VIII-2003.

¹² La Conferencia General se efectuó el 19 de Octubre de 2005

Soy del criterio que la aprobación contemplada en el art. 401 de la Constitución de la República versa exclusivamente en la introducción —o importación— de semillas y cultivos genéticamente modificados al Ecuador.

Según lo expuesto en el anexo a su comunicación, el proyecto no contempla el cultivo de semillas o plantas transgénicas, sino la investigación y optimización para desarrollar la tecnología de transformación en tejidos de banano y plátanos, en el Ecuador.

En consecuencia, considero improcedente la aplicación de la mencionada disposición constitucional a su proyecto de investigación, pudiendo, por tanto, continuar con los estudios correspondientes».

Esta comunicación es uno de los más claros ejemplos de «las interpretaciones» de las que habla el art. 71 de la Constitución. Llama la atención que «las estrictas normas de bioseguridad dictada por el estado» que ofrece el art. 71 queden así de reducidas por considerar que “cultivo” solamente es una plantación en campo abierto. Cultivo es el método de obtención de microorganismos, células o tejidos, mediante siembras controladas en medios adecuados; un cultivo puede efectuarse, por ejemplo, en una caja *petri*, se puede contener un cultivo de hongos de penicilina o de bacterias en un recipiente de entre 10 cm de diámetro con 1,5 cm profundidad. El cultivo de células es técnica de uso común en laboratorios al hacer análisis de compuestos farmacológicos que se encuentran en fase experimental, previa liberación, reproducción y desarrollo comercial una vez que se cumpla con los protocolos de investigación y autorización.

Al hacer la revisión de estos cuatro aspectos resaltados del art. 401, fácilmente se evidencia que esta comunicación los incumple todos: (i) *El caso de interés nacional debe ser debidamente fundamentado por la Presidencia de la República*. En la Comunicación no existe ninguna calificación de «interés nacional» fundamentada por la Presidencia; lo que consta en la comunicación es la opinión personal de un funcionario sin competencia legal para la fundamentación exigida. (ii) *Debe ser aprobado por la Asamblea Nacional*, lo cual no existe en este caso. (iii) *La regulación del uso y desarrollo de la biotecnología debe hacerse bajo estrictas normas de bioseguridad*, lo que no se cumple con una opinión de una persona que no es especializada en la materia. (iv) *Hay la prohibición de biotecnologías riesgosas o experimentales*, a lo que se puede decir que «la modificación genética de suspensiones celulares de banano con el propósito de introducir genes de resistencia provenientes de variedades de banano» (cita textual de la comunicación) implica necesariamente técnicas experimentales, que *per se* no son peligrosas; el peligro existe en tanto en cuanto quien maniobra los ensayos carece de la preparación suficiente para hacerlo o en franco incumplimiento de normas de bioseguridad.

En materia ambiental es innegable que la tendencia global se dirige hacia la consolidación objetiva y técnica del derecho ambiental. Sin embargo, con un texto constitucional como el ecuatoriano no se puede avanzar en ese sentido.

V. CONCLUSIONES

1. El derecho ambiental es una disciplina nueva y durante su evolución ha consolidado principios y técnicas, ninguno de los cuales se compadece con la declaratoria de los derechos de la naturaleza que consta como precepto constitucional ecuatoriano desde 2008.

2. Si no es aceptable que la intencionalidad política reemplace a la técnica constitucional, es aún menos aceptable que sea el fundamentalismo el que lo haga. De hecho, cuando el fundamentalismo ideológico toca terrenos técnicos, el resultado es una norma falta de técnica y que no contribuye con la seguridad jurídica, tal como prueba el ejemplo presentado sobre los organismos genéticamente modificados.

3. Si bien es cierto que los especialistas consideran que el balance del derecho ambiental en América Latina es alentador porque los principios ambientales habrían sido elevados a rango constitucional en la mayoría de países, no es menos cierto que un texto constitucional no puede ni debe ser un azar político como ha sucedido en el Ecuador.

4. El texto constitucional ecuatoriano alienta un extremismo que debe ser escuchado con cautela porque por más innovación que desee hacerse y por más debatibles que sean los métodos del derecho y de la jurisprudencia como ciencia, es indiscutible que existen y que orientan el establecimiento de todo el sistema legal nacional, incluida la estructura institucional. Como se evidencia en el ejemplo analizado, se ha constituido un paralelo y peligroso parasistema de aplicación o al menos de interpretación arbitraria que demuestra falta de conocimiento mínimo sobre temas generales (por ejemplo: el significado de «cultivo») y especializados (por ejemplo: las aplicaciones de los organismos genéticamente modificados).

5. Las normas que consagran los derechos de la naturaleza no corresponden con la tipología de normas ambientales que los autores proponen y que el método y la técnica jurídica reconocen.

6. Las normas constitucionales en estudio en poco han contribuido a fortalecer el sistema legal ecuatoriano existente. No se ha podido apreciar que estas normas han servido de guía o han motivado la adopción de una política pública más amigable con el ambiente, ni han promovido decisiones sustentables o han constituido motivación de acto de la administración a favor

del ambiente. De hecho, lo sucedido con la Iniciativa Yasuní ITT es una triste confirmación de que las normas constitucionales están solamente escritas.

7. En el artículo se ha recordado que como parte de la evolución del derecho ambiental en ocasiones se avanza y en otras, se retrocede; por ello en aras de recuperar el sentido de la lógica, de contribuir y de reconocer que el texto constitucional propicia un sistema arbitrario y jurídicamente inseguro, sería deseable recapacitar y orientar acciones hacia soluciones factibles que complementen los postulados de los derechos de la naturaleza como por ejemplo contar con un órgano de representación jurídica de la naturaleza, o determinar estrategias de refuerzo para que la existente autoridad ambiental nacional pueda blindar su actuación de presiones políticas. De hecho, en el ejemplo presentado, queda claro que la Secretaría Jurídica de la Presidencia se atribuyó competencias que no le corresponden al autorizar un proyecto de investigación, lo cual en lugar de fortalecer a la autoridad ambiental, debilita el sistema existente.

7. Se alerta sobre un paulatino debilitamiento del sistema y del desarrollo del derecho ambiental ecuatoriano.

8. A propósito de la evolución del derecho ambiental se destacó que lo importante no es definir la fecha exacta del nacimiento de esta rama del derecho sino atender a la calidad de las normas. Igual puede decirse respecto de las normas que se analizaron: es fundamental y más importante elevar la calidad de las normas del derecho ambiental que usarlas como declaraciones políticas.

REFERENCIAS

- AA.VV. (2014). *La Biblia*. Barcelona: Grupo Océano.
- AA.VV. (2016). *Derecho Ambiental. Historia del Derecho Ambiental*. Universidad de Buenos Aires. En <http://federacionuniversitaria71.blogspot.com/2008/09/historia-del-derecho-ambiental.html> (recuperado el 29-V-2016).
- Amores Terán, O. (1991). *Derecho Ecológico Ecuatoriano*. Quito: Corporación Editorial Nacional.
- Aristóteles (1980). *La Política*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Brañes Ballesteros, R. (1991). *Aspectos institucionales y jurídicos del medio ambiente, incluida la participación de las organizaciones no gubernamentales en la gestión ambiental*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Brañes Ballesteros, R. (1992). *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. Ciudad de México: Fundación Mexicana para la Educación Ambiental-Fondo de Cultura Económica.
- Cano, G. (1978). *Derecho, Política y Administración Ambientales*. Buenos Aires: Depalma.
- Coria, S. (2005). La importancia de los principios rectores en el derecho ambiental. *Revista de Derecho Ambiental*, 2, 9-27.
- Hernández Fernández, M. (2010). *El derecho ambiental Internacional: Esquema de su evolución*. En <http://www.monografias.com/trabajos81/derecho-ambiental-internacional-evolucion/derecho-ambiental-internacional-evolucion2.shtml#ixzz47jkhQpiI> (recuperado el 5-VI-2016).
- Highfield, R. & Carter, P. (2003). *Las vidas privadas de Albert Einstein*. Madrid: Edición ABC.
- Jordano Fraga, J. (1995). *La Protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*. Barcelona: Bosch.
- Morel Echeverría, J.C. (2008). *Ambiente y Cultura como Objetos del Derecho*. Buenos Aires: Quorum.
- Real Ferrer, G. (2001/2). La construcción del derecho ambiental. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 1, 73-79.