

Protección constitucional del medio ambiente: análisis comparado entre Chile y Ecuador

Environmental constitutional protection: comparative analysis between Chile and Ecuador

Nicolás Hernández Araya

Masterando en Estudios Jurídicos Avanzados

Universidad de Barcelona

Abogado

Universidad de Chile

nicolas.a.h.a@gmail.com

RESUMEN

En la actualidad chilena se debate acerca de la necesidad de renovar o reformar la Constitución Política. Este debate saca a la luz el rol que debe jugar la protección del medio ambiente en dicho cuerpo normativo. En ese contexto, es conveniente revisar y comparar experiencias análogas a la chilena y que pueden ayudar a nuestro país a optimizar su sistema de protección ambiental. Sin embargo, el proceso ecuatoriano es de particular interés por su sustantiva innovación en el año 2008, pero que presenta diferencias considerables con el proceso actual chileno. Una vez expuestas esas diferencias y similitudes, hacemos una invitación a debatir un cambio constitucional sincero, consciente y que considere los últimos avances institucionales en la materia.

Palabras claves: Constitución Política; Derecho Comparado; Medio Ambiente; Chile; Ecuador.

ABSTRACT

Today in Chile there is a debate about the need to renew or reform the Political Constitution. This debate brings to light the role that the environmental protection should play. In that context, it is appropriate to review and compare similar experiences. That may help our country to optimize its environmental protection system. The Ecuadorian case is of particular interest because of its substantive innovation in 2008, but shows significant differences with the current Chilean process. Once these differences and similarities have been exposed, we make an invitation to discuss a sincere constitutional change and consider recent institutional developments in the field.

Keywords: Political Constitution; Comparative Law; Environment; Chile; Ecuador.

Introducción

Chile ha seguido un método de protección constitucional ambiental estándar según la tendencia trazada por los países occidentales tras la Conferencia de Estocolmo organizada por Naciones Unidas el año 1972¹. Lo anterior, en lo que se refiere a la consagración como derecho fundamental, la terminología y estructura utilizadas en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República de Chile, tienen una evidente cercanía formal y sustantiva con sus pares de Grecia, Portugal, España, Argentina, Colombia, entre otros. En ese sentido, es correcto sostener que la constitución chilena es una manifestación típica de inclusión constitucional del elemento medioambiental por los países pertenecientes a la tradición jurídica romana-germánica (o *civil law*).

Por otro lado, el caso contemporáneo de Ecuador resalta por su innovación. La vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador comenzó en el año 2008, y el lector podrá verificar en las próximas páginas que el tratamiento del medio ambiente en dicho cuerpo normativo, así como la inclusión de un nuevo sujeto de derechos (La Naturaleza), es evidencia de una inédita posición del aparato estatal frente a la función que debe cumplir una constitución respecto al desarrollo de la vida de sus regulados.

Dicho aquello, es un ejercicio irresistible y útil comparar ambos métodos de protección constitucional. En efecto, las constituciones de Chile y Ecuador ya tienen varios años de vigencia y sus mandatos medioambientales, como se demostrará a lo largo de este artículo, han permitido que la legislación de cada país se desenvuelva con libertad y creatividad al momento de desarrollar políticas ambientales. Si bien hoy en día en Chile existen debates y medidas concretas tendientes a redactar una nueva constitución², estas exigencias tienen su raíz en asuntos bastante lejanos al derecho ambiental (desde ahora DA). Los argumentos centrales que iniciaron estos debates son: la necesidad de una constitución que cumpla con estándares adecuados de generación democrática³ y el establecimiento de una estructura de derechos que contribuya a mejorar la distribución de la riqueza y mejorar los servicios de salud, educación y protección social. De esta manera, los motivos de protección ambiental para reformar la Constitución Política de Chile son más bien tangenciales y muy pocas veces aludidos en los debates públicos vigentes sobre constitucionalismo.

1 JARA I MANZANO, Jordi. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. 1° ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011. p. 332.

2 A nivel gubernamental, estas medidas consisten en la institución de Debates Ciudadanos, la creación de un Consejo Ciudadano de Observadores, entre otras. Se pueden consultar con más detalle en el portal electrónico del Gobierno de Chile [en línea] <<http://www.gob.cl/2015/10/13/8-conceptos-del-proceso-para-la-nueva-constitucion/>> (Consulta: 11 de marzo de 2016).

3 La constitución chilena, vigente desde el año 1980, se generó en pleno gobierno de un régimen militar de facto que ostentaría el poder entre los años 1973 y 1990.

El objetivo de este artículo considera todo este cúmulo de circunstancias para plantear un debate que, hasta el momento, no se ha dado en la doctrina nacional⁴. Todo parece indicar que en Chile tendremos una nueva constitución o, al menos, una considerable reforma de la misma. Seguramente en este proceso estarán presentes las ideas relativas al tratamiento del medio ambiente, momento en el cual parece del todo pertinente dar un vistazo a nuestros países vecinos y enjuiciar posibles importaciones jurídicas. El caso ecuatoriano aparece inmediatamente como un interesante sistema para, según nuestras condiciones nacionales, replicar o desechar.

Para asegurar un estudio preciso y efectivo conforme a sus fines, hemos de seguir los criterios de comparación expuestos por el profesor Geoffrey Samuel⁵ en su artículo *Comparative Law and its Methodology*. Respecto de la metodología, se ha escogido el método genealógico que "(...) apunta a establecer una relación filial entre los objetos que están siendo comparados (...)"⁶ identificando las conexiones históricas y los puntos comunes que pudieron haber tenido las instituciones estudiadas a lo largo de su desarrollo. Aplicado al objeto de estudio en concreto, el método escogido nos ayudará a verificar que Chile representa de manera bastante fiel el modelo típico de "constitucionalización" del medio ambiente propagado a lo largo de Europa continental y los países de Latinoamérica. Pero más importante aún, es la virtud del método genealógico que nos permitirá entender las motivaciones y las justificaciones que tuvo Ecuador para regular el elemento medio ambiente de la manera que lo hizo el año 2008. Su radicalidad acarrea que no sea posible replicarlo adecuadamente por otros sistemas jurídicos sin entender cuáles son sus bases ius-filosóficas, sistema político y contingencias internas desarrolladas en el proceso previo a la redacción de la constitución.

En cuanto al enfoque (que se subsume en una metodología), se seguirá el *causal approach* descrito en los siguientes términos: "(...) fundado en la idea de que un fenómeno (A) es dependiente de otro fenómeno (B)"⁷. Esto se traduce en identificar fenómenos que generen una relación causa-efecto entre sí. Como apreciarán en este punto, la aproximación causal es la más fiel al método genealógico y es con el que más naturalmente convive. En consecuencia, este método nos permitirá entender las motivaciones y las justificaciones que tuvieron ambos países para regular el elemento medio ambiente en la forma que finalmente quedó plasmada en sus constituciones.

4 Creemos que la escasez de doctrina respecto de este tema se debe, esencialmente, a que los especialistas se han concentrado en el análisis de las reformas institucionales llevadas a cabo a partir del año 2010 mediante la Ley 20.417.

5 SAMUEL, Geoffrey, "Comparative Law and its Methodology". En: BURTON, Mandy y WATKINS, Dan (eds.). *Research Methods in Law*. Londres: Routledge, 2013, p. 100-118. Este autor hace un repaso por las tendencias actuales, fortalezas y críticas a las metodologías y enfoques de los estudios de Derecho Comparado.

6 *Ibid.* p. 106. La traducción es nuestra.

7 *Ibid.* p. 111. La traducción es nuestra.

Ejercicio comparativo

I. Historia jurídica común. Explicitaciones necesarias

La primera constitución en consagrar un derecho a desenvolverse en un medio ambiente sano y descontaminado fue la del estado norteamericano de Illinois, constitución adoptada en el año 1970, cuyo artículo XI versaba así: "[t]he public policy of the State and the duty of each person is to provide and maintain a healthful environment for the benefit of this and future generations"⁸. Luego de ese hito histórico, también se reformó en el año 1971 la Constitución federal suiza y se incluyó el artículo 24 septies, del siguiente tenor: "1. La Confederación legisla sobre la protección del hombre y de su medio ambiente natural contra las acciones nocivas y molestas. En particular, combate la contaminación del aire y del ruido. 2. La ejecución de las prescripciones federales es responsabilidad de los cantones, excepto que la Ley la reserve a la Confederación"⁹. Estos hitos se insertan en la segunda etapa del derecho ambiental internacional según la categoría establecida por Sands y Peel¹⁰.

Esos dos antecedentes, del todo valorables por su innovación jurídica, antecedieron al hecho más importante a nivel político mundial acerca de cómo los estados afrontarían la nueva contingencia ambiental: la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, realizada el año 1972 en la ciudad de Estocolmo. Esta fue la primera de las llamadas "Cumbres de la Tierra" y Sands y Peel consideran que a partir de allí se inicia la tercera etapa del DA internacional. Mucho se ha escrito respecto a los debates y conclusiones de esa conferencia, pero en esta parte es importante recordar sus principios y mandatos a los estados, como el siguiente: "Principio 13. A fin de lograr una más racional ordenación 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 quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población"¹¹.

De ahí en adelante, la "constitucionalización" del derecho¹² a desenvolverse en un ambiente sano y/o descontaminado se ha esparcido mundialmente sin mayores obstáculos. Hay casos significativos que conviene mencionar, pues influyeron directamente en los

8 Nuestra traducción es: "la política pública del Estado y el deber de cada persona es proveer y mantener el bienestar ambiental para el beneficio de las generaciones futuras".

9 JARA I MANZANO, Jordi. Op. cit. (1), p. 184.

10 SANDS, P. y PEEL, J. *Principles of international environmental law*. 3º ed. Padstow: Cambridge University Press, 2012. 988 p.

11 SÁNCHEZ-SÁNCHEZ, Hernando. *Código de derecho internacional ambiental*, 1º ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008, p. 33.

12 Prescindiremos en este trabajo de la discusión acerca de la naturaleza y categorías de los derechos fundamentales, si estos pueden categorizarse, y si cabe denominar a este derecho (medioambiental) como "fundamental" o "humano".

debates constitucionales de Chile y Ecuador. Según expone Jara i Manzano "(...) el gran salto en relación con la protección constitucional del medio ambiente se produciría en las constituciones de los nuevos regímenes liberal-democráticos del sur de Europa (...) en Grecia, Portugal y España, van más allá de la reforma suiza de 1971 y se constituyen en herederas directas, en relación con la protección del medio ambiente, del impulso que ha experimentado la conciencia internacional al respecto a partir de la Conferencia de Estocolmo"¹³. Las constituciones latinoamericanas replicarían, a partir de 1980 con la nueva constitución chilena, el modelo de protección creado por aquellas tres naciones europeas.

De ahí en más, los acontecimientos más relevantes a nivel internacional son la *Constituição da República Federativa do Brasil* del año 1988 (que dispuso un tratamiento integral y esparcido por diferentes instituciones constitucionales como la acción popular, competencia común de la Federación y Estados, atribuciones al Ministerio Fiscal, orden económico y propiedad agrícola, entre otros) y las posteriores convenciones internacionales de carácter global (Río de Janeiro en 1992; Kioto en 1997; Johannesburgo en 2002; Copenhague en 2009 y Río+20 en 2012) que se hicieron cada vez más frecuentes dados los avances incontrarrestables del cambio climático.

Una vez expuesto todo este marco y avance global, podemos abocarnos con mayor propiedad al estudio particular de las constituciones vigentes de Chile y Ecuador, pues qué duda cabe que estos pasos internacionales ayudan a entender y dar contenido a las normas ambientales constitucionales que estudiaremos.

II. Sistema constitucional chileno

II.I. Proceso histórico de gestación

La Constitución de 1980 vigente hoy en día en Chile, inauguró en el catálogo constitucional de derechos protegidos la inclusión medioambiental, pues su antecesora del año 1925 no hacía alusión ni siquiera de manera indirecta a dicha entidad (el medio ambiente). Como se demostrará más adelante con la caracterización de la norma, el tipo de proceso constituyente en que se forjó y el contexto histórico social por el que estaba pasando Chile en ese entonces, fueron del todo determinantes al momento de decidir si debía o no darse espacio a la protección jurídica del medio ambiente. La Constitución Política del año 1980 se estudió y redactó por una comisión cuyos miembros fueron designados por una junta militar que, en ese entonces, estaba al mando del poder ejecutivo

13 JARA I MANZANO, Jordi. Op. cit. (1), p. 185.

y legislativo de Chile. Al año 1980 la junta militar ya había definido con claridad un plan de gobierno que podría caracterizarse, omitiendo los existentes matices, como de corte liberal en lo económico y conservador en lo político y moral. En ese sentido, y con el afán de mostrarse como una nación moderna e interesada en las contingencias internacionales, se siguió el camino trazado por Europa en lo referente al tratamiento del medio ambiente en las constituciones, por lo que se abrazó, no sin previa meditación y reflexión¹⁴, el modelo de las constituciones griega, española y portuguesa. En definitiva, estamos frente a un constituyente de facto que pretendió establecer una constitución que conformase un estado democrático, unitario, de libre mercado (para ese entonces la junta militar estaba aplicando una economía neoliberal basada en la teoría de Milton Friedman), pero atento a las tendencias jurídicas internacionales (situación que justificó la inclusión de derechos de segunda y tercera generación, según la terminología del jurista Karel Vasak¹⁵) con el afán de ser pioneros en el ámbito latinoamericano.

Más adelante podremos verificar que todos estos antecedentes sirven como causa de las disposiciones constitucionales que repasaremos. Desde el año 1980, no ha habido cambios en lo relativo al tratamiento del derecho constitucional del medio ambiente, hecho que en cierta medida demuestra que la amplitud de su redacción y la ubicación lógica de la norma dentro de la carta magna ha logrado satisfacer nuevas exigencias, que han sido muchas, durante estos treinta y cinco años.

II.II. Protección del Medio Ambiente

La decisión del constituyente fue incluir el concepto de medio ambiente dentro del catálogo de derechos fundamentales, en el número 8 dentro de un total de 26, sin que exista jerarquía o categorización alguna entre ellos. Es decir, está inserto dentro de lo que algunos juristas de la tradición romano-germánica denominan parte dogmática de la constitución, entendida como aquella que se refiere al establecimiento de los fines, derechos, obligaciones y otros aspectos sustantivos del estado. En la parte orgánica -aquella referida a la enunciación de las instituciones, las competencias, órganos, etcétera- no hay alusión alguna al elemento medioambiental.

Dado lo económico de su tratamiento, creemos útil hacer una transcripción íntegra del derecho en cuestión:

14 Para revisar este proceso, sobre todo las discusiones dentro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, puede consultarse GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *Derecho Ambiental chileno. Principios, instituciones, instrumentos de gestión*, 1º ed. Santiago: Planeta Sostenible, 2012.

15 VASAK, Karel, *Le droit International de Droits de l'Homme*. Paris: Pedone, 1972.

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas: N°8: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Como se aprecia de la sola lectura del texto, el derecho consagrado tiene las siguientes características¹⁶: parte de una visión antropocéntrica; fija un estándar específico de vulneración; reconoce la existencia de conflictos de derechos; y prescribe el deber estatal de preservación. A continuación, pasamos a analizar estas características:

1) La visión antropocéntrica queda manifiesta cuando la otorgación del derecho se hace “a todas las personas”, excluyendo tácitamente a algún otro elemento medioambiental que podría gozar de la titularidad de aquel derecho.

2) El estándar de protección es que el medio ambiente esté “libre de contaminación”. Ese es el umbral que, una vez cruzado, habrá vulnerado el mandato constitucional y los particulares pueden alegar ofendido su derecho fundamental. También mucho se ha discutido acerca de qué debemos entender por “libre de contaminación”¹⁷, incertidumbre que quedó apaciguada al dictarse la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente el año 1994, la que define el término con claridad¹⁸.

3) El reconocimiento de conflictos entre derechos fundamentales, tema recientemente tratado por la doctrina internacional¹⁹, tiene aquí acogida y expresión en el derecho positivo (último inciso del artículo), pues se faculta al legislador a establecer restricciones para asegurar la preeminencia de este derecho. Esta indicación se hace necesaria y natural al no tener el medio ambiente un “titular”, ni un órgano representativo que vele por sus intereses,

16 También para mayor detalle sobre esta caracterización puede consultarse GUZMÁN ROSEN. Op. Cit. (14)

17 GUZMÁN ROSEN. Op. Cit., (14) p. 27 y ss.

18 Ley N° 19.300, artículo 2°: “c) Contaminación: la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según correspon-da, a las establecidas en la legislación vigente”. Sin embargo, hay autores que estiman que el concepto constitucional de “contaminación” no debiese ser entendido según la definición de la Ley N° 19.300 sino que, aplicando una inter-pretación histórica de la norma, habría de corresponderse con la intención de los constituyentes al redactar la disposi-ción (actas oficiales donde consten las discusiones y alcances). En defensa de esta última posición DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando, “El Deber – Obligación del Estado de Proteger el Derecho a la Vida de las Personas”. *Revista Justicia Ambiental*, 2014, N° 6, p. 95-113.

19 FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Vol I. G. Bari: Laterza editore, 2007.

siendo el legislador, por orden del poder constituyente, quien deberá poner las fronteras al ejercicio de otros derechos (típicamente el del libre emprendimiento industrial, comercial y de servicios) que pudiesen vulnerar el medio ambiente.

4) Se le asigna al Estado el deber de tutelar por la preservación de la naturaleza y evitar la afectación del derecho consagrado. Este segundo mandato parece ser una redundancia si consideramos lo dispuesto en el enunciado del artículo y la oración que consagra el derecho. En cuanto al deber de preservación, el Estado ha demostrado entenderlo nada más que como el fundamento de declarar zonas (parques nacionales, reservas, entre otras) y especies (flora y fauna) protegidas. Es decir, la conducta pública de preservar se ha traducido en establecer límites espaciales a los particulares, mientras que la faceta positiva (promover la reaparición de especies postergadas, educar a la población, estudio de las especies autóctonas, velar por su estabilidad futura, entre otras) parece no haberse explotado suficientemente. Sin embargo, un importante paso en este sentido se dio con la publicación de la Ley N° 20.417 del año 2010, y que instauró una nueva institucionalidad pública ambiental (Servicio de Evaluación Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente y Ministerio del Medio Ambiente).

Por último, toca analizar la vía concreta de protección que establece la Constitución para casi todos los derechos fundamentales consagrados, y que incluye el del número 8 en estudio, que es la acción de protección de derechos fundamentales. Al ser también breve en su redacción, transcribiremos el único artículo referido a su tratamiento:

“Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º [...] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”

Como se lee, también es posible extraer ciertas características de este medio de protección. Solamente resaltaremos dos: es judicial y se restringe su interposición a la condición de que la afectación sea ilegal, no siendo posible aludir una mera arbitrariedad por parte de la autoridad o de alguna otra persona. Es decir, la distinción asume que puede haber atentados arbitrarios aún cuando se ejecuten dentro de las exigencias del ordenamiento jurídico, pero si aquellos afectan el derecho del numeral 8 en estudio no podrán dar origen a una acción de protección. Las razones de esta restricción se fundaron²⁰ esencialmente en el supuesto carácter prestacional del derecho, la dificultad de definir un claro titular de la acción, y la posibilidad de que fuese el legislador quien estableciese las vías de protección más concretas.

La pregunta natural es qué podía hacer un particular cuando el Estado de Chile o una empresa vulneraba su derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pero sin afectar a ninguna norma jurídica positiva. Este asunto fue durante largos años de difícil solución, pues la única alternativa para el afectado era acudir a otras vías del ordenamiento jurídico para restablecer el imperio del derecho. Estas vías alternativas eran, dentro de las más comunes, las acciones civiles de obra ruinosa u obra nueva (artículos 599 y siguientes del Código Civil chileno); acciones civiles indemnizatorias de responsabilidad extracontractual; solicitud administrativa de suspensión de permisos y licencias otorgados para el ejercicio del negocio en cuestión; acción de protección fundándose en el daño indirecto que podría producirse contra la vida y salud; entre otras.

Todo esto vino a cambiar, según ya anunciamos, con la entrada en vigor de la nueva institucionalidad donde se ponen a disposición del ciudadano una serie de herramientas jurídicas para hacer frente a posibles arbitrariedades que vulneren su derecho. Entre ellas, resaltamos como más importantes la posibilidad de participar como observador en las evaluaciones ambientales de proyectos nuevos (artículo 26 y siguientes de la Ley N° 19.300) y la acción de responsabilidad por daño ambiental ante los Tribunales Ambientales (artículo 51 y siguientes de la Ley N° 19.300). Sin embargo, no entraremos a estudiarlas en particular por ser elementos ajenos a nuestro objeto de comparación, que versa única y exclusivamente sobre los textos constitucionales.

20 Extraídas desde GUZMÁN ROSEN. Op. Cit. (14), p. 203 y ss. Más allá de esas restricciones jurídicas, creemos que históricamente a nivel mundial también han existido argumentos fácticos tendientes a disminuir la interposición de acciones judiciales que protejan el medio ambiente. En concreto, creemos que los constitucionalistas chilenos evaluaron la posibilidad de que la ciudadanía abusase de estas vías, aludiendo cualquier conducta como arbitraria, situación que podría provocar atoramientos en el sistema judicial, frustraciones en el desarrollo de emprendimientos económicos, y otras consecuencias presuntamente indeseables.

En definitiva, la norma constitucional chilena ha logrado permanecer intacta luego de treinta y cinco años, situación digna de destacar en medio de una cultura constitucional latinoamericana donde parecen legitimarse los constantes cambios, además del desarrollo inaudito y explosivo de las doctrinas y discusiones contemporáneas relativas al medio ambiente y su relación con el derecho. No obstante, esta inmovilidad no ha sido óbice para la instauración de grandes reformas legales que han instaurado nuevas formas de protección e instituciones estatales de avocación exclusiva y especializada en el medio ambiente.

III. Sistema constitucional ecuatoriano

III.I. Proceso histórico de gestación

El camino seguido por Ecuador en su constitución vigente justifica que nos detengamos previamente en repasar las causas y acontecimientos que dieron forma a la protección actual del medio ambiente. La doctrina y método escogidos son tan novedosos, que hasta dónde sabemos no tienen parangón con otro país occidental. Por ello, enunciaremos en el próximo párrafo ciertos hitos históricos que ayudaron a configurar la inclinación social y política que forjó la Constitución del año 2008. Para hacerlo, haremos un repaso de las ideas expuestas por el Profesor Hernán Salgado Pasantes²¹.

La historia reciente de Ecuador ha estado marcada por dos grandes hitos: un golpe de estado en el año 1997 (que introdujo una nueva constitución al año siguiente) y otro el año 2005. El segundo de ellos terminó en una incertidumbre política de inmensas proporciones, y que muchos líderes políticos trataron de encauzar enarbolando la consigna de una nueva constitución que trajese orden y recogiese todas las inquietudes civiles. Fue así como el año 2006 Rafael Correa ganó las elecciones presidenciales y se estableció al año siguiente como Presidente de la República. En ese mismo año 2007 cumplió con su promesa de constituir una asamblea constituyente. Este proceso estuvo influido por las experiencias constitucionales recientes de Colombia (1991) y Venezuela (1999). Según Salgado “[e]n resumen, con los numerosos precedentes del pasado, en Ecuador la idea de convocar a una asamblea constituyente siempre ha estado latente, especialmente cuando los problemas políticos e institucionales parecen no tener otra solución, porque los hechos desbordan el marco jurídico”²².

21 SALGADO PASANTES, Hernán, “El proceso constituyente de Ecuador. Algunas reflexiones”. En: *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina*. México D.F.: Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. pp. 263-284 [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2728/11.pdf>> (consulta: 20 octubre 2015)

22 *Ibid.*, p. 265.

En cuanto al DA, la Constitución del año 1998 categorizaba los derechos constitucionales, estableciendo en el Capítulo V (De Los Derechos Colectivos) la Sección Segunda: del medio ambiente. En este punto, vale la pena hacer presente que la redacción de esta gozaba de considerable amplitud y exhaustividad. El artículo 86 establecía el derecho ("el Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable"), y más adelante se establecía el deber legislativo de establecer procedimientos y sanciones útiles para el ejercicio de ese derecho, además de la obligación de hacer consultas a la comunidad cuando el Estado ejecutase medidas que pudiesen afectarlas. Es decir, el constituyente también se preocupó por replicar las tendencias globales desarrolladas en ese entonces, sobre todo en el aspecto de establecer deberes al estado con tal de que este asegurase una vida exenta de contaminaciones ambientales.

Así las cosas, en el año 2007 el gobierno entrante debía establecer el camino para la nueva constitución prometida. El presidente convocó un plebiscito, de extrema discusión acerca de su legitimidad²³, para que la población decidiese si quería una nueva constitución y si aceptaba la forma de una asamblea constituyente. La respuesta afirmativa se impuso por amplia mayoría. Entonces, vino la discusión acerca de cómo debía entrar en funcionamiento esta nueva entidad, en concreto, sus funciones, limitaciones y relaciones con otros poderes públicos. Según Salgado Pasantes, "[e]n el actual proceso constituyente ecuatoriano los plenos poderes conferidos a la Asamblea Constituyente han sido interpretados con una amplitud extrema, que, como se ha dicho, transforma a la Asamblea en una instancia omnipotente, que puede dar por terminadas las funciones de los órganos constituidos del Estado (Legislativo, Ejecutivo, Judicial y otros de carácter autónomo) y sustituir a sus integrantes"²⁴. La tendencia constante por parte del principal promotor del proceso constitucionalista (el poder ejecutivo) fue la de ampliar lo más posible el rango de acción de la Asamblea Constituyente, y que, según expone Salgado, habría de concretar la "(...) revolución ciudadana, en cuyo nombre debían conducir la actividad política y realizar la promesa del cambio (...) pero su contenido nadie lo ha precisado como no sea el acudir a otra idea, la del "socialismo del siglo XXI", cuyos elementos tampoco están claros"²⁵.

En noviembre del año 1997 los miembros de la asamblea constituyente, todos electos mediante sufragio universal, se trasladaron a la ciudad de Montecristi a situarse y dedicarse con profundidad al fin. Lo primero que hicieron fue definir sus potestades, para lo que se dictó un reglamento y luego comenzó el ejercicio de expedición de "mandatos".

23 Este nivel de discusión provocó, entre otras consecuencias, la destitución de cincuenta y siete parlamentarios del Congreso.

24 *Ibid.* p. 273.

25 *Ibid.* p. 277.

En esta ocasión, Salgado vuelve a aludir ciertas críticas recibidas por el proceso: “[a]demás, mediante este procedimiento de expedir mandatos, los constituyentes han invertido el orden lógico de su trabajo: primero se han dedicado a expedir determinadas leyes y, sólo después, van a elaborar el texto de la Constitución (infra nota 7). Esta forma de actuar ha sido bastante criticada”²⁶.

La Asamblea dividió el tratamiento de los temas en diez mesas (una de ellas dedicada a “recursos naturales y biodiversidad”). Finalmente, el proyecto de constitución fue sometido a escrutinio popular, aprobado el 28 de septiembre del año 2008, y entró a regir casi un mes después.

III.II. Protección del Medio Ambiente

Creemos conveniente incluir en esta parte un párrafo íntegro del dogmático Aparicio Wilhelmi. Por su asertividad, es útil para explicar con certeza y relativa exhaustividad la concepción de los derechos que primó en los constituyentes en la ciudad en Montecristi:

“Merece la pena subrayar que la terminología empleada, además de ayudar a definir con mayor claridad el contenido de los derechos a los que se refiere, sirve para reforzar la intención constituyente de dejar atrás anteriores clasificaciones de derechos que sí han sido jerarquizantes. Al rechazar el empleo de la distinción entre derechos civiles, políticos y sociales, se pretende enterrar la doctrina de las generaciones y de la distinta estructura y valor que la lectura liberal dominante ha tratado de implantar dándola por supuesta. Así es: no se habla de derechos civiles, denominación muy vinculada a la tradición liberal decimonónica, sino de derechos de libertad; por otra parte, se prefiere el término “derechos de participación” para subrayar el protagonismo activo de los distintos sujetos en la toma de decisiones del ámbito político; asimismo, en lugar de hacer referencia a los tradicionalmente debilitados derechos sociales y económicos, se aporta la novedosa denominación de “derechos del buen vivir”, la traducción del *sumak kawsay kichwa*, que constata la presencia de las aportaciones de las culturas indígenas en la construcción de un proyecto de desarrollo social centrado en una mejora de las condiciones de vida que no se debe medir en términos cuantitativos sino cualitativos”²⁷.

Hecho ese diagnóstico, comprendiendo la influencia real de los pueblos indígenas en la Asamblea Constituyente mediante miembros electos, las contingencias ambientales

²⁶ Ibid. p. 279.

²⁷ APARICIO WILHELMI, Marco, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”. En: *Desafíos constitucionales*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 19-39.

clásicas de este siglo (deforestación, cambio climático, emisión de dióxido de carbono, deshielos en los polos, amenazas de extinción de variadas especies, etcétera), y la atención internacional respecto a ellos (ya desarrolladas en el subcapítulo I. de este trabajo), es que podemos lanzarnos en la revisión y comprensión de la normativa constitucional ambiental vigente en Ecuador.

La Constitución de Ecuador tiene un preámbulo y nueve títulos. Cada título está dividido en capítulos, y muchos de estos a veces presentan subdivisiones denominadas secciones. Considerando que el elemento ambiental irradia muchas partes del texto normativo, la enumeración de aquellas partes resulta ser un ejercicio bastante más extenso que en el caso chileno. Insistiremos, sin embargo, en esa forma expositiva dividiendo la explicación en dos ítems: la consagración de los derechos y las garantías para su ejercicio.

III.III. Consagración de los derechos²⁸

El Título 2° de la Constitución lleva por nombre "Derechos" y tiene tres capítulos que son de nuestro interés. El Capítulo 2° "Derechos del Buen Vivir" en su Sección Segunda trata el tema del "Ambiente Sano", consagrando en el artículo 14 el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y establece como interés público la preservación, conservación, prevención; en el artículo 15 el deber estatal de promover energías limpias y la prohibición de actividades relacionadas a armas químicas y nucleares, organismos genéticamente modificados, e introducción de residuos nucleares, entre otros.

El Capítulo 7° otorga derechos a la naturaleza siendo esta, creemos, la novedad más importante y que más atención avoca. Entre los artículos 71 y 74 establece que la Pacha Mama tiene derecho a que se le respete integralmente su existencia y, entre otros actos, sus ciclos vitales. Todas las personas podrán exigir al estado el respeto por ese derecho y el estado deberá promover esa actitud y educar a la población en ese sentido. Luego se refiere al derecho de la naturaleza de ser restaurada cuando haya sido dañada, la obligación estatal de aplicar medidas de precaución y restricción, y el derecho de la ciudadanía de beneficiarse de las riquezas naturales que les permitan "el buen vivir".

El Capítulo 9° no establece derechos sino que deberes a las ecuatorianos/as, por lo que creemos que quizás pudo haberse situado en otra parte de la Constitución

28 Atendida la cantidad de artículos de la constitución útiles para el estudio que pretendemos, y cuya lectura es esencial para la cabal comprensión de esta exposición, hemos preferido no incorporarlos en este texto, razón por la que se sugiere acudir al sitio web de la Asamblea Nacional de Ecuador y descargar el texto oficial: [en línea] <www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf> (Consulta: 8 de abril de 2016).

(por ejemplo, en el Título III a propósito de las garantías constitucionales). Entre dichos deberes, el artículo 83 N° 6 ordena: “Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible”. Evidentemente, la instauración de obligaciones al estado y a los particulares en defensa de este derecho adquiere acá un matiz especial. Podría argumentarse que la explicitación de estas obligaciones resulta indispensable, pues los titulares del derecho (Pacha Mama) no tienen medios físicos ni intelectuales para ejercerlo, por lo que un medio de paliar esta carencia es la fijación unívoca de obligaciones a sujetos determinados.

III.IV. Garantías para el cumplimiento de los derechos:

El Título III de la Constitución se llama “Garantías Constitucionales” y en su Capítulo 3° (Garantías Jurisdiccionales) establece como Sección Segunda (artículo 88) la típica acción judicial de protección de derechos constitucionales. La restricción en su interposición consiste en que puede dirigirse casi exclusivamente contra actos del Estado, salvo “(...) 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”, casos que podrá dirigirse contra actos de particulares.

El Título V, denominado “Organización Territorial del Estado”, establece con claridad las competencias que serán exclusivas del estado central, entre las que se encuentran “[l]as áreas naturales protegidas y los recursos naturales”. Es decir, el gobierno será el único ente encargado de administrar y desarrollar, según sus criterios, esas áreas y recursos.

El Título VII es uno de los más interesantes y lleva por título “Régimen del Buen Vivir”. Tiene dos capítulos, uno de ellos se llama “Inclusión y Equidad” y el otro “Biodiversidad y Recursos Naturales”. Este último establece principios ambientales de un estado proactivo; reparación inmediata de daños ambientales; prohibición de utilizar semillas transgénicas; prohibición de actividades extractivas en zonas intangibles y protegidas; propiedad estatal exclusiva de hidrocarburos, agua, yacimientos minerales, zonas marítimas, y otras; apoyo a los agricultores para la conservación y restauración de los suelos; favorecer la optimización del uso de los recursos energéticos; entre otros. No obstante, nos parece que las concreciones más importantes de aquellos principios son las siguientes:

- Art. 395 N°4: que establece el principio ambiental de *In dubio pro natura* cuando haya dudas acerca de cómo interpretar una norma legal.
- Art. 396: Otorga a las acciones de responsabilidad por daños en el medio ambiente el carácter de imprescriptibles, y menciona expresamente que esta

responsabilidad será de tipo objetiva (prescindirá del elemento de culpa para establecer condena).

- Art. 397 N°1: Invierte carga de prueba del daño, es decir, el sujeto pasivo de la acción podrá defenderse ofreciendo los medios probatorios que acrediten que el daño alegado no existe.

Creemos que esto amerita una precisión legal o jurisprudencial importante, pues contradice los principios procesales típicos de que los hechos negativos no pueden probarse.

- Art. 398: Un guiño importante respecto del Convenio N° 169 de la O.I.T., pues establece el deber del estado de realizar obligatoriamente, antes de iniciar actividades que afecten al medio ambiente, consultas previas a las comunidades.

- Art. 399: Si bien hasta la fecha de hoy aún no se ha creado la institución, el artículo ordena la disposición de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental para que defienda el medio ambiente y la naturaleza, algo así como una Defensoría del Medio Ambiente. Hoy en día, esas funciones las está ejecutando el Defensor del Pueblo.

- Art. 408: Propiedad estatal inalienable, imprescriptible e inembargable de los recursos naturales no renovables. Además de tener el control sobre ellos, en caso que el estado licite o delegue la explotación de esos recursos deberá recibir un aprovechamiento no inferior al que reciba la empresa explotadora. Independientemente de quién ejecute la explotación, deberá hacerse respetando los ciclos naturales y permitiendo las condiciones vitales con dignidad.

A esta altura ya podemos ver por qué anunciábamos que el nuevo sistema de protección ambiental constitucional de Ecuador es tan llamativo. Hemos expuesto el proceso constituyente, las influencias más fuertes, y el resultado en el texto escrito. Refiriéndose a la nueva asignación de derechos a la naturaleza, el jurista Ramiro Ávila describe que “[e]l status del titular de derecho ha cambiado con el tiempo. En un inicio, en el constitucionalismo moderno, solo tenían status jurídico el burgués propietario; este se fue expandiendo, con el constitucionalismo social, al obrero y campesino; se integró la mujer, el indígena y los mayores de edad; últimamente, se ha ampliado el status a todas las personas. Finalmente, el status se ha extendido a la naturaleza”²⁹. Es decir, se dejó atrás la percepción

29 ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012, p. 124.

clásica³⁰ y todavía hegemónica de que el medio ambiente no es sino un elemento que debe ayudar al desarrollo y bienestar del ser humano.

Respecto de este salto al "biocentrismo", es destacable mencionar que ni siquiera los mismos constituyentes tenían claro cuáles serían las consecuencias de esta nueva consagración, ni tampoco saben con certeza dónde irá a arribar. Esto no quiere decir que haya que restarle méritos o menospreciarla, pues los mismos juristas ecuatorianos reconocen que es un paso decisivo, concienzudo y medido, pero que no por ello va a ofrecer respuestas acerca de lo que el futuro deparará. Es decir, en Ecuador saben que esta consagración constitucional es un paso de un camino que recién se está empezando a recorrer, pero que era necesario dar con claridad pues así lo dictaba la cultura, influencias y prioridades de esa nación³¹. Y no solo la nación así lo requería, sino también los mismos acuerdos de marco internacional -de los que muchas veces los países hacen adrede caso omiso o divergen en su interpretación³²- alcanzados por Ecuador daban pie para una consagración de este tipo.

Ya se han enunciado algunas de las dificultades procesales a las que deberán hacer frente los sujetos que se muevan en el sistema jurídico ecuatoriano. Para no excedernos más de lo necesario, y por lo interesante que estos resultan, hago presente que un estudio acabado y razonado de estos desafíos y/o problemas pueden encontrarse en textos del profesor René Bedón Garzón³³ y Ramiro Ávila Santamaría³⁴.

30 Bastante se ha escrito acerca de este giro ius-filosófico. Solo como ejemplo, invocamos al sobresaliente artículo escrito por JARA I MANZANO, Jordi, "Si fuera sólo una cuestión de fe. Una crítica sobre el sentido y la utilidad del reconocimiento de derechos a la naturaleza en la Constitución del Ecuador", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 4. N° 1, pp. 43-86; donde se expone el siguiente diagnóstico: "Lo visto hasta ahora nos indica que la Constitución ecuatoriana de 2008 tiene un barniz de retórica indígena que cubre una estructura plenamente incardinada en las ideas de la modernidad occidental. La misma idea de los derechos de la naturaleza responde a este esquema, asociado a la satisfacción plena de las pretensiones de despliegue vital que plantea el individualismo occidental" (p. 70). Es decir, bajo la perspectiva de Jara i Manzano, el esquema tradicional de derechos, por mucho que estos se otorguen a titulares nuevos como la *Pacha Mama*, sigue rindiendo culto al sistema jurídico hegemónico impuesto desde Europa, precisamente desde la Revolución Francesa. Por nuestra parte, creemos que esta rigidez en la cultura jurídica hegemónica puede también apreciarse en otros ámbitos jurídicos novedosos y relacionados con el DA, tales como las vías de introducción de los derechos de los animales (en la filosofía de Henry Salt y Peter Singer como emblemáticos exponentes) y la filosofía anti-especista.

31 ÁVILA SANTAMARÍA. Op. cit. (29), p. 143: "Así como los runas andinos, los griegos antiguos, estamos seguros de que otros pensamientos no dominantes deben haber desarrollado hace mucho tiempo ya, normas que disponen el trato armónico y respetuoso con la naturaleza. Ahí tenemos un camino por explorar, además sabiendo que en muchos casos esa sabiduría que existe posiblemente no esté escrita. El derecho, una vez más, tiene que aprender de otras ciencias, como la antropología, la historia y la sociología, para seguir mejorando el sistema jurídico y, en este caso, desarrollando el contenido del derecho de la naturaleza".

32 Nótese el tenor del siguiente extracto "La Tierra, nuestro hogar, está viva con una comunidad singular de vida", extraído desde la "Carta de La Tierra", documento generado por la comunidad internacional en la Cumbre de la Tierra de Johannesburgo el año 2002 pero aún no acogido por todos los países de la ONU.

33 BEDÓN GARZÓN, René, "Aspectos procesales relativos al daño ambiental en el Ecuador", *Ius Humani. Revista de Derecho*. Vol. 2. 2010-2011, pp. 9-41.

34 ÁVILA SANTAMARÍA. Op. Cit. (29), p. 111.

Resultado del ejercicio comparativo y conclusiones

Ya analizados ambos sistemas constitucionales, es posible extraer ciertas conclusiones, sobre todo en aquello que se refiere a la metodología (genealógica) y aproximación (causal) que nos propusimos.

Las vicisitudes genealógicas de los países comparados, en aquello que se restringe al ámbito de micro-comparación jurídica, son bastante importantes. Por un lado, la constitución chilena fue generada en la mitad de un régimen militar de facto, teniendo este último un amplio margen para establecer sus preferencias y prioridades, sobre todo en lo que dice relación con la redacción de los derechos fundamentales. Por otro lado, la Constitución ecuatoriana es casi treinta años más joven que la chilena y fue redactada inmediatamente después de un proceso de confrontación política extrema, pero dentro de un marco de legitimidad democrática aparentemente indiscutible.

Es en esa perspectiva histórico-genealógica donde cobran relevancia las cosmovisiones y posiciones políticas que priman en cada una de las constituciones. Respecto de Chile, la segunda mitad de la década de los setenta fue el periodo en que se trabajó en la nueva constitución chilena, momento que coincide con la aplicación incipiente del sistema económico neoliberal, que buscaba potenciar la inversión de capitales extranjeros, por lo que la estabilidad interna y garantía de seguridad eran ofertas de las que no se podía prescindir. En ese sentido, y como enorme diferencia del proceso ecuatoriano, se omitió cualquier norma constitucional que podría haberse referido a los pueblos autóctonos -cuya expresión más numerosa e importante del país es la de la cultura mapuche- y que en ese entonces habían sido un importante oponente político de los gobiernos centrales de turno, independientemente del color político, situación que se arrastra hasta la actualidad³⁵. Al mismo tiempo, se establecieron cláusulas y quórum parlamentarios altísimos para reformar la constitución³⁶, y se definió un sistema político electoral binominal que hasta la fecha de hoy se sigue aplicando, aun cuando hay muchas voces que exigen una inclusión más fuerte de los partidos y organizaciones minoritarias.

El proceso constitucional ecuatoriano hizo un recorrido en sentido contrario al

35 Estas oposiciones entre el Estado y los pueblos autóctonos se basan principalmente en la disposición (según la perspectiva de los gobiernos centrales) o arrebato (según la perspectiva de algunos movimientos mapuches) de las tierras que ancestralmente les pertenecían con exclusividad a las culturas nativas. Para mayor detalle sobre este conflicto, se puede consultar BARRIENTOS PARDO, Ignacio. "Conflicto Mapuche en Chile", *Papeles de cuestiones internacionales*, N° 78. 2002. p. 105-116.; BENGOA, José. Historia de un conflicto: El Estado y los mapuches en el siglo XX, Santiago: Planeta/Ariel, 1999. 237 p.; CANIUQUEO, Sergio, "El conflicto mapuche en los tiempos de la Concertación", *Sudhistoria*, N° 4. 2012.

36 Para mayor detalle sobre estas circunstancias se puede revisar ATRIA LEMAITRE, Fernando, *La Constitución tramposa*, Santiago: LOM Ediciones, 2013.

chileno: establecer las bases del estado directamente desde la opinión de la ciudadanía, preguntándoles a los asambleístas electos qué tipo de constitución y derechos eran los que querían estuviesen allí. Fue así como se terminó estableciendo un paradigma que mira hacia el interior de la frontera territorial de Ecuador, se dio lugar y espacio eminente a los pueblos autóctonos, se empoderó al poder ejecutivo quien deberá velar por el "Buen Vivir" de sus ciudadanos, y se le otorgaron derechos a la Madre Naturaleza (*Pacha Mama*) que irradian visiblemente a todo el cuerpo normativo. Las lecturas que se suelen hacer de este proceso, que contrasta con el chileno, son dos: fue un producto del caudillismo y populismo eficaz del Presidente Rafael Correa, o es una manifestación real de la soberanía nacional que hasta entonces había estado subsumida en las preferencias del segmento social de la élite.

En lo que se refiere netamente al DA, tenemos que la constitución chilena representa el tratamiento clásico de la tradición romano-germánica, según se describe en la obra de Jara i Manzano ya citada, y que no ha necesitado de reforma alguna para demostrar ser capaz de otorgar herramientas suficientes para que el legislador intente regular una real protección al derecho. En efecto, la mejor demostración de esto es la dictación de las siguientes normas: la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, del año 1994, que estableció el sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la Acción de Daño Ambiental, Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión; la Ley N° 20.417 del año 2010 que creó el Ministerio del Medio Ambiente y la Superintendencia del Medio Ambiente; y la Ley N° 20.600 del año 2012 que creó los Tribunales Ambientales. Todas estas modernizaciones fueron hechas paso a paso, siguiendo modelos preexistentes e inventados por la Unión Europea, Australia y Estados Unidos, pero que en su conjunto han creado un marco estatal novedoso del que no conocemos símil.

La concepción ecuatoriana es distinta, y no mira los derechos de la naturaleza como un derecho fundamental de segunda o tercera generación que pudiesen protegerse, como en Chile, mediante Ministerios, Superintendencias o alguna otra agencia administrativa especializada (como suele ocurrir con servicios de salud, educación y protección de consumidores). Es decir, el texto constitucional ecuatoriano consagra este nuevo derecho de la naturaleza como una categoría esencialmente distinta del resto de los derechos constitucionales (o fundamentales, según la posición en que nos situemos). Esta apreciación es clara e indiscutible para cualquier persona con formación jurídica: los derechos constitucionales (fundamentales, humanos, o cualquiera otra categoría usualmente utilizada para referirse a ellos) son susceptibles de asignarse exclusivamente a seres humanos. Cuenta de ello dan todos los listados de derechos constitucionales que rigen a los países de occidente, desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano o la Constitución de Estados Unidos. En ese contexto, Ávila expone que "[l]a Constitución de Ecuador, pionera en la ruptura de la concepción tradicional de

derechos humanos, reconoce por primera vez el derecho de la naturaleza como un derecho autónomo del ser humano (...) la teoría jurídica tradicional para entender el derecho tiene que buscar nuevos fundamentos y renovadas lecturas, que tienen que ver con la ruptura del formalismo jurídico y con una superación de la cultura jurídica imperante³⁷.

En ese sentido, el hecho de dotar al medio ambiente de derechos propios implica resguardarlo con una órbita casi intocable, el efecto propio y clásico de los derechos constitucionales, y que solo se puede modificar mediante las más altas exigencias establecidas por el ordenamiento jurídico. La perspectiva da pie para un interesante desarrollo jurisprudencial y legislativo. Estos poderes estatales deben idear mecanismos que hagan valer la voz del nuevo sujeto (naturaleza), dar audiencia, y tomar las decisiones para las que son competentes, sin considerar -y acá está la novedad- en si alguna persona se verá afectada en su patrimonio material o inmaterial. En Ecuador, uno de los avances en este sentido ha sido la legitimación procesal activa amplísima, por la que todos los ciudadanos pueden representar a la naturaleza según las vías contempladas en la misma constitución.

Proyecciones

Estamos frente a dos sistemas constitucionales bastante diversos, y que probablemente no se modificarán en el corto plazo. El desafío del DA chileno vigente parece marcar la vía de pulir y dar contundencia práctica a su nueva institucionalidad creada por ley, para que ejecuten el aparato moderno y eficaz para el cual fue pensado³⁸. En otros términos, la legislación que configura el marco institucional parece ser, al menos a grandes rasgos, adecuada y coherente con la cultura jurídica chilena. Obviamente, esta posición no es óbice para abogar, como lo hacemos, por la generación de una nueva constitución que modifique los derechos constitucionales, incluyendo el actual artículo 19 N°8. Sin embargo, creemos que los desafíos más urgentes y palpables dicen relación con el fomento de la participación³⁹,

37 ÁVILA SANTAMARÍA. Op. cit. (29), p. 142.

38 El sistema fue diseñado para que funcione de la siguiente manera: el Servicio de Evaluación Ambiental evalúa y aprueba los proyectos privados y públicos; la Superintendencia fiscaliza que estos proyectos se ejecuten dentro de los límites fijados en su evaluación; el Ministerio del Medio Ambiente gestiona las políticas; y los Tribunales Ambientales resuelven las discordancias que pueden haber entre estos organismos y los particulares.

39 La contingencia actual en la doctrina ambiental así lo demuestra. La primera evidencia son las actuales negociaciones entre estados latinoamericanos tendientes a la redacción de un instrumento internacional que emule el Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus), creado en la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, avances que se pueden consultar en: CEPAL. Derechos de acceso a la información, la participación y la justicia ambientales están en el corazón de la Agenda 2030. Tercera Reunión del Comité de Negociación - Principio 10 [en línea]. 5 de abril del año 2016 <<http://negociacionp10.cepal.org/3/es/noticias/derechos-acceso-la-informacion-la-participacion-la-justicia-ambientales-estan-corazon-la>> (consulta: 8 de abril de 2016). Otra evidencia es el proyecto de ley ingresado en diciembre del año 2015 que propone la instauración de la figura de la Defensoría del Medio Ambiente (ver boletín N° 10.486 de la Cámara de Diputados).

la transparencia, y la aplicación de principios de gobernanza. En esta línea, se ha dicho que “la reforma a nuestra institucionalidad ambiental constituye un salto hacia adelante en términos de la eficacia de la estructura administrativa y permite que la transversalidad se constituya como un instrumento útil y al servicio de la gestión y regulación ambiental (...). No obstante lo anterior, cabe hacer una prevención final: la transversalidad es solo uno de los elementos de un nuevo tipo de gobernanza, necesariamente, debe complementarse con otros factores, tales como monitoreo, transparencia, *accountability*, liderazgo y participación ciudadana, entre otros, si se quiere obtener los beneficios de una estructura administrativa que sea acorde a los desafíos que impone la búsqueda de un desarrollo sustentable”⁴⁰. Estos objetivos pueden cumplirse ahora, con las competencias vigentes repartidas por la constitución y la ley, sin necesidad de un cambio en el artículo 19 N° 8 de la Constitución.

Ecuador ha escogido otro camino, aquel que ya se venía anunciado en el año 1972 cuando Christopher D. Stone (profesor en las facultades de Derecho de las Universidades de Yale, Southern California, entre otras) proponía lo siguiente:

“No es inevitable, ni tampoco es sabio, que los objetos naturales no tengan derecho a hacer reclamaciones en su propio derecho. No es una respuesta decir que las corrientes de agua y los bosques no pueden tener derecho porque las corrientes y bosques no pueden hablar. Las corporaciones tampoco pueden hablar; no pueden los estados, inmuebles, infantes, incompetentes, municipalidades o universidades. Los abogados hablan por ellos, como habitualmente lo hacen los ciudadanos ordinarios con los problemas legales. Se deberían, creo, manejar los problemas de los objetos de la naturaleza como lo hacemos con los problemas legales de los incompetentes – seres humanos que han quedado en estado vegetativo. Si un ser humano muestra señales de volverse senil y tiene asuntos que de iure es incompetente de administrar, quienes se preocupan de su bienestar le harán ver esto a tribunales, y alguien será designado por el tribunal para que goce de la autoridad de manejar los asuntos del incompetente. El “guardián” (o procurador o comité – la terminología varía) entonces representa al incompetente en sus asuntos legales. Los tribunales hacen nombramientos similares cuando una corporación se vuelve “incompetente” – nombran a un fideicomisario en bancarrota o en reorganización para supervisar sus asuntos y representarla en tribunales cuando sea necesario”⁴¹.

40 MADRID MESCHI, Antonio, “La Transversalidad de la Gestión Pública Ambiental en la Reforma a la Institucionalidad”. *Revista Justicia Ambiental*. 2012, N° 4, p. 168.

41 STONE, Christopher D, “Should trees have standing? - Toward Legal Rights for Natural Objects”. *Southern Cali-fornia Legal Review*. 1972, N° 45, p. 450-501. El texto original está en inglés y la traducción al español es nuestra.

Siguiendo esa línea, Ecuador prefirió innovar: reconocer jurídicamente derechos a la naturaleza y dotarla de representantes que hagan efectivos sus derechos, dejándolo así claro los artículos 71 (representantes privados en particular) y 399 (representante público general) de la Constitución de la República. La constitución ecuatoriana recoge y consagra la ambición de Christopher D. Stone. Así también lo ha verificado Ávila cuando asevera que “la naturaleza no necesita de los seres humanos para ejercer su derecho a existir y a regenerarse. Pero si los seres humanos la destrozan, la contaminan, la depredan, necesitará de los seres humanos, como representantes, para exigir la prohibición de suscribir un contrato o convenio mediante el cual se quiera talar un bosque primario protegido o para demandar judicialmente su reparación o restauración”⁴².

En las conclusiones de este trabajo ya aludimos a ciertos logros que fluyen naturalmente de este hito en la historia de Ecuador. Sin embargo, mirando ahora al futuro, quedan pendientes las soluciones a otros problemas. Creemos que la “objetividad” en la operatividad de los derechos de la naturaleza, entendida como un valor jurídico independiente del ser humano, debiese favorecer la disminución de riesgos ambientales que hasta entonces eran protegidos solamente en cuanto afectasen un patrimonio individual. Todo este marco constitucional de protección es, hasta el presente año, un avance más promisorio que real. Asumiendo que la constitucionalización de derechos de la naturaleza no es una panacea, sino que requiere de complementos normativos e incluso culturales, queda avanzar en la generación de garantías que aseguren la toma de decisiones más imparciales, ajenas a influencias ilegítimas y que den estricto cumplimiento a los mandatos constitucionales⁴³.

En definitiva, ambos países tienen sus desafíos propios. Creemos inadecuado en este estado de cosas proponer cambios o sustituciones en el ordenamiento jurídico ambiental que pretendan replicar lo ocurrido en su homólogo. Con el tiempo se irán verificando virtudes y defectos que nos permitirán juzgar el nivel de éxito de cada uno. Sin embargo,

42 ÁVILA SANTAMARÍA. Op. cit. (29), p. 127.

43 Con esto último nos referimos a las posibles afectaciones basadas en el elemento político, del que mucho se suele hablar en Latinoamérica en periódicos, marchas, protestas, o como insignias de movimientos ambientalistas. A modo de ejemplo clásico: ¿cuántas veces hemos escuchado que el fiscalizador ambiental X seguramente aprobará Z proyecto porque en el pasado integró el *holding* empresarial del titular?; ¿o que el titular de X proyecto financió la campaña del presidente Z quien designó al actual evaluador ambiental?; ¿o que el nuevo Ministro del Medio Ambiente trabajó durante décadas, y seguramente tiene alianzas, con empresas extractoras de minerales e hidrocarburos? Creemos que hasta el momento los juristas no hemos sido capaces de solventar esa encrucijada: cómo garantizar que los agentes públicos, casi siempre designados por el poder ejecutivo o poder legislativo, tomen decisiones de manera imparcial y velando por preservar los elementos que conforman el medio ambiente. A este tipo de problemáticas hacíamos alusión también hace unos párrafos atrás cuando, para el caso chileno, declarábamos la necesidad de ahondar en participación, transparencia y gobernabilidad. Jurídicamente, hoy por hoy, estas vías parecen ser las únicas herramientas aprobadas en derecho comparado para salvar este tipo de conflictos de intereses y otros problemas afines.

en la introducción de este artículo nos propusimos, frente al contingente actuar político para generar una nueva constitución para Chile, analizar el caso de Ecuador para enjuiciarlo como modelo a seguir. Y es en este punto donde creemos que la nueva constitución chilena no debiese incorporar la perspectiva ecuatoriana en cuanto a la protección ambiental. Las razones ya han sido expresadas a lo largo de este análisis comparativo, pero creemos conveniente hacer una relación breve de ellas.

Primeramente, las raíces históricas y genealógicas son muy disímiles: Ecuador entregó derechos a la naturaleza porque así lo entendía su cultura autóctona, mientras que el estado de Chile arrastra una relación con los pueblos autóctonos de roce, indiferencia y vulneraciones que no han tenido solución. Establecer una protección constitucional del medio ambiente basada en perspectivas indígenas debe ser una decisión sincera y consensuada con toda la población. Chile, actualmente, está muy lejos de alcanzar alguna de esas tres condiciones, por lo que consagrar un sistema de protección al estilo ecuatoriano sería extraño y forzado (antónimos de lo que debe ser una Constitución Política). Quizás, y ojalá así sea, el futuro favorezca una situación opuesta.

En segundo lugar, Chile ha invertido recientemente amplios recursos públicos para instaurar un modelo de protección ambiental que se funda en el mandato constitucional ahora vigente, y que ha dado a basto para aplicar políticas importantes. La nueva Constitución debiese poner empeño en optimizar este nuevo modelo, forjado bajo una visión antropocéntrica, y avanzar en los desafíos de gobernanza, participación y transparencia.

En tercer lugar, creemos que los cambios constitucionales deben reflejar la idiosincrasia de una nación, y no al revés. El giro del antropocentrismo estricto, al que está atada la tradición jurídica romana-germánica, hacia visiones jurídicas más abiertas, como el biocentrismo constitucional ecuatoriano, es de una gravedad insospechada⁴⁴. La doctrina jurídica, la población y el derecho comparado tienen aún mucho que evaluar y proponer. Creemos que cambios de este calibre requieren de un progreso cultural previo que anteceda su consagración jurídica. La superación de una sociedad forjada a diseño europeo, antropocéntrica, judía-cristiana y capitalista (como ha sido siempre la chilena) debe provenir de una población consciente, alcanzar un consenso social amplio, y vestir ropajes democráticos. Creemos que la Constitución Política de una nación no puede ser un elemento de experimentación, y menos aún en países con tendencia a la importación -y

44 Así también opina Jara i Manzano cuando expone los siguientes cuestionamientos "Pero, entonces, ¿no hemos convertido la naturaleza en un sujeto? ¿Realmente nos lleva a algún lugar hacerlo? ¿Se corresponde ello con una visión alternativa a la hegemónica?" en JARA I MANZANO. Op. Cit. (30), p. 63.

casi nula creación- de innovaciones jurídicas (como ocurre, por antiguas razones históricas, en toda Latinoamérica). El intento ecuatoriano nos parece valiente y noble⁴⁵, pues goza de un reconocimiento real y sincero de sus culturas ancestrales. Ejecuta una mezcla con elementos, mayoritarios, de la tradición jurídica romana-germánica que resulta entendible e interesante. El debate constitucional que se avecina en Chile aún no está preparado para un cambio como aquel, por lo que si se decide importar la perspectiva constitucional ambiental al estilo ecuatoriano, biocéntrico, creemos que sería un acto apresurado y forzado.

Recibido: 13 de abril de 2016.

Aprobado: 1 de julio de 2016.

⁴⁵ En este punto, reiteramos nuestra admiración por los apuntes de corte ius-filosófico escritos por ÁVILA SANTA-MARÍA, en especial, el que lleva por título "Los derechos de la naturaleza: fundamentos": ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. Op. Cit. (29).