



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE DERECHO

**RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE ESTADO FRENTE A UN POSIBLE DAÑO
AMBIENTAL EN EL YASUNI CAMPOS ISHPINGO, TAMBOCOCHA, TIPUTINI.**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía

Ab. Yuri Iturralde

Autor

Lorena Marcela Flores Zambrano

Año

2012

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Yuri Iturralde

Abogado

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

Lorena Marcela Flores Zambrano

172040178-3

“AGRADECIMIENTO”

Agradezco a Dios por darme las fuerzas para seguir adelante. A mis padres por el gran amor, la paciencia y el apoyo otorgado sin ustedes no lo hubiera logrado. A mis hermanas, mis pequeños y mis familiares que siempre me dieron ánimos para culminar este proceso. A mi amado hijo Joaquín y a ti mi futuro ingeniero Roberto Logroño mis tesoros más preciados.

“DEDICATORIA”

Este trabajo y toda mi carrera está dedicado a mis padres que me enseñaron siempre que los sueños se alcanzan con esfuerzo y perseverancia y que en la vida hay que luchar por las metas propuestas que las cosas bien ganadas son las que duran para siempre. A mi pequeño Joaquín que llego en el momento preciso para hacerme un ser lleno de felicidad. “Hijo mío recuerda que esto lo hice por ti desde que estabas en mi vientre me diste fuerzas para surgir ante las adversidades”

RESUMEN

La responsabilidad del Estado radica en la obligación de reivindicar acciones u omisiones que han dado paso a un daño en este caso de la naturaleza de la parte más vulnerable de nuestra Amazonia el Yasuni bloque ITT, analizando a fondo el derecho patrimonial que tenemos como ciudadanos, las normas legales encargadas de proteger a la biodiversidad y al territorio ante posibles inmersiones por parte del sector público y privado. Estudiaremos hasta qué punto se puede dar una retribución cuantificable por parte del Gobierno Nacional por las consecuencias ocasionadas, ya que hoy en día la mayor transformación del derecho es la responsabilidad en materia ambiental. Las formas reparatorias tradicionales no tienen la suficiente preparación para la indemnización de los afectados. En la legislación ambiental, resultan inciertos los fundamentos de los límites de la responsabilidad, esto es: el qué, por qué y cuándo deberán ser restaurados los ecosistemas que hubiesen sido dañados.

A pesar del gran esfuerzo que ha hecho la autoridad ambiental por normar a través de una legislación eficaz y eficiente con el fin de lograr un adecuado control, protección, y reparación, no se ha alcanzado los principales objetivos antes mencionados, el problema se ha agravado y se advierte que las normas no son claras, formándose así interpretaciones aleatorias que han impedido arreglos oportunos de los daños producidos en materia ambiental.

ABSTRACT

The state's responsibility lies in the obligation claim actions or omissions have given rise to an injury or detriment, in this case the nature of most vulnerable part of our block the Yasuni Amazon ITT-depth analysis of the economic rights that we as citizens, responsible legal rules protect biodiversity and territory against potential dives by the public and private sector. Study the extent to which background you can give a quantifiable remuneration by the National Government caused by the consequences, because today greater transformation of law is the responsibility environmental calendar. The forms of reparation traditional lack sufficient preparation for compensation for those affected. The legislation environmental uncertainty is the foundations of liability limits, that is, the what, why and when they should be restored ecosystem had been damaged.

Despite the great effort made by the authority environmental standards through effective legislation and efficient in order to achieve adequate control, protection and repair, has not been reached main objectives mentioned above, the problem has worsened and warns that the rules are unclear, thus forming random interpretations have timely arrangements prevented the damage to environmental.

ÍNDICE

Introducción.....	1
1 CAPÍTULO I GENERALIDADES DEL ESTADO ECUATORIANO, LA RESPONSABILIDAD, EL DAÑO Y DERECHO AMBIENTAL.....	4
1.1 El Estado	4
1.1.1 Conceptos de Estado.....	4
1.1.2 Definición de Estado.	11
1.1.3 Elementos del Estado.....	11
1.1.4 Diferencias entre Estado y Nación	13
1.1.5 Naturaleza jurídica del Estado	15
1.2 La Responsabilidad Jurídica	15
1.2.1 Concepto de Responsabilidad	17
1.2.2 Clasificación de la Responsabilidad.....	18
1.2.2.1 La Responsabilidad subjetiva, objetiva, ética y administrativa	18
1.2.3 La Responsabilidad Civil	19
1.2.4 La Responsabilidad Penal	20
1.2.5 La correlación entre la Responsabilidad Civil y Penal en materia Ambiental.....	21
1.3 El Daño Ambiental	25
1.3.1 Tipos de Daño	26
1.3.2 Problemas para resarcir el Daño al Ambiente.	27
1.4 La Culpa.....	28
1.4.1 La presunción de culpabilidad para sancionar el Daño Ambiental	30
2 CAPÍTULO II LEGISLACIÓN VIGENTE DEL DERECHO AMBIENTAL.....	32
GRÁFICO 1. Pirámide de Kelsen según el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano	34
2.1 Normas Constitucionales a favor y en contra de la explotación de los campos ITT	34
2.2 Responsabilidad Constitucional del Estado por Daños Ambientales.	37

2.3 Generalidades Constitucionales en materia de Derechos Humanos.....	39
2.4 Marco Jurídico en Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador a observarse en la explotación del ITT.	41
2.4.1 La Convención de Patrimonio Mundial de la Humanidad	42
2.4.2 La UNESCO y la reserva de la biosfera Yasuní	44
GRÁFICO 2. Reserva de la Biosfera del Yasuní	46
3 CAPITULO III YASUNI ITT, GESTION DEL AREA	
PROTEGIDA, POLITICAS DE CONSERVACION,	
ACCIONES ANTE UN POSIBLE DAÑO.	49
3.1 Antecedentes Históricos	49
3.2 Políticas de conservación del Área Protegida	49
3.3 Marco Jurídico – Institucional	50
3.4 La Gestión Ambiental en el Yasuni	51
GRÁFICO 3. Yacimientos petroleros dividida en campos	52
GRÁFICO 4. Áreas protegidas y territorio intangible Huao Tagaeri, Taromenane	53
3.5 Percepción de los actores estratégicos según la crisis de Gestión Ambiental en el Yasuní.....	
.....53	
GRÁFICO 5. Estructura del Fideicomiso	56
3.6 Compañías de petróleo interesadas en la extracción en el Yasuní bloque ITT.....	58
3.7 Restauración del área ante un posible Daño Ambiental en el Yasuní bloque ITT	59
3.8 Acciones colectivas para el resarcimiento de los Daños	61
4 CAPITULO IV. CONCLUSIONES Y	
RECOMENDACIONES.....	63

4.1 Conclusiones	63
4.2 Recomendaciones	65
BIBLIOGRAFÍA	68

Introducción

El desafío que traza la cuestión ambiental requiere una respuesta global que hoy se enuncia desde el derecho. Lo ambiental es un elemento determinante e indispensable en la sociedad de nuestros días.

Uno de los campos de mayor transformación que se ha tenido hoy en día en el derecho es la responsabilidad en materia del ambiente.

Es así que la noción de culpa se afirma, y se llega al extremo de predicar: el que contamina, paga. Las teorías de causalidad son cuestionadas en su utilidad práctica, cuando se trata de determinar hechos y autores frente al progresivo daño ecológico.

Las formas reparatorias tradicionales no alcanzan a indemnizar de los afectados. En la legislación ambiental, resultan inciertos los fundamentos de los límites de la responsabilidad, esto es: el qué, por qué y cuándo deberán ser restaurados los ecosistemas que hubiesen sido dañados.

Lo anterior, es un resultado natural, si contemplamos el aumento de la conciencia ambiental, marcada por la importancia de la biodiversidad, de sus calidades, su protección y, naturalmente, de las conductas que lo dañan, a tal punto que el tema del ambiente es uno de los de mayor trascendencia en la agenda de todos los Estados, considerado como un asunto a nivel de seguridad nacional.

La probabilidad de daños altamente destructivos para el ambiente y la sociedad humana, generan temor de consecuencias irreparables. Por tal motivo, la prevención es uno de los objetivos del derecho ambiental.

Como es de observarse, son muchas las posiciones ideológicas que se exponen al acercarse al tema, y muchos los intereses que se juntan. Sin embargo las normas ambientales, mismas que reciben una fuerte influencia de tratados y declaraciones internacionales, se encargan de acercar estos polos.

A pesar del gran esfuerzo que ha hecho la autoridad ambiental por normar a través de una legislación eficaz y eficiente con el fin de lograr un adecuado control, protección, y reparación, no se ha alcanzado los principales objetivos antes mencionados, el problema se ha agravado y se advierte que las normas no son claras, formándose así interpretaciones aleatorias que han impedido arreglos oportunos de los daños producidos en materia ambiental.

El Estado Ecuatoriano garantiza derecho¹sumak kawsay (buen vivir) en el cual se dan en medio de cambios y transformaciones sociales, económicas, jurídico-políticas e institucionales que marcan la decadencia del *Estado de derecho* y del positivismo jurídico, relativamente incapaces de saldar las cuentas históricas de los errores cometidos en el trato al ambiente , así como de contrarrestar la investida de procesos geopolíticos y socio ambientales de carácter planetario generados por la globalización neoliberal.

Los daños que se pueden provocar son personales, familiares y sociales, y no se cuenta con una responsabilidad ambiental identificada legalmente, como veremos en el marco teórico y jurídico del tema que nos ocupa, la legislación ambiental padece un vacío sobre la responsabilidad del daño ambiental, en todo los ámbitos de gobierno, no se han dado los mecanismos normativos, políticos, administrativos y jurisdiccionales para hacerla realidad en todos los supuestos, pues solo se han orquestado de manera aislada e imprecisa en algunos ejemplos, como es lo relativo a residuos, pero falta mucho por avanzar, las infracciones y sanciones que se plasman en los cuerpos legales de la misma materia, no son suficientes para reparar los daños del ambiente y al equilibrio ecológico: falta voluntad política, eficacia administrativa, incluyendo lo de la parte que le corresponde a los poderes legislativo y judicial.

En la presente tesis lo que se trata es de identificar claramente los actores del proceso legal frente a los daños ambientales; determinar la inversión de la

¹El Sumakkawsay (buen vivir) expresa el reconocimiento de las concepciones de sustentabilidad y respeto a la naturaleza promovidos por las sociedades indígenas. Más que una declaración constitucional es una oportunidad para construir colectivamente un nuevo régimen de desarrollo basado en una economía solidaria. Esto significa alejarse de una economía sobredimensionada de las relaciones mercantiles, impulsando una relación dinámica y constructiva entre mercado, estado y sociedad. El buen vivir es utopía de un proyecto de vida en común a ser ejecutada por la acción de la ciudadanía (Acosta, 2008:33)

carga de la prueba sobre el demandado y por último establecer las acciones de las que disponen los afectados por daños ambientales. Buscando así que dichas acciones a más de ser previstas en la Codificación de la Ley de Gestión Ambiental se cumplan en forma efectiva y eficiente, concediendo mejores condiciones a las partes afectadas por dichos daños.

1 CAPÍTULO I GENERALIDADES DEL ESTADO ECUATORIANO, LA RESPONSABILIDAD, EL DAÑO Y DERECHO AMBIENTAL.

1.1 El Estado

Para proseguir con nuestro estudio es necesario estudiar, comprender, analizar y fundamentar que es el estado ya que si se procedería con la explotación del ITT, por parte de la empresa perórela ecuatoriana (PETROECUADOR), o a su vez por un contrato de servicios prestados por las empresas petroleras privadas o estatales, los daños que se produzcan por la actividad petrolera ejercida en estos campos son responsabilidad del estado ecuatoriano.

De igual manera debemos entender que es una nación, ya que dentro de esta explotación se verán afectadas nacionalidades indígenas y pueblos no contactados como los tagaeri y taromenane.

1.1.1 Conceptos de Estado

Venimos al concepto de Estado, que es fundamental para todo estudio de ciencia política así como de derecho público y constitucional es así que el Diccionario de Filosofía se puede distinguir tres conceptos fundamentales:²

- a). La concepción organicista, por la cual el Estado es independiente de los individuos y anterior a ellos.
- b). La concepción atomista o contractual.
- c). La concepción formalista (concepción moderna), según la cual el Estado es una forma jurídica.

²ABBAGNO Nicola Y FORNERO, *Giovani*. "Diccionario de Filosofía". 4ª. Ed., México. Fondo de Cultura Económica. 2004. p. 408.

Hay mucho manual que cataloga las diversas definiciones que se dan acerca del Estado. Repetir este catálogo no es lo que nos proponemos aquí. Con un criterio más bien pedagógico, queremos agrupar las diversas definiciones. No olvidemos que una buena definición debe ser sustancial (por un género y por la diferencia específica), y no simple descripción. Abundan las descripciones generales, de dos o más renglones, sobre el Estado, que no son propiamente definiciones.

Grupo A. Una gran familia de concepciones de Estado es sujeta de un cierto idealismo y romanticismo.

1) Para Kant, el Estado puede ser considerado como un organismo, por analogía con un organismo natural, pero en la idea, no en la realidad. El Estado pierde así su consistencia real y se reduce a ser una categoría mental. La esencia estatal es inasible para el conocimiento, y de acuerdo con su idealismo, Kant considera al Estado como un organismo teleológico, constituido por las mutuas relaciones de individuos que propenden a un mismo fin, dado por el interés que todos los miembros tienen por vivir en una comunidad ordenada bajo forma jurídica.

2) Para Hegel, el Estado es la realización de la idea moral objetiva. Es el espíritu objetivado. De ahí que los hombres sólo consigan su plenitud y su moralidad, la vida del espíritu, en el Estado. Al exponer y criticar esta concepción, Recasens Siches dice:

La tesis que quiere explicar la realidad del Estado como alma nacional, está inspirada en las ideas románticas, a saber: el animismo universal, la tendencia antirracionalista, la exaltación de las realidades históricas de cada pueblo y la apasionante afición a lo misterioso. En suma, esta doctrina representa una fantasmagoría poética, acaso muy bella, pero sin ningún argumento científico ni filosófico serio a su favor: es un puro credo místico en el que se ha inspirado el tradicionalismo político a ultranza con lo cual se pone de manifiesto que en ella late un propósito político y no tanto un sereno conocimiento de lo que el Estado es.

Para Kelsen, autor vienés, “el Estado no existe en el reino de la naturaleza, o sea, en el de las realizaciones físico-psíquicas, sino en el reino del espíritu”³. Suya es la famosa y autorizada teoría jurídica y formalista del Estado, que ha tenido seguidores en España, Estados Unidos y América Latina. El Estado, específicamente, no es más que un orden normativo de la conducta humana, un esquema interpretativo. El Estado es pura y llanamente un sistema normativo vigente. Es la personificación del orden jurídico.

La población y el territorio no demuestran sino la validez del ordenamiento jurídico en lo personal y en lo espacial. El poder político no añade al concepto de Estado sino la vigencia de ese orden jurídico. La soberanía no es sino la unidad del sistema jurídico. Las tres ramas del poder no son sino diversos grados de producción de normas. No es el caso entrar aquí a analizar la teoría de Kelsen sobre el Derecho, y, en consecuencia, su teoría del Estado de Derecho. En síntesis, bástenos decir, que es un error grave identificar, sin más, Estado y Derecho. Es verdad que el Estado moderno tiene una muy importante dimensión jurídica (como veremos adelante), pero no menos importante es la realidad sociopolítica, la realidad estatal, que crea y le da vida al Estado, realidad que es estructurada jurídicamente por el Derecho.

Grupo B. Otra gran familia de concepciones de Estado goza de cierto materialismo.

4) Concepción sociológica. Hay autores que consideran al Estado como “el conjunto de los fenómenos sociales que se manifiestan en toda comunidad humana”. Hay, entre ellos, fenómenos de mando y obediencia, diferenciaciones de amigo y enemigo, clases sociales antagónicas y un mundo de interrelaciones. Todo ello es objeto de estudio por parte de la sociología. Sobre esta concepción hay que observar que, si buen el Estado brota de la sociedad y descansa sobre ella como sobre su soporte, es un error identificar totalmente el Estado con la sociedad. Los elementos jurídicos son más importantes y más definitorios del Estado que los simples elementos sociológicos. En este

³ **KEANE John** (PublicLife in Late Capitalism, Cambridge 1984 y Democracy and Civil Society , London 1988 CITA DEL Diccionario de Filosofía **ABBAGNO Nicola Y FORNERO, Giovanni**

aspecto, el vienés Kelsen tiene más razón que el alemán Lasalle o el francés Duguit. Si hubiera que escoger entre lo jurídico o lo social, para definir lo específico del Estado, a nuestro juicio la normatividad jurídica se llevaría la palma por sobre la positividad amorfa.

5) Concepción marxista. Marx critica la concepción idealista del Estado que tenía Hegel; éste habría invertido las relaciones entre lo ideal y lo real, otorgándole al Estado (que en su concepción es lo racionalmente ideal) una posición predominante frente a la sociedad civil (que es lo real). “En Hegel, la dialéctica camina sobre la cabeza; basta con volverla a poner sobre los pies para encontrarle la fisonomía completamente razonable”⁴.

Marx y Engels conciben al Estado, y asimismo a las demás manifestaciones de la sociedad civil (derecho, arte, filosofía, religión), como algo inmanente de la realidad social, es decir, como resultado, “en última instancia”, de las condiciones económicas de la producción. El Estado no se sitúa -como pensaba Hegel-sobre la sociedad, sino dentro de ella, como criatura, y por cierta espuria, pues procede de las relaciones capitalistas de producción. En estas condiciones el Estado no es más que un instrumento de expresión de la clase dominante, el arma de combate contra los enemigos interiores (los trabajadores) y contra los enemigos exteriores (otros Estados). La sociedad civil no es otra cosa, pues, que el “verdadero hogar y escenario” de la lucha de clases, y por causa de esta lucha de clases se arma toda la maquinaria política del Estado, con su administración de los bienes y personas, y todo su aparato represivo. En la perspectiva marxista, por consiguiente, el Estado no es más que la superestructura de la dominación política ejercida por una clase privilegiada. Una vez que se suprima dicha dominación burguesa y capitalista, entonces desaparecerá también la necesidad de un Estado, de un poder coercitivo, de una policía y un ejército. Marx afirmaba que la clase laboral sustituiría en el curso de su desarrollo a la antigua sociedad civil, una asociación que excluiría las clases y sus antagonismos; no habría más poder

⁴ARATO Andrew - COHENJean(Civil Society and Political Theory, Cambridge 1992). cita **ibídem**

político propiamente dicho, puesto que el poder político es precisamente el resumen oficial del antagonismo dentro de la sociedad civil.

Por su parte Engels decía que “cuando ya no exista ninguna clase social a la que haya que mantener en la opresión, no habrá ya nada que reprimir, ni hará falta, por tanto, esa fuerza especial de represión, el Estado [...] El gobierno sobre las personas es sustituido por la administración de las cosas y por la dirección de los procesos de producción. El Estado no será < abolido >: se extingue”⁵.

No se puede negar que tiene belleza esta utopía de la desaparición del Estado, pero mientras llegan las condiciones para su desaparición, como la eliminación de las clases sociales, mediante la implantación del comunismo, existe un largo período de transición, llamado por Marx “la dictadura revolucionaria del proletariado”. Durante este período, sin embargo, los países socialistas-marxistas no presenciaron un debilitamiento del Estado, sino, por el contrario, un agigantamiento brutal e inmisericorde del aparato represivo, policial y militar del Estado. Todo ello provocó (a partir de 1989) la revuelta y cambio de sistema de los países comunistas de Europa del Este. Ya lo decía Trotsky, quien fue eliminado por el Estado stalinista, a pesar de sus grandes méritos revolucionarios: “al modo de una lámpara, antes de apagarse, adopta la forma de la dictadura del proletariado, es decir, del Estado desconsiderado, del Estado rígido y del Estado totalitarista”.

Los tres grandes males que Marx denunciaba, con tanto acierto, en el Estado moderno prusiano, no hicieron sino agravarse y consolidarse en los Estados socialistas-marxistas: el mal del estatismo, el mal del centralismo y el mal del burocratismo. Caso típico, pero no el único: el Estado soviético. Aquí el optimismo marxista no chocó con sus detractores, sino con sus mismos realizadores. Tanto que fue necesaria una nueva revolución, la perestroika de

⁵ **CANSINO César** (2001): “Crisis y transformaciones de la política” en *Metapolítica* vol. 5, enero-marzo y **Ernest Gellner** (1996): *Condiciones de la libertad. La sociedad civil y sus rivales*, Barcelona Paidós, cita **ibidem**

Gorbachov para enderezar los entuertos. Y todavía Rusia no ha acabado de enderezarlos con las eras de Yeltsin y Putin.

Grupo C. Una importante concepción de Estado (que asumimos) busca no caer ni en el crudo idealismo ni en el crudo materialismo. Optamos por un sano realismo-dialéctico.

6) Concepción realista y ecléctica. Definimos el Estado, a la vez, por un elemento positivista (real) y por un elemento normativo (ideal). Hay un ser del Estado y hay un deber-ser del Estado. Ambos polos ayudan a configurarlo en su especificidad.

El Estado presupone, ante todo, la nación. No hay Estado moderno donde no hay de base siquiera una nación, con las características antes anotadas. La nación sigue siendo la comunidad-base sobre la que se superpone el Estado como organización o institución. Por ello, la comunidad nacional se identifica frecuentemente con la organización política. De aquí que sea definida la nación, conforme vimos antes, como la comunidad que se organiza o puede con bastante probabilidad organizarse- en Estado. El poder unitario organizado no puede legitimarse más que por su relación con la existencia de una comunidad, ya unificada y homogénea por varios lazos que la unen (materiales, espirituales y políticos). En otras palabras, la unificación política y la homogeneidad de la estructura social se postulan la una a la otra. La nación es, pues, el soporte sociológico del Estado, y el Estado es la nación organizada políticamente. En consecuencia, el territorio, la población y la conciencia nacional pueden llamarse los supuestos reales del Estado.

Lo que define específicamente al Estado es el doble elemento, en mutua relación, de Poder y Derecho. Podríamos decir que Poder y Derecho son los dos elementos estructurales del Estado. Hay que concebir el derecho como la condición necesaria del Estado actual; y al Poder como la condición necesaria del Derecho presente. Razón tienen las recientes teorías antiformalistas del Estado, cuando proclaman contra Kelsen que el Estado es un fenómeno muy complejo de tipo histórico, social, económico y político, y no simplemente

jurídico. Aunque se acepte el carácter predominantemente jurídico del Estado, el Estado se apoya en otros elementos no-jurídicos y se nutre permanentemente de ellos. Ellos hacen también al Estado como organización sociopolítica.

El Estado es, pues, la organización política de la Nación. Consideramos que el elemento de organización y de Poder político es esencial para definir el Estado. Sin embargo, observamos con curiosidad que muchas definiciones del Estado, actualmente en uso, olvidan este elemento político. La juzgamos una omisión inexcusable. Sin embargo, el Estado es también la estructura jurídica del Poder político de una Nación. En este sentido tienen razón Kelsen, Jellinek y otros, cuando llaman la atención preferentemente sobre la dimensión jurídica del Estado. Es que el Estado moderno no es una suma cualquiera de poder político, no es poder amorfo o desvertebrado, no es una organización política cualquiera, sino que el Estado es un Estado de Derecho. El Estado es poder político organizado, institucionalizado, delimitado jurídicamente.

Bobbio recoge bien los varios elementos del Estado cuando lo define como “un ordenamiento jurídico que tiene como finalidad general ejercer el poder soberano sobre un determinado territorio y al que están subordinados de forma necesaria los individuos que le pertenecen”. Subraya que, desde el punto de vista de una definición formal e instrumental, “⁶la condición necesaria y suficiente para que exista un Estado es que se forme sobre un territorio un poder capaz de tomar decisiones y de emanar las leyes oportunas, vinculantes para todos aquellos que habitan en este territorio y efectivamente ejecutadas por la gran mayoría de los destinatarios cuya obediencia se solicita”.

En síntesis, podemos decir que el Estado se parece al dios romano Jano, con sus dos caras o facetas. Tiene la cara política y la cara jurídica. El Estado es Poder y es Derecho. El Estado es ‘potestas’ (fuerza bruta) y es ‘auctoritas’ (fuerza moral). Es voluntad de poder y es norma jurídica. Es realidad política y realidad jurídica, a la vez. Caben, por lo mismo, dos consideraciones apropiadas, acerca del Estado: la consideración sociológica o política (sobre el

⁶BOBBIO Norberto: Estado, Gobierno, Sociedad (1987), Barcelona, Plaza & Janes, p. 34-56

ser -real- del Estado), y la consideración jurídica (sobre el deber ser -ideal- del Estado). Se puede entonces hablar de una relación dialéctica del Estado: la que opone, y a la vez complementa, positividad y normatividad.

1.1.2 Definición de Estado.

Después de haber observado la concepción filosófica de Estado a través de varios juristas clásicos que fueron estudiados en las aulas de clase propondré como la definición personal de Estado la siguiente:

Estado es la agrupación humana que está acentuada en un territorio determinado, constituye una organización social, política y jurídica que esta revestida de poder y tiene soberanía.

Este concepto es el resumen del estudio del punto anterior más la de dos autores como son Francisco Porrúa Pérez que manifiestan que el Estado “es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume la mayor fuerza política.”⁷

Dentro de estos conceptos encontraremos los elementos básicos de los que se compone el Estado, a continuación estas explicaciones serán breves y concisas para exponer los puntos importantes que tienen que ver con el tema planteado en la presente investigación.

1.1.3 Elementos del Estado.

Se divide en 4 elementos que son:

- a) Agrupación Humana
- b) Territorio determinado
- c) Poder

⁷ **PORRUA PÉREZ, Francisco.** “Teoría del Estado”. México. Ed. Porrúa, 2003. p.p.26-27

d) Soberanía

a) Agrupación Humana.

Es el primer elemento constitutivo del estado ya que sin el conjunto de seres humanos no hay estado, cabe resaltar la importancia de diferenciar términos que muchas veces se los confunde como son población, pueblo, nación y nacionalidad; es necesario tener claro cada una de estas definiciones pues uno de los sectores afectados son los indígenas que habitan en el sector del ITT y del Parque Nacional Yasuní, identificando cada uno de estos términos podremos establecer en cual es el sector en el que debemos defender.

b) Población.- Se utiliza esta palabra cuando se va a referir a cifras o números.

La demografía y estadística utilizan este término. Ejemplo: La población universitaria se compone con un 55% de mujeres y 45 % de hombres.

c) Pueblo.- Es el conjunto de seres humanos que se refiere a un territorio determinado o a una zona geográfica con respecto a la calidad o cualidad.

Ejemplo:

El pueblo de Quito salió a una marcha con altivez y civismo.

Hay uniformidad en idiomas, religión etc.

Hasta cierto punto es homogéneo mientras la población es heterogénea.

d) Nación.- Es el conjunto de seres humanos que tienen la misma religión, el mismo idioma, las mismas costumbres y constituyen una cultura.

En el Ecuador hay varias naciones a las que se las ha llamado NACIONALIDADES.

La CONAIE diferencia el pueblo indígena y la nacionalidad indígena de la siguiente manera:

- e) **Nacionalidad Indígena.**- Es la histórica con cultura propia que vive en un territorio con sus propias instituciones y autoridades de acuerdo a sus tradiciones.

- f) **Pueblo Indígena.**- Es una colectividad indígena conformada por centros con identidades que se distingue de otros sectores que están regidos por un sistema propio, político, económico y legal.

- g) **Nacionalidad.**- Es el vínculo jurídico que une a una persona con el Estado donde nació, toda persona tiene derecho a una nacionalidad, la nacionalidad es un sello que nos da una característica, nadie puede ser privado de su nacionalidad a no ser por causas legales como traición a la Patria.

Existen varias formas de obtener la nacionalidad esta puede ser originaria consiste en que un individuo adquiere su nacionalidad de acuerdo al lugar en donde nació conocido como "JusSoli" cuyo significado es el Derecho al suelo.

Otra forma de obtener una nacionalidad es la adquirida que consiste en la adopción de un territorio ajeno al que un individuo nació, puede adoptar la nacionalidad de sus padres por ejemplo en base al principio de "JusSangini" o el Derecho a la sangre.

1.1.4 Diferencias entre Estado y Nación

1.- El estado es una sociedad jurídica, política, la nación es una sociedad genética, cultural (Reunión de Familias)

2.- El Estado requiere de un territorio, la nación puede o no tener un territorio estable.

3.- El Estado necesita poder, la nación no.

4.- En el Estado la agrupación humana se encuentra en un territorio determinado, en la nación se encuentra dispersado por todo el mundo ejemplo los pueblos quechuas o las Tsachilas, que también los podemos encontrar en la República de Colombia.

- **Territorio**

Territorio es el lugar geográfico donde esta radica la agrupación humana o el espacio geográfico dentro de cual el Estado ejerce su jurisdicción, el territorio es el elemento fundamental para la Constitución del Estado porque sin territorio no existiría el mismo, este a su vez debe ser físico, fijo y permanente en donde la agrupación humana debe ubicarse en forma permanente sobre el territorio; el territorio permite dar vivienda y alimentación a la agrupación humana que a través de políticas de estado se reparten competencias y recursos. Tal vez lo más importante del territorio es que se constituye en la medida de jurisdicción del Estado, en donde las autoridades ni las instituciones pueden rebasar los límites territoriales ni aplicar jurisdicción.

Si el territorio el espacio físico en donde se encuentra la agrupación humana he allí la importancia de cuidar el medio en el que habitamos, de una manera coloquial diríamos que estamos destruyendo nuestro hogar, la explotación de los recursos naturales muchas veces han dejado estragos para todos los seres vivos, por esta razón debemos ponernos a pensar que sucedería si los medios para la explotación de los campos petroleros del ITT no son los adecuados, serían mayores los beneficios económicos a corto plazo o mayores los perjuicios ambientales que nos costarían años de años en remediar el impacto ambiental producido en esta parte de nuestro territorio.

1.1.5 Naturaleza jurídica del Estado

Podremos observar que dentro de los elementos del Estado se habla del poder y soberanía pero serán tratados en este ítem ya que estos dos elementos del estado tienen que ver directamente con la naturaleza que tiene un Estado para auto determinarse y auto gobernarse que es básicamente la soberanía mientras que la facultad de dictar normas, juzgar, y hacer ejecutar lo juzgado es el poder que radica en el pueblo para mantener la convivencia en sociedad.

De esta manera el Estado dicta normas en materia petrolera y ambiental; el problema surge al momento en que el Estado se convierte en agente contaminante el mismo que a su vez se vuelve juez y parte en este asunto, si las empresas petroleras estatales terminan con el medio como este puede juzgarse así mismo.

1.2 La Responsabilidad Jurídica

Es parte de la naturaleza humana buscar los culpables de los hechos buenos o malos que estos generen en su convivencia en sociedades.

Las primeras nociones de responsabilidad aparecen con el derecho romano con que el autor de un daño era llamado responder más tarde aparecería la “ley del talión” (latín: *lex talionis*) con su famosa expresión “ojo por ojo y diente por diente”, esta pena fue aplicada con gran barbarie durante muchos siglos hasta llegar al código de Amurabí, el cual empieza aplicar un principio de responsabilidad más claro por ejemplo algunos de los castigos aplicados eran los siguientes.

Si un arquitecto hizo una casa para otro, y no la hizo sólida, y si la casa que hizo se derrumbó y ha hecho morir al propietario de la casa, el arquitecto será muerto; dicho concepto se acentúa cuando se señala que (Ley. 230) si ella hizo morir el hijo del propietario de la casa, se matará al hijo del arquitecto.

Un siguiente nivel de penas consistía en la mutilación de una parte del cuerpo en proporción al daño causado. Por ejemplo se establecía que si un hijo golpeó al padre, se le cortarían las manos; si un hombre libre vació el ojo de un hijo de hombre libre, se vaciará su ojo; si quebró un hueso de un hombre, se quebrará su hueso.

Las penas menores consistían en la reparación del daño devolviendo materias primas tales como plata, trigo, vino, etc. En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física, de modo tal, por ejemplo, que al autor de un robo se le cortaba la mano.

Debido a que no existía un estado con fuerza coercitiva según manifiesta Mazeud para aquella época “la libertad de cada cual no tiene otros límites que la fuerza semejantes”⁸ entendiendo que el límite y la fuerza eran aplicados físicamente por los pobladores de otra comunidad esta aplicación de normas también se las puede encontrar en la biblia en Éxodo 21:23-25, en Levítico 24:18-20 y en Deuteronomio 19:2, hasta llegar Sermón del monte de Jesús de Nazaret (Mateo 5:38-39) en el que se manifiesta:

“5:38 Oísteis que fue dicho: Ojo por ojo, y diente por diente.

5:39 Pero yo os digo: No resistáis al que es malo; antes, a cualquiera que te hiera en la mejilla derecha, vuélvele también la otra”⁹

Estos son antecedentes de una responsabilidad primitiva de igual manera este autor manifiesta Manzeud “la ley e las doce tablas marca la transición entre la fase de composición facultativa y de la composición obligatoria.”¹⁰ Esto debido a que empieza aplicarse el poder coercitivo del estado romano en esa época por sus jueces para la imposición de una pena contemplada en esta ley.

Este análisis histórico es hasta comprensible, pero debido a que el Derechos cambia con las necesidades de la sociedad en la actualidad encontraremos la

⁸ **MANZEUD, Henry**, Tratado y práctico de la responsabilidad Civil delictual y contractual pág 36

⁹ Texto tomado de la biblia Mateo 5:38-39

¹⁰ **MANZEUD, Henry**, *Ibidem* pág. 28

responsabilidad del Estado, invirtiéndose los papeles en que los ciudadanos gobernados piden la reparación de un daño pero al ser un ente jurídico las responsabilidades caen ante sus representantes legales es decir ante las autoridades que ringuen al pueblo, pero el resarcimiento del daño debe ser desagraviado por el gobernante en turno para ello estudiemos mas a fono que es el responsabilidad en todas sus fases.

1.2.1 Concepto de Responsabilidad

En su origen el vocablo responsabilidad deriva de la expresión latina “sponsor”, que significa “el que se obliga por otro”. A su vez, “responder” proviene del verbo “respondere” que quiere decir “hacer frente”. El binomio responsabilidad y responder se refiere a una situación constreñimiento de una persona frente a otra, en virtud de la cual debe esperarse cierto comportamiento¹¹

Rojina Villegas sostuvo en relación a la responsabilidad civil: “La existencia de un daño es una condición ‘*sine qua non*’ donde la responsabilidad civil, pues es evidente que para que exista obligación de reparar, es necesario que se cause daño”. Aquí el acento se da en el daño.¹²

Desde el punto de vista penal Aguilar Gutiérrez afirma: “Es el que establece que la conducta ilícita o contra las buenas costumbres observadas por una persona, entraña la responsabilidad de está y la consecuente obligación de reparar los daños que cause. Aquí encontramos el acento en la conducta ilícita.¹³

¹¹ **Castro Estrada, Álvaro.** “Responsabilidad Patrimonial del Estado”. Ed. Porrúa. 2ª edición. México 2000. p.p 41-43 y 523.

¹² **Rojina Villegas, Rafael.** “Compendio de Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones”. México. Editorial Porrúa. 1977. p. 206.

¹³ **Pérez Carrillo, Agustín.** “La Responsabilidad Jurídica, Conceptos Dogmáticos y Teoría del Derecho” UNAM. 1979. p.60

1.2.2 Clasificación de la Responsabilidad.

Antes de ingresar de lleno al Estudio de la Responsabilidad estatal, analizaremos brevemente la responsabilidad en materia ambiental en manera genera de esta manera demos unas breves definiciones:

1.2.2.1 La Responsabilidad subjetiva, objetiva, ética y administrativa

a) Responsabilidad Subjetiva.

La responsabilidad subjetiva, “es la fundada en el proceder culposo o doloso del responsable; y por ello opuesta a la responsabilidad objetiva”.¹⁴

Rafael de Pina en su Diccionario Jurídico dice que: “Responsabilidad Subjetiva: es aquella que recae sobre una persona determinada como consecuencia de un acto propio que ha causado un daño a otra.”¹⁵

b) Responsabilidad objetiva

Manuel Ossorio dice que la responsabilidad objetiva, es la tendencia relativamente moderna, que se aparta del fundamento forzoso en culpa o dolo para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios.¹⁶

Por otra parte Rafael de Pina, considera a la responsabilidad objetiva como “aquella que emana de un riesgo creado, que se traduce en un evento dañoso, de cuyas consecuencias perjudiciales está obligada a responder la persona

¹⁴ **OSSORIO, Manuel** “Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”. Argentina, Ed. Heliasta. 1982. p. 674

¹⁵ **DE PINA, Rafael.** “Diccionario de Derecho”. P. 443.

¹⁶ **OSSORIO, Manuel, ibídem**

que, en cierto modo, se encuentra en situación de recibir algún beneficio de la actividad susceptible de ocasionar el daño.”¹⁷

c) Responsabilidad Ética

La responsabilidad ética surge por ejemplo cuando se incumple algún deber impuesto por las incumbencias profesionales, el que normalmente está descrito en el código de ética profesional cuando éste existe. Lo más corriente es que la ilicitud ética cause un daño a terceros, pero no siempre es así. Por ejemplo el abogado que en vez de hablar con el abogado de la otra parte, trata directamente con el cliente de su contrario.

d) Responsabilidad Administrativa

La responsabilidad administrativa puede asumir dos formas. Una está dada por las relaciones de la administración con sus funcionarios y empleados, quienes responden frente a ella en caso de no cumplir con los deberes a su cargo y deben atenerse a las consecuencias como sucede en una relación laboral. Pero la que nos interesa es la responsabilidad en que incurre el administrado cuando no cumple con las reglamentaciones administrativas, es decir cuando comete una falta o contravención establecida en la Ley del Servicio Público. En estos casos hablamos del derecho administrativo sancionador, que tiene una intervención parecida a la del derecho penal, pero si se quiere es más suave, porque las penas son menos severas, generalmente multa, o suspensión.

1.2.3 La Responsabilidad Civil

Para Mazeaud, la responsabilidad civil “es una sanción que consiste en la obligación de aquel que ha causado daño a otro de reparar ese daño”¹⁸

¹⁷ DE PINA, *ibídem*.

¹⁸ MAZEAUD, Henry, *ibídem*, pág. 68

Por otra parte Alessandri dice “en derecho civil, hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede, pues, definírsela diciendo que es la obligación que pasa sobre una persona cada de indemnizar a otra.”¹⁹

En nuestro Código Civil no existe una norma específica que trate la indemnización por daños producidos al ambiente, podemos encontrar normas generales, lo que indica que este cuerpo legal debe ser reformado, actualizado a las necesidades y que se ajuste a las nuevas necesidades de la sociedad ecuatoriana, pero en la actualidad al indemnización civil nace de otras leyes ambientales y de la propia Constitución, pinto que será tratado más adelante.

1.2.4 La Responsabilidad Penal

La responsabilidad penal, lo que constituye el máximo instrumento de control ²⁰ de las conductas humanas por lo que tanto la ilicitud como la sanción tienen particulares formas. El derecho penal pertenece al derecho público y se caracteriza por su intervención violenta²¹, estigmatizante, devastadora para quien la sufre. Es por ello considerada la última ratio del orden jurídico, aquello a lo que se recurre cuando han fallado todos los otros instrumentos de control. Es además rigurosamente formal porque las conductas prohibidas están descritas en tipos que deben amoldarse perfectamente en la conducta que pueda haber realizado el delincuente. Surge únicamente cuando no se han respetado ciertos bienes jurídicos que la sociedad ha decidido proteger de esta forma, lo que hace que su titularidad sea también pública. La víctima tiene un papel secundario, no siendo parte del proceso penal, salvo que deduzca querrela. Las partes son el fiscal y el delincuente imputado; el querellante en cambio es un personaje contingente en el derecho ecuatoriano si este un delito de acción pública.

¹⁹ **ALESSANDRI, Arturo**, De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Chileno .pág.31

²⁰ **GARCÍA Pablos de Molina**, Antonio, Derecho Penal. Introducción, Publicaciones Complutense, Madrid, 2.000.p. 3

²¹ **Ibídem**

1.2.5 La correlación entre la Responsabilidad Civil y Penal en materia Ambiental.

La finalidad del Derecho Civil es permitir que los hombres vivan en sociedad sobre bases justas y por eso quien causa daño debe indemnizarlo. La responsabilidad civil se mide y se establece por sus resultados. El Derecho Penal en cambio tiene por objeto asegurar el orden social sancionando a todos aquellos que, en concepto de la norma, perturban o pretenden perturbar ese orden.

Lo antes mencionado explica porque la naturaleza y extensión de las sanciones son tan diversas entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, ya que, el delito y el cuasidelito civil dan derecho a una indemnización de perjuicios, cuyo monto se regula sobre la base del daño sufrido por la víctima y no por la gravedad del hecho ejecutado. El delito y el cuasidelito penal, en cambio, acarrea sanciones de orden represivo o punitivo cuya gravedad se determina en consideración a la naturaleza del hecho y a la culpabilidad y peligrosidad del autor.

Para que exista responsabilidad civil debe existir un delito o cuasi delito civil que en ambos casos constituyen hechos voluntarios ilícitos. Por consiguiente, es importante determinar que significa que un hecho sea ilícito o cual es el concepto de ilicitud.

En esta materia no existe uniformidad de criterios, ya que una parte de la doctrina señala que hecho ilícito es todo acto ejecutado en contravención al derecho, a lo no permitido legalmente, ante cuya afirmación el tratadista Venzi advierte que: "en este caso más bien se estaría hablando de un acto nulo, no de un acto ilícito"²²; y la otra corriente que define al acto ilícito como: "el acto voluntario con cuya ejecución se viola una regla de derecho, sea deliberadamente, sea por culpa o negligencia y que, de producir un daño, obliga a su autor a repararlo "²³. Es decir el hecho ilícito no solamente debe ser

²²VENZI, Guilio, citado por ACUÑA, Arturo, "Estudios sobre la Responsabilidad Civil", pág.1

²³ACUÑA, Arturo, Estudios sobre la Responsabilidad Civil Editorial Platense, 1963. La plata Argentina

el contrario a la ley, con lo cual quedaría injustamente restringido y limitado sino que también debe ser el contrario a la moral.

Esta teoría aparece refrendada por lo que prescribe él. Art. 1477 de nuestro Código Civil, inciso tercero, que dice: "si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público". Ya su vez el Art. Art. 1483 del mencionado Código, dice que se entiende por causa ilícita "... la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público".

El concepto de ilicitud que da origen a la responsabilidad es más difícil definir en materia civil que en materia penal, ya que, en el Derecho Civil es delito y cuasidelito el hecho ilícito doloso o culpable que causa daño. Para determinar si un hecho ilícito constituye delito o cuasidelito civil hay que averiguar si causó daño a la persona o propiedad de otro, ya que sin ello no tiene tal carácter y obviamente carece de importancia.

En materia penal, en cambio, el concepto de ilicitud del hecho no es un concepto que pueda presentar muchos problemas, ya que en dicha materia el hecho ilícito es toda acción u omisión penada por la ley, por lo tanto, para determinar si un hecho constituye o no delito penal, es necesario averiguar si está penado por la ley y sólo lo será en caso afirmativo.

Tradicionalmente el derecho penal ha tenido un enfoque antropocéntrico, es decir el bien jurídico tutelado o protegido es la "vida humana" y su integridad; así en todos los países pueden citarse antiguas normas penales por infracciones que ahora se consideran ambientales, pero que son básicamente sanitarias y relativas a la vida humana y sus bienes económicos. Es decir la tipificación penal se cumple por la muerte o enfermedad causados al ser humano o la destrucción de la vida animal o vegetal de su propiedad privada, actualmente ya podemos hablar de un derecho penal con tipificaciones más ambientalistas, que sancionan conductas que atentan contra los bienes de la

naturaleza, considerados por sí mismos, y que viene además a constituir una herramienta para obtener el cumplimiento de la normativa ambiental ante la alarma por la acelerada degradación de los recursos naturales y el ambiente. Existen dos países en América Latina que han expedido códigos penales ambientales: Venezuela y Brasil.

El Código Penal Ecuatoriano, mediante la Ley 99-49, R.O. 02 del 25 de enero del 2000), agrega el Capítulo X A denominado "de los delitos contra el ambiente" (Arts. 437-A al 437-K), y el Capítulo V "De las contravenciones ambientales" (Art. 607-A).

Para nuestro estudio hare referencia a dos artículos que a mi parecer son importantes para responsabilizar al Estado por los daños cometidos al ambiente los mismos que expresan lo siguiente:

“Art. 437-B.- El que infringiere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, si tal acción causare o pudiere causar perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido.

Art. 437-E.- Se aplicará la pena de uno a tres años de prisión, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites fijados de conformidad con la ley; así como el funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado.”²⁴

²⁴Artículo reformado por Art. 124 de Ley No. 75, publicada en Registro Oficial 635 de 7 de Agosto del 2002

Estas disposiciones si bien están lejos todavía de sustentarse en un ecologismo completo, pues se relativiza la protección penal del ambiente, pues se considera los daños a la vida salud humanas y sus bienes patrimoniales, como agravantes en la imposición de la pena, la existencia del delito contra el ambiente, evidentemente constituye un avance dentro de la legislación penal ecuatoriana y es una demostración de que este bien jurídico se ha jerarquizado en tanto constituye un valor que se pretende consagrar y precautelar dotándole de tutela penal. Y es que, en mi opinión, proteger el ambiente, es proteger la vida misma de las personas.

En lo que respecta a los dos artículos anteriormente citados en el Art. 437 B se generaliza “a quien produce el daño” que a mi parecer puede aplicarse a las instituciones del Estado que no velaron por la protección del ambiente. Por otra parte veremos que en el Art. 437E se responsabiliza al funcionario público por la negligencia de sus actos.

Revisando esta codificación manifiesto que no estoy de acuerdo y pienso que este capítulo debería tener su numeración propia ya que estos artículos no tienen relación con el Art. 437 que trata sobre los médicos que ejerzan la profesión sin el título que lo acredite como tal. Es por ello que creo que es oportuno en los actuales momentos en que la Asamblea Nacional Constituyente esta en el proceso de creación de normas, si llega a plantear reformas al código penal, este se merece una nueva codificación.

Para finalizar se puede concluir que la gran diferencia entre la responsabilidad civil y la penal es que la primera busca la reparación de una daño mientras que la penal es la de controlar las conductas.

1.3 El Daño Ambiental

Arturo Alessandri afirma que daño, es "todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, efectos, creencias, etc.". PeiranoFació, por su parte, dice: "daño es la diferencia perjudicial para la víctima entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después del mismo"²⁵

Es decir el daño en términos generales es todo perjuicio o lesión sufridos por la víctima como consecuencia del acto ilícito de otra persona, ya sea en su patrimonio económico o en el conjunto de sus derechos y bienes extrapecuniarios.

En el caso específico de daños producidos al ambiente, la Ley de Gestión Ambiental, en su Glosario de Definiciones, lo determina así: "Es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovación de sus recursos"²⁶

Tomando en cuenta que el hombre en el ambiente se perfila como uno de sus principales componentes necesariamente tenemos que hablar del daño social, que según lo define la Ley de Gestión Ambiental "Son los ocasionados a la salud humana, al paisaje, al sosiego público y a los bienes públicos o privados, directamente afectados por actividad contaminante".²⁷

Y es que el daño como elemento necesario para generar responsabilidad, en el campo ambiental, sufre una transformación que consiste en perder, al menos en parte, su carácter individual para devenir en social. Se habla por ello de disolución del concepto subjetivo del daño o concepto abstracto basado fundamentalmente en la diferencia existente entre el patrimonio perjudicado según su estado antes y después del menoscabo a indemnizar. El concepto de daño social dice la doctrina "es el que permite imponer la obligación de

²⁵ PEIRANO Facio, Responsabilidad extracontractual en el derecho Civil, pág. 210

²⁶ Ley de Gestión Ambiental, Definiciones.

²⁷ **Ibídem**

indemnizar a la persona causante del mismo sobre el patrimonio o las personas de quienes no contrataron con él".²⁸

En definitiva el daño social se produce cuando un suceso dañoso influye sobre terceros, lo que le da en cierto modo carácter supraindividual.

1.3.1 Tipos de Daño

En materia ambiental podemos encontrar dos tipos de daños ambiental básicamente de los cuales se desprende una gran clasificación, debido a que nuestro estudio se basa en el derecho mencionare básicamente dos tipos de daño ambiental.

a) Los Daños Patrimoniales.

Es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades: así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevenida a la víctima, así será daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional.

Para comprender el concepto de daño, al ambiente sería importante considerar que a los ecosistemas, se les daña no solo en términos de cuantificación económica, sino también en relación a un nuevo tipo de bienes como pudieran ser los activos Ambientales.

²⁸SANTOS Briz, "La responsabilidad Civil", pág.9

b) Daños no Patrimoniales.

Los daños no patrimoniales, son en principio aquellos cuya valoración en dinero, no tiene la base equivalente que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos de difícil valoración pecuniaria. A diferencia de los daños patrimoniales en este tipo de daños no hay conceptos para establecer el objeto del daño.

Es decir este tipo de daños afectan a la salud, a la identidad de una cultura, a la pérdida de especies endémicas, daños psicológicos en los pobladores, es decir estos son valores humanos a los que no se les puede dar un valor económico estimado como se los da a los patrimoniales.

1.3.2 Problemas para resarcir el Daño al Ambiente.

La doctrina dice que para ser indemnizable el perjuicio debe reunir dos requisitos mínimos:

- a) Certeza de su realidad y
- b) El hecho de no haber sido reparado ya.

En cuanto al segundo literal resulta obvio que el perjudicado no puede exigir la reparación doble de un mismo daño; en este sentido el daño reparado ya no existe, cuando la víctima es indemnizada, el perjuicio ha desaparecido y ya no cabría otra reparación.

El primer requisito se refiere a que no puede existir incertidumbre sobre la realidad y existencia presente o futura del daño, según Duran Trujillo "el perjuicio es cierto cuando aparece consumado y definitivo, efectivo y real en el momento de liquidarse".²⁹

En los daños producidos al ambiente, éstos no siempre aparecen consumados y definitivos; ya que puede tratarse de daños continuados, es decir que el

²⁹ SAMPER Dino, "Requisitos y Fundamentos de la Responsabilidad Civil, Bogota 1983, pág. 40

efecto dañoso se proyecta en el tiempo, mientras no se haya corregido la causa generadora del daño. Como ocurre por ejemplo

en el derrame que sucedió recientemente en Esmeraldas en que el derivado de petróleo vertido en río San Lorenzo no ha sido reparado por PETROECUADOR (empresa Estatal) que afectado a sus moradores los cuales viven de lo que produce el río, y aprovechan sus aguas para el consumo humano.

El daño ambiental parece ser remediado al momento pero este puede producir consecuencias a futuro, como también no se pueden presentar un caso sería el cáncer, que como ha sucedido en regiones del oriente donde existieron hace años atrás derrames de petróleo después de varios años se produjo en sus pobladores cáncer y deformaciones congénitas en las futuras generaciones, He allí uno de los grandes problemas para que se pueda juzgar el daño en materia ambiental.

Por otra parte las autoridades locales y las instancias internacionales no han sabido sancionar a las empresas que produjeron grandes daños ecológicos un claro ejemplo es TEXACO que en la actualidad ventila un proceso seguido por la comunidad Shuar ante las cortes internacionales por varios años sin ningún resultado, ni las grandes potencias pueden con estas grandes explotadoras de los recursos naturales es que por ello que Estados Unidos no ha podido sancionar a BRITISH PETROLEUM.

1.4 La Culpa

Siguiendo a Alessandri, la culpa "es aquella falta de diligencia o cuidado que debe emplearse en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho. Entraña un error de conducta, la omisión de medidas oportunas, la falta de prudencia, precaución o vigilancia, la omisión de ciertas precauciones necesarias para evitar un daño; supone no haberse hecho lo que debiera haberse hecho".³⁰

³⁰ ALESANDRI Arturo, citado por SAMPER Dino, *Ibíd*em pág. 72

Es decir que la culpa es la conducta contraria a la que debiera haberse observado, es el acto imprudente de acción o abstención que causa un perjuicio a otra persona.

Desde el punto de vista subjetivo la culpa es requisito fundamental para determinar la responsabilidad del individuo, es decir deberá probarse que no actuó con suficiente diligencia y cuidado para que sea imputable.

Al tratarse de daños al ambiente, la responsabilidad tiende a objetivarse, es decir la idea de culpa es sustituida por la teoría del riesgo u objetiva, con una orientación marcada hacia la repartición de los daños con un criterio de socialización de los riesgos, en la cual y citando las palabras de Busíamante Alsina "los autores podrán no ser culpables, más aún, podrán no ser autores materiales del daño ", pero el o los inocentes deben ser resarcidos.

Nuestro Código Civil reconoce tres tipos de culpa expresados de la siguiente manera en el Art. 29 de este cuerpo legal.

“Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.”³¹

1.4.1 La presunción de culpabilidad para sancionar el Daño Ambiental

Cuando sucede un tipo de culpa establecida en el Art. 29 nos encontraremos ante un delito o un cuasidelito dicha explicación la encontraremos en el Art. 2184 del Código Civil.

“Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito”³²

El mismo código nos da la conceptualización de delito y cuasidelito; por otra parte este mismo cuerpo legal establece la obligación de indemnizar ese daño según la dispone el Art. 2214

“Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”³³

En nuestro Derecho por regla general es que la culpa debe probarse. Pero en ciertos casos el legislador a fin de facilitar la prueba de la culpa que pesa sobre la víctima presume su existencia. En nuestro derecho civil una persona deberá demostrar que obro de la mejor manera y con cuidados debidos, pero que no obstante a ellos se produjo un daño.

³¹ Código Civil del Ecuador. Art. 29

³² Código Civil del Ecuador Art. 2184

³³ Código Civil del Ecuador Art. 2214

La jurisprudencia tiende a ampliar el concepto de culpa. Es así que la más mínima culpa puede dar origen a la responsabilidad civil. Un claro ejemplo de la causa para que se produzca un daño ambiental es el uso de maquinarias obsoletas o que no son las adecuadas y cuando la falta de mantenimiento o el gran impacto ambiental que esta produce en un ecosistema podemos aplicar lo que dice Josserand: “es cometer una falta retardarse en el pasado y no vivir con su tiempo: el modernismo es erigido al estado de obligación jurídica y el misoneísmo llega a ser un cuasidelito civil”.³⁴

Para concluir este capítulo puedo decir que las herramientas, Constitucionales, Penales, Civiles, Administrativas, existen para poder sancionar al Estado como generador de un daño ambiental en los Campos ITT del Parque Nacional Yasuní.

³⁴ **JOSSERAND**, citado por Acuña Arturo, *Ibíd*em, pág. 29

2 CAPÍTULO II LEGISLACIÓN VIGENTE DEL DERECHO AMBIENTAL

Para iniciar hablar de legislación vigente que regula el derecho ambiental es necesario que nos remontemos a nuestros primeros años universitarios nos hablaron de la jerarquía de las normas, citando al famoso jurista Hans Kelsen quien manifiesta que la norma suprema es la Constitución, por esta a su vez es derivada del poder Constituyente que en el caso Ecuatoriano tenía plenos poderes y estuvo por encima de la anterior Constitución de 1998, por lo que se podría decir que el poder Constituyente está por encima de la Constitución. ¿Pero que es este poder Constituyente?, según la concepción moderna, "Es la máxima o suprema capacidad del pueblo para darse una organización política y un ordenamiento jurídico". En este sentido, el poder constituyente es la aptitud para la creación del Estado y de la Constitución. En la doctrina se habla de un Constituyente Ordinario que es quien crea inicialmente la Constitución; y de un constituyente derivado o instituido que sería aquel, "que en el ejercicio de la facultad constituyente, lo ejerce por delegación una autoridad investida por el pueblo".³⁵

Kelsen es el gran exponente de la famosísima Teoría dinámica de la validez jurídica que en términos generales postula que las normas jurídicas son peldaños unas de otras en forma ascendente, siendo una el origen de la otra hasta llegar en el último término a la Constitución. Señalando que la Constitución emana de la norma fundamental presupuesta, la cual se interpreta como el grupo de donde la Constitución tuvo su origen, esto es, el Constituyente cuyos miembros fueron investidos de legítimo poder para crearla.

Esta validez jurídica de acuerdo a nuestra Constitución se encuentra plasmada en el Artículo 425 el mismo que dice:

Art. 425.- *El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los*

³⁵ **OLASO S.J. Luis María y CASAL, Jesús María:** Curso de Introducción al Derecho. Tomo II. UCAB Caracas 2004. pp. 115-238

*decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.*³⁶

En base a que se dictó la nueva Constitución nuestro Estado dejó de ser un Estado Social de Derecho y pasó a convertirse en un Estado Constitucional de Derecho. Esto es que la Constitución está por encima de cualquier norma aún sobre los tratados Internacionales y sobre las leyes que rigen al país.

Es importante hablar de la supremacía de la Constitución ya que como pudimos observar la anterior Constitución en un artículo 86 expresa algo similar a la actual; pero la actual norma suprema de nuestro país va más allá y lo contempla como un derecho del buen vivir en su Capítulo II, sección segunda, en su artículo 14 manifiesta:

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, sumakkawsay.

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.

La Constitución de la República del Ecuador a través de su discusión en la Asamblea Constituyente le dio gran importancia al ambiente que además del artículo anterior encontraremos los famosos DERECHOS DE LA NATURALEZA que los encontraremos en el Título VII, Capítulo II del Régimen del Buen vivir, comprendido entre los artículos 395 al 415 que no serán transcritos ya que el estudio no tiene ese fin, más adelante hablaremos de algunos de ellos ya que estos son de suma importancia con el tema planteado y sobre todo cuando el Estado plantea la explotación de recursos no renovables en áreas protegidas, intangibles con ecosistemas, especies amenazadas y frágiles; he allí la importancia de tener en claro la importancia de la

³⁶ **Constitución de la República del Ecuador**, Registro Oficial 449. 20 de Octubre del 2008

supremacía de las normas y el respeto de las mismas por parte del Estado así como de sus ciudadanos, con esta explicación nuestra pirámide Kelseniana quedaría de la siguiente manera:

GRÁFICO 1. Pirámide de Kelsen según el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano



Fuente: El Autor.

2.1 Normas Constitucionales a favor y en contra de la explotación de los campos ITT

Desde el punto de vista Constitucional ya explicado tenemos que ver como la norma fundamental regula el tema planteado y a mi criterio el principal Artículo de la actual Constitución que regula explotación en el ITT es el art. 407 el mismo que expresa lo siguiente.

“Art. 407.- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.”³⁷

Si nos ponemos a analizar este Artículo podremos darnos cuenta que desde la discusión en la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi ya se estuvo preparando el camino para la explotación de los campos ITT, puesto que el campo Tiputini ya poseía los estudios con reservas probadas de yacimientos petrolíferos pero el marco legal anterior no permitía su explotación por estar dentro de una reserva natural y la zona intangible que fue declarado por decreto ejecutivo, hoy sabemos el interés de nuestro actual Presidente de la República por este campo y que la mayoría de la asamblea pertenece al partido de gobierno y que cuentan con la mayoría de votos para cumplir con el cometido de la explotación de estos tres campos.

Al final de este mismo artículo podremos observar que es facultad de la Asamblea Nacional pedir una consulta popular si lo cree conveniente para todo el país, si esto se lo hiciera de esta manera la decisión se la tomaría de forma inmediata, pero en el caso de no haber consulta a nivel nacional si se deberá realizar de forma obligatoria para las poblaciones que se crean afectadas esto de acuerdo a otro artículo de la misma Constitución como es el número 398 el que expresa lo siguiente:

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

³⁷ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de Octubre de 2008

sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

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

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.³⁸

En base a esta norma Constitucional muchas organizaciones civiles y no gubernamentales tratan de frenar en parte la explotación del ITT concientizando a los pobladores de los perjuicios que causara la extracción de crudo dentro de este territorio. Por esta razón gobiernos seccionales como el de Orellana a través de su Perfecta Guadalupe Llori se encuentran impulsando un plan informativo de las riquezas que posee el Parque Nacional Yasuní, publicando esta información en su página Web, en espacios televisivos, radiales y en las fiestas de esta provincia lo que más se promociona es la conciencia ambiental entre sus pobladores; lo mismo han hecho los gobiernos de Napo y Pastaza.

Aunque nuestro gobierno busque una forma de compensación internacional es muy difícil que se alcance la suma de 3.500 millones por diez años de no explotación y recién existen compromisos por 1.300 millones, ya que los grandes contaminantes no han deseado ser responsables por la emisión de gases, pues si los países industrializados proceden gases invernadero los países productores también contaminan al ofrecer este tipo de combustibles y no buscar energías alternativas ya que la investigación científica requiere de una inversión millonaria, tiempo, recursos, profesionales; lo más sencillo es seguir extrayendo la energía de las entrañas de la tierra buscando la comodidad del ser humano sin importar lo que le suceda al planeta.

³⁸ Constitución de la República del Ecuador, *Ibidem*.

2.2 Responsabilidad Constitucional del Estado por Daños Ambientales.

Si llegara a plantearse la explotación del ITT y es obvio que se producirá daño ambiental entonces deberos analizar de quien es la responsabilidad por los daños causados al ambiente, iniciando con el Estado que realizara la extracción de crudo a través de la empresa estatal (PETROECUADOR) quien deberá estar en coordinación con el respectivo Ministerio del ramo para que no se produzcan catástrofes ambientales dentro de las aéreas naturales protegidas. La responsabilidad del Estado por daños ambientales también se encuentra regulada constitucionalmente en el Art. 397, que establece el derecho de repetición en contra de las operadoras y los funcionarios públicos negligentes, como podemos observar a continuación.

“Art. 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

- 1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio.*

La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.

2. *Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales.*
3. *Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente.*
4. *Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas. El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado.*
5. *Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad.*³⁹

Al iniciar con el estudio de este artículo podremos observar que el estado debe actuar de manera inmediata, en el numeral 1 nos brinda la posibilidad de ejercer las correspondientes acciones en su contra por cualquier ciudadano o por la misma comunidad, norma que también existió en la anterior Constitución así que no es ninguna novedad normativa.

Otra norma de este artículo es numeral 4 que establece zonas intangibles en aéreas protegidas las mismas que también han tenido su regulación por muchos años en la legislación ecuatoriana, lo importante de estas normas es que se encuentran contempladas en la norma suprema, las mismas que por su jerarquía no pueden ser violentadas por otras de segundo orden.

Uno de los puntos importantes que se trata es principios ambientales que hasta hoy solo se los podía encontrar doctrinariamente en los textos de varios tratadistas pero dentro de la legislación ecuatoriana no se los había tomado en

³⁹ Constitución de la República del Ecuador, *Ibíd.*

cuenta, pues se entiende que estos principios están inmersos con el ambiente. Pero a mi parecer me parece muy bien que se sean tomados en cuenta por nuestra Constitución para que los daños producidos al ambiente sean saneados de forma inmediata y evitar de esta manera problemas como ya mencione en ejemplos anteriores al hablar de varias catástrofes ambientales en nuestro país.

Por otra parte es necesario analizar lo que respecta en materia de Derechos humanos, puesto que no solo está en juego los recursos naturales. Dentro del presente trabajo investigativo hemos hablado de los pueblos indígenas que están dentro del ITT, otra parque que se alrededor del Parque Nacional Yasuní y la Reserva faunística Cuyabeno.

2.3 Generalidades Constitucionales en materia de Derechos Humanos.

Con la explotación del ITT se violaría un sin número de normas Constitucionales que tratan sobre los derechos humanos de las personas que se afecten por una contaminación según lo expresado en el Art. 11 numeral 7.

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

6. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”⁴⁰

En este numeral debemos observar que no solo se reconocen los derechos establecidos en nuestra Constitución, también se reconocen los tratados internacionales que nuestro país ha ratificado en materia de Derechos humanos como ambientales, pero muchas de las veces nuestros autoridades

⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador. *Ibidem*.

no le han prestado mucha atención al momento de firmar y ratificar estos tratados o acuerdos internacionales ya que muchas veces lo han hecho como parte del protocolo; pero más allá de lo bueno o malo de estas actitudes existen normas que deberán observarse para que no se afecte a los pueblos no contactados de la zona intangible, como aquellas poblaciones indígenas que también se vean afectadas.

Dentro de una normativa espacial se creó un capítulo entero denominado Derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas en los que se les da una protección especial a este sector de la sociedad ecuatoriana.

Analicemos el Art. 57 y dos numerales que tienen gran importancia respecto del tema tratado, el Art. 7 y el segundo párrafo del numeral 21.

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

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

21. Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus

derechos. La violación de estos derechos constituirá **delito de etnocidio**, que será tipificado por la ley.

Ahora empezaremos a ver que existe una contradicción entre las normas constitucionales que tratan sobre el tema en cuestión, otra vez veremos que el numeral 7 habla de una consulta a las comunidades indígenas si va existir explotación de recursos no renovables, de acuerdo a la explicación anterior del Art.407 en la que se prohíbe la explotación en aéreas protegidas, solo se lo podrá hacer si la Asamblea realiza una consulta a nivel nacional, el Art 398 habla de una consulta a la comunidad⁴¹ y el artículo 57 numeral 7 trata de una consulta a la comunidad indígena. Podemos concluir que nuestra Constitución va de menor a mayor, yo he realizado el análisis jurídico de forma contraria porque pienso que es la forma correcta en la que debería realizarse una consulta porque se usaran artimañas por los interesados en la extracción de crudo en estas aéreas y es más fácil convencer a una comunidad indígena que a todo el pueblo ecuatoriano.

Retomando el tema en materia de Derechos humanos observemos el segundo párrafo del artículo 57, en el que se tipifica el delito de etnocidio, pero que es este término tan singular y que nuestra legislación penal no ha constituido en un tipo penal. Para Pierre Clastres el etnocidio es “la destrucción sistemática de los modos de vida y pensamiento de gentes diferentes a las que imponen la destrucción. Si el genocidio liquida los cuerpos, el etnocidio mata el espíritu.”⁴²

2.4 Marco Jurídico en Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador a observarse en la explotación del ITT.

Existen dos momentos claves para comparar y dos tratados importantes que tienen que ver con el parque nacional Yasuní el primero es cuando fue declarado Área Protegida el 26 de julio de 1979, con el nombre de Parque Nacional Yasuní. Esta declaración fue hecha mediante Decreto Interministerial No. 0322, publicado en el PO. 69 del 20 de noviembre de 1979.

⁴¹ Véase las páginas 89, 90, 91.

⁴² **CLASTRES, Pierre**, 1981: Investigaciones de Antropología Política. Barcelona: España Editorial Gedisa.

Este nombramiento es base a un acuerdo internacional que es La Convención de Patrimonio Mundial de la Humanidad que fue planteado en la ONU en 1972.

Y el segundo momento importante del Parque es declarada Fue por la UNESCO Reserva de la Biosfera en 1989. Con este preámbulo estudiemos estos dos principales convenios.

2.4.1 La Convención de Patrimonio Mundial de la Humanidad

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural⁴³, en adelante WHC, surge en 1972 en el seno de la ONU, como respuesta a lo que se considera una escalada en la magnitud y gravedad de las amenazas a estos patrimonios.

El Art. 2 de la WHC define lo que habrá de entenderse como patrimonio natural señalando que a efectos de la Convención se considerarán como tal:

- Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.
- Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies, animal y vegetal, amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.
- Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.

El texto convencional delimita tres niveles diferentes de protección para el patrimonio natural:

a. Nivel nacional: De acuerdo con el Art. 4, la protección del patrimonio natural incumbe primordialmente al Estado en que éste se encuentre situado.

⁴³<http://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf>

El contenido de esta obligación se explicita en el Art. 5 comprendiendo, entre otros, los siguientes compromisos:

- Adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general.
- Instituir en su territorio servicios de protección, conservación y revalorización.
- Desarrollar los estudios y la investigación científica y técnica y perfeccionar los métodos de intervención que permitan a un Estado hacer frente a los peligros que amenacen a su patrimonio natural.
- Adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio.

b. Nivel transnacional: supone que ninguno de los Estados Partes puede tomar voluntariamente medidas que puedan causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio natural situado en los demás Estados Partes (Art. 6. numeral 3).

Artículo 6. Numeral 3.- Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención se obliga a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural de que tratan los artículos 1 y 2 situado en el territorio de otros Estados Partes en esta Convención.

c. Nivel internacional: regulado con carácter general en el Art. 6.2, permite obtener la ayuda internacional para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Art. 5.

Para ser objeto de la protección descrita, un área natural debe estar incluida en la llamada Lista del Patrimonio Natural Mundial. La inclusión en la Lista se lleva

a cabo por decisión del Comité del Patrimonio Mundial, y se realiza a partir de los siguientes criterios⁴⁴:

1. Valor universal excepcional
2. Integridad
3. Existencia a nivel nacional de programas de protección y gestión que aseguren el mantenimiento de las condiciones anteriores.
4. Equilibrio razonable entre patrimonio natural y patrimonio cultural incluidos en la Lista.
5. Representatividad del patrimonio, lo que supone otorgar preferencia a la inclusión en la Lista de patrimonios naturales pertenecientes a categorías escasamente representados o situados en países cuyo patrimonio natural goza de escasa presencia en la Lista.
6. Consentimiento del Estado en cuyo territorio se encuentra situada el área natural.

Generada una aproximación general a la WHC, pasare a analizar el contenido cabal de las obligaciones de protección en ella establecidas, determinando hasta qué punto el cumplimiento de dichas obligaciones de protección es compatible con la explotación de hidrocarburos dentro de las APs incluidas en la Lista de Patrimonio Natural.

2.4.2 La UNESCO y la reserva de la biosfera Yasuní

El segundo momento más importante para el conservacionismo de las especies del Parque Nacional Yasuní.

El Programa para el Hombre y la Biosfera (en adelante MAB) de la

⁴⁴Los criterios para la inclusión en la lista, así como el procedimiento por el que ésta se lleva a cabo se encuentran regulados en WorldHeritage, 2005, Guía operativa para la implementación de la Convención del patrimonio mundial, disponible en <http://whc.unesco.org/archive/opguide05-en.pdf>. En adelante Guía Operativa. Nótese que el valor ecológico no es suficiente para la inclusión en la Lista, sino que los criterios 3 a 6 tienen un contenido político.

UNESCO se creó en 1972, proveyendo el concepto de Reserva de la Biosfera (RB).

Para ser calificada como RB, un área natural debe cumplir tres funciones:

1.- Conservación de los recursos genéticos, ecosistemas y paisajes.

La exploración y explotación de hidrocarburos atenta contra esta función por sus consecuencias negativas para la diversidad biológica.

2.- Desarrollo sostenible. La industria de hidrocarburos es insostenible por antonomasia; en este sentido, su desarrollo en una RB se opone al cumplimiento de esta función.

3.- Apoyo logístico a la investigación y formación sobre la conservación de la biodiversidad y el desarrollo sostenible.

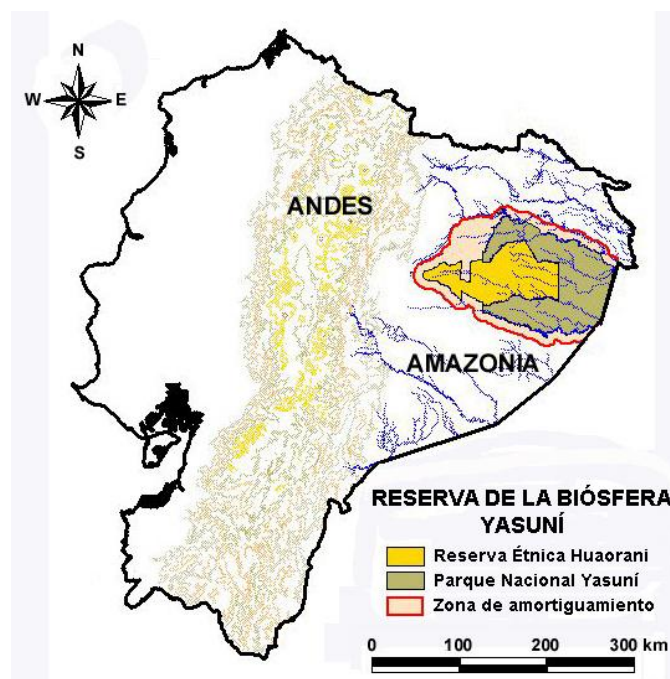
En cuanto a su estructura, las RB se dividen en tres sectores:

1.- Zona núcleo jurídicamente constituida, donde sólo puedan tener lugar actividades de conservación, de vigilancia del ecosistema, así como de investigación y educativas, siempre y cuando el grado de perturbación sea mínimo.

El hecho de que la zona núcleo es la única para la que se exige la Constitución jurídica ha determinado que en la práctica su extensión suela coincidir con la de ANPs preexistentes a la Constitución de la RB. En esta zona la explotación y exploración de hidrocarburos quedan excluidas.

2.- Zona tampón donde sólo pueden tener lugar actividades compatibles con la conservación, tales como el turismo ecológico, la educación y la investigación.

GRÁFICO 2. Reserva de la Biosfera del Yasuní



Fuente: www.iyonia.org

El tenor y las consecuencias de las actividades relacionadas con los hidrocarburos son radicalmente opuestos a los de las actividades que a título de ejemplo se citan.

3.- Zona de transición donde pueden situarse asentamientos humanos o practicarse la agricultura, así como cualquier explotación de los recursos naturales que sea sostenible.

La exploración y explotación de hidrocarburos quedarían en rigor excluidas de esta zona por su carácter insostenible.

Como argumentos concretos a favor de la moratoria en las RBs podemos referir los siguientes:

a. Sinergias con la CBD.

Teniendo en cuenta que todos los países que cuentan con RBs son parte del Convenio de Diversidad (CBD), la Estrategia de Sevilla establece como una de las directrices que han de guiar el manejo de las RBs la contribución al cumplimiento del CBD. Dado que la CBD se opone a la exploración y explotación de hidrocarburos dentro de las APs, estas actividades tampoco deberán llevarse a cabo dentro de las RBs.

En particular, el enfoque ecosistémico se menciona reiteradamente en los documentos oficiales del Mab89. La primera directriz de la estrategia de Sevilla se refiere también a las Convenciones contra la Desertificación y el Cambio Climático, con consecuencias análogas.

b. Economías de calidad

Las actividades económicas que se desarrollen en las RBs deben encajar en el concepto de economía de calidad, que se refiere a “actividades, bienes y servicios que son producidos y consumidos de formas compatibles con e impulsoras de los objetivos establecidos en la estrategia de Sevilla y en el Marco Estatutario de la Red Mundial de RBs”.

Para constituir economía de calidad una actividad debe también:

- Ser congruente con el enfoque ecosistémico adoptado por la CB.
- Estar basada en el uso sostenible de los recursos naturales y humanos regionales.
 - Promover una perspectiva a largo plazo y una estabilidad económica basada en la eficiencia, la diversidad y la equidad.
 - Ser “suaves” con la naturaleza y las personas, y respetar los conocimientos y las culturas tradicionales.
 - Valorizar las comunidades locales.
 - Promover oportunidades de crecimiento y empleo, así como el equilibrio entre consumo y producción.

Como podremos observar si el Parque Nacional Yasuní es una reserva biológica, al momento de explotar el campo ITT se violarían un sin número de estas normas de carácter internacional.

3 CAPITULO III YASUNI ITT, GESTION DEL AREA PROTEGIDA, POLITICAS DE CONSERVACION, ACCIONES ANTE UN POSIBLE DAÑO.

3.1 Antecedentes Históricos

El Parque Nacional Yasuní es un parque nacional ecuatoriano que se extiende sobre un área de 9820 kilómetros cuadrados en las provincias de Pastaza, de Napo y Orellana entre el río Napo y el río Curaray en plena cuenca amazónica a unos 250 kilómetros al sureste de Quito. El parque, fundamentalmente selvático, fue designado por la UNESCO en 1989 como una reserva de la biosfera y es parte del territorio donde se encuentra ubicado el pueblo Huaorani. Dos facciones huao, los tagaeri y taromenane, son grupos no contactados.

La página web del Gobierno de Orellana www.orellana.gov.ec nos da una explicación breve del clima y de las especies que existen en la región y en la cual no deseamos profundizar debido a si lo haría de esta manera la presente investigación perdería el carácter jurídico y se convertiría en un estudio meramente ambiental de esta manera analicemos la siguiente información.

3.2 Políticas de conservación del Área Protegida

Para llegar al Parque Nacional Yasuní desde Quito por vía terrestre se lo hace, siguiendo la carretera Quito-Baeza-Loreto-Coca pero para ingresar a este parque es necesario contactar con una operadora turística local o nacional, que se encargará de realizar los permisos correspondientes para el ingreso al parque y que deberá de proveer la logística necesaria para la travesía. En los territorios del parque no se permite la recolección de plantas o captura de animales; los trabajos de investigación científica requieren de permisos especiales por parte del Ministerio del Ambiente.

La facultad para pedir estos permisos lo encontraremos en la Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, publicado en el Registro Oficial, Edición Especial No. 2 de 31 de marzo del 2003 y reformada el Miércoles, 1 de diciembre del 2004 y publicada en el Registro Oficial No. 473.

Básicamente los permisos se dan para la investigación científica, en lo que respecta al ITT lo debe tratar con la Comisión Nacional de Bioseguridad conformada por nueve autoridades del gobierno central, y quienes son lo que autorizaran los permisos para el grupo científico que entre a realizar investigaciones a este sitio debido a que la parte que observamos en el mapa del territorio Huaorani es intangible, pero este mismo principio no se lo aplicaría al momento de que las empresa petroleras empiecen a realizar los estudios de para proceder con la extracción del crudo en este territorio debido a que ya está comprobado que en este territorio existe una de las más grandes reserva de crudo que serían muy beneficios para nuestro país.

3.3 Marco Jurídico – Institucional

En este ámbito geográfico intervienen instituciones tanto del Sector Público como Privado, cumpliendo funciones relacionadas básicamente con, la gestión de recursos naturales, la construcción de infraestructura y el desarrollo de servicios públicos mínimos. Entre éstas las que actualmente tienen presencia son:

El Ejército y la Misión Capuchina que intervienen desde hace mucho tiempo atrás en el desarrollo de servicios de salud y educación.

Los Ministerios de Ambiente administran los recursos más representativos de esta área: el patrimonio natural y forestal y de hidrocarburos, respectivamente.

El Instituto para el Ecodesarrollo de la Región Amazónica ECORAE (1.992), que administra del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico (Ley 010) y que a través de los Gobiernos Seccionales financia pequeñas obras de infraestructura básica y equipamiento comunitario en las Parroquias del sector.

Las entidades privadas que promueven y ejecutan proyectos de apoyo a la gestión ambiental y el desarrollo de las comunidades como: el Fondo Ecuatoriano para el Progreso de los Pueblos (FEPP) y las Unidades de Desarrollo Comunitario constituidas por las Empresas Petroleras que operan en un controvertido marco de asistencia a las poblaciones indígenas, como compensación por los impactos socio ambientales producidas por la explotación del petróleo.

Finalmente, las organizaciones indígenas FCUANAE (Federación de Comunas Unión de Nativos de la Amazonía Ecuatoriana) y ONHAE (ORGANIZACIÓN DE NACIONALIDAD HUAORANI) que representan los intereses de las comunidades quichua y Huaorani, respectivamente y que constituyen actores sociales decisivos en el lugar.

3.4 La Gestión Ambiental en el Yasuni

Para concluir el presente capítulo es necesario hacer referencia a los diversos orígenes que han producido derrames de crudo en nuestro país esto ha ocurrido por tres factores básicamente, las catástrofes naturales, fallas técnicas y por la intervención del hombre. Por ejemplo el 3 de noviembre del 2002, el volcán Reventador destruyó 870 metros del OCP después de una erupción y más tarde todos recordaremos el derrame que sufrió la laguna de Papallacta la misma que provee hasta la actualidad el suministro de agua de la ciudad de Quito.

La más reciente es la falla de la compuerta en la refinería de Esmeraldas que produjo el derrame de fuel oil hacia los ríos Teañe y Esmeraldas, produciendo otro derrame para nuestra historia.

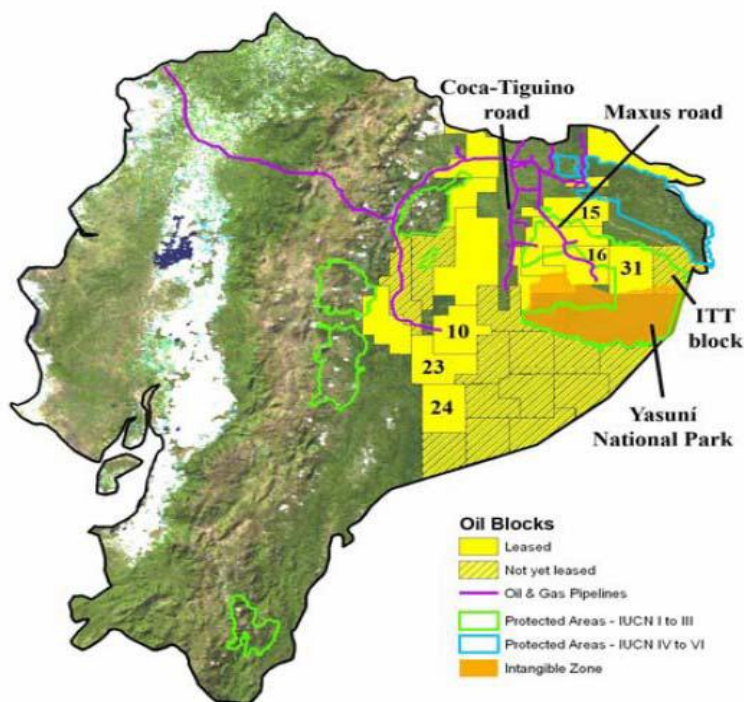
Otras han sido producidas por malos ciudadanos que en su afán de obtener combustible gratis han perforado los tubos que transportan crudo pesado o algún derivado sin refinar; pero el peor de ellos es cuando los gobiernos no se han preocupado por mantener a su población en un ambiente sano y lejos de los derrames que han dejado secuelas hasta el día de hoy ese es el evidente caso de TEXACO en el Ecuador, después de haber explotado nuestros recursos naturales, contaminado nuestro suelo y haber producido enfermedades mortales para sus habitantes como es el cáncer o malas formaciones en sus hijos, no es posible que no existan sanciones para esta empresa responsable de una gran catástrofe ambiental en el Ecuador. Más aun cuando se reformó la Ley de Hidrocarburos fue reformada según y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 244 - Martes 27 de Julio de 2010 y se dejó de la lado los

contratos de participación en la que las empresas petroleras eran las responsables por los daños ambientales, al norma actual hace responsable al estado ya que las empresa tan solo prestaran sus servicios para la extracción de crudo y se pagara una tarifca única.

No podemos negar que si algún día se llegara a explotar el ITT, no podemos ser ingenuos y negar la posibilidad de un derrame porque de una u otra manera se producirá un impacto ambiental dentro del Parque Nacional Yasuní, conjuntamente con la Reserva faunística Cuyabeno, que no se encuentra muy lejos de este sector pero como manifesté anteriormente este sector será afecta indirectamente.

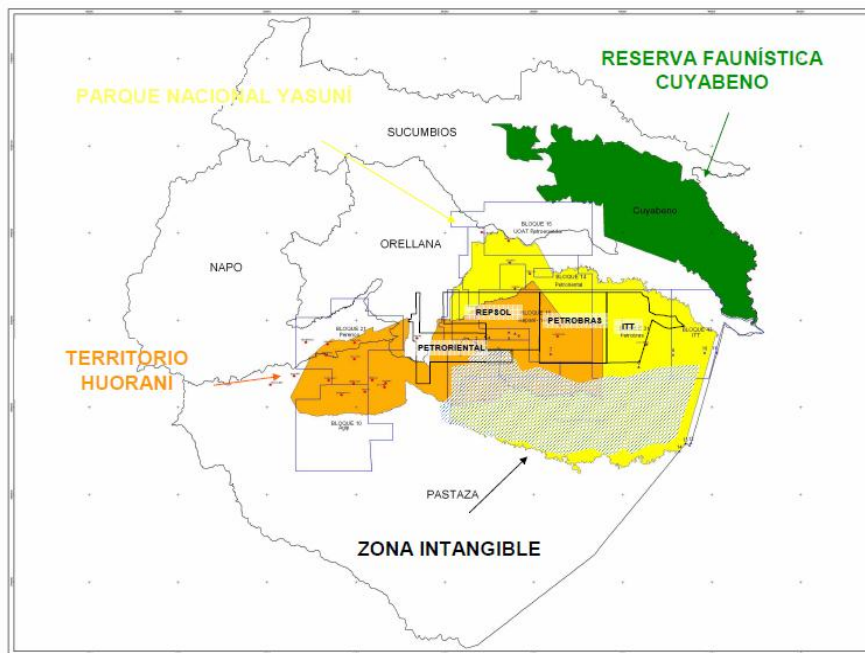
A continuación mostramos dos recuadros en el primero indica la ubicación de los pozos petroleros y el segundo no muestra la ubicación de las aéreas naturales que van a ser afectadas.

GRÁFICO 3. Yacimientos petroleros divida en campos



Fuente: www.lyonia.org

GRÁFICO 4. Áreas protegidas y territorio intangible Huao Tagaeri, Taromenane



Fuente: www.lyonia.org

Como pudimos observar en las dos graficas anteriores los pozos que ya poseen reservas petroleras probadas para la explotación, en el que podemos observar claramente el bloque quince (15) que es el Tiputini que se encuentra entre del Parque Nacional Yasuní y la Reserva faunística Cuyabeno, bloque que ha tenido gran intención de ser explotado por varios gobiernos, pero el cual necesita de una gran inversión en infraestructura, razón por la que aún no ha sido explotado.

3.5 Percepción de los actores estratégicos según la crisis de Gestión Ambiental en el Yasuní

Nuestro gobierno ha propuesto un tema interesante para poder mantener nuestro crudo bajo tierra, también conocida como la inicie Yasuní ITT, que la podemos analizar de mejor manera ya que el mismo documento se encuentra publicado en la paginas web del Ministerio del Ambiente, asi como en el

Ministerio de Relaciones exteriores, que fue lanzada a la comunidad internacional el 5 de junio de 2007

En los campos ITT existen 320 millones de barriles, equivalentes a 1.600 millones de dólares. La propuesta del Gobierno central es recibir el 50 % del valor que obtendría si se desarrolla el campo, esto sería 350 millones por año. Sin embargo el Estado recibiría este dinero solamente a partir del sexto año y durante 10 años, a partir de allí, el ingreso bajaría rápidamente. Si se establece un fondo de capitalización y se recupera en dinero inmediatamente, se necesitaría solamente 1.600 millones de dólares.

Por otra parte hasta hora no hay cifras reales, ni tampoco el dinero existe físicamente todo a llegado acuerdos pues así lo manifestó el ex miembro de la mesa negociadora Roque Sevilla ratifico que para el 10 de Diciembre del 2009 expuso al presidente un informe concreto de los países que apoyaban la iniciativa. Alemania, España y Bélgica con un total de 1.232 millones de dólares y posibles contribuciones de Francia y Suecia por 532 millones, lo que representaba un 49% de los 3500 que se debería alcanzar hasta el 31 de Diciembre del 2010 para no explotar el Yasuni pero por discrepancias entre el gobierno y la mesa negociadora no se logró mayor acción.

Analizando el documento que está a conocimiento del mundo entero el modelo Yasuní – ITT propone básicamente mantener cerca de mil millones de barriles de petróleo pesado del proyecto petrolero ITT en el subsuelo, a cambio de una compensación internacional que alcance al menos el cincuenta por ciento de lo que el Ecuador percibiría en caso de que estas reservas fueran explotadas.

Ecuador ofrece a los países industrializados la oportunidad de reducir sus emisiones de carbono contribuyendo, al mismo tiempo, a la conservación de una de las regiones con mayor biodiversidad del mundo. El modelo Yasuní-ITT tiene el potencial de reducir emisiones a nivel global, identificando oportunidades de cooperación con otros países; organismos internacionales y sociedad civil. De implementarse el modelo, este pequeño pedazo del mundo será el símbolo de la necesidad de una transición energética mundial.

La propuesta está acompañada por la creación de un Fondo Yasuní-ITT dirigido a cumplir con los fines y prioridades del Estado ecuatoriano, definidos en el Plan de Desarrollo del gobierno nacional. Estas actividades incluirían el desarrollo de alternativas a la explotación petrolera en zonas sensibles, la reducción de los impactos del cambio climático, la diversificación de las fuentes de energía, la promoción de nuevas fuentes energéticas como la solar, eólica y geotérmica. El Fondo Yasuní-ITT se compromete con el desarrollo de capacidades e inversiones en turismo sostenible y la aplicación de una agenda de reparación integral de daños ambientales que incluye salud, educación y remediación ambiental propiamente dicha.

El procedimiento consiste en que el Estado emita bonos por el crudo que permanecerá “in situ”, con el doble compromiso de no extraer nunca ese crudo y de proteger el Parque Nacional Yasuní.

El mismo documento habla de contribuir con la disminución de la emisión de gases invernadero según lo manifiesta el Tratado de Kioto para lo cual el documento se refiere a este problema de la siguiente manera “La iniciativa plantea el compromiso de no explotar 846 millones de barriles de reservas probadas de crudo pesado¹⁰ y así evitar la emisión de 407 millones de toneladas métricas de CO₂ provenientes de la quema de combustibles fósiles.”⁴⁵

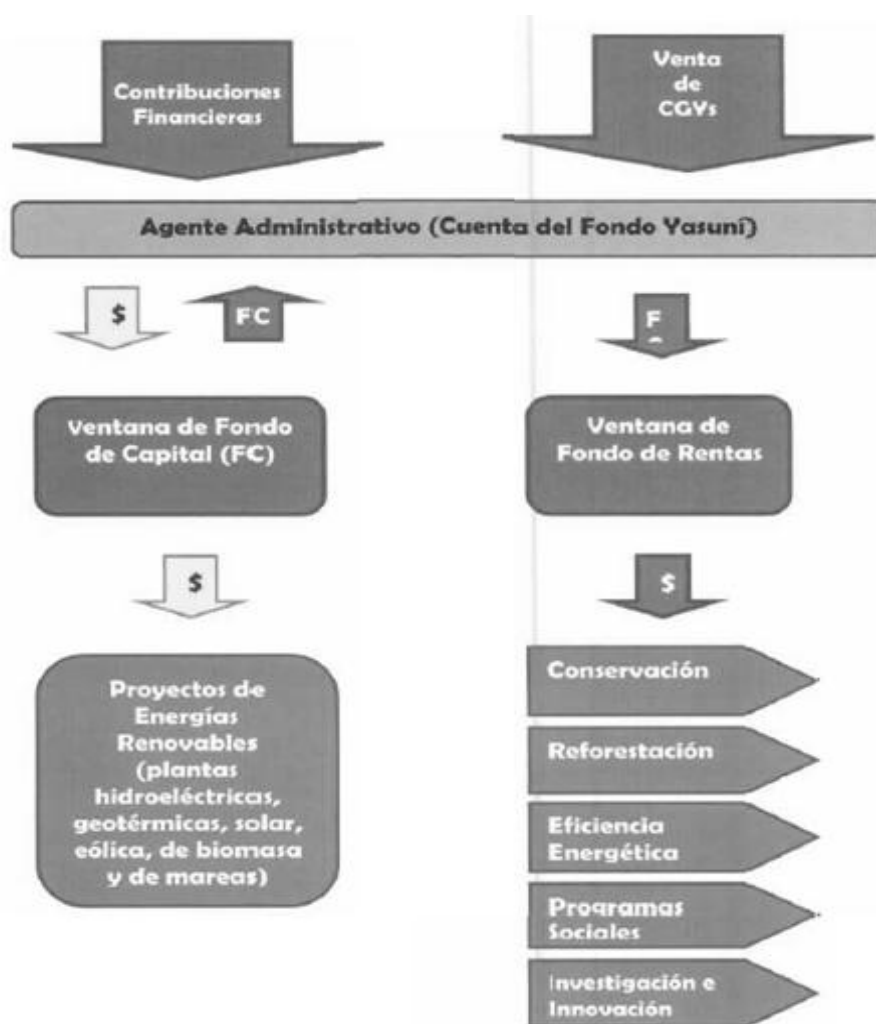
En el mismo documento también se analiza la importancia biológica y de la de los pueblos no contactados a través de un nuevo modelo económico que vela principalmente por sus ciudadanos, esto en base a las tendencias ideológicas del socialismo del siglo XXI.

La figura a utilizarse es el fideicomiso el cual fue firmado con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Con este dinero se financiara al gobierno nacional parte del Plan Nacional de Desarrollo en la parte ambiental en temas como:

⁴⁵ Documento la Iniciativa ITT, La Gran propuesta de un país pequeño, pág. 10. www.yasuni-itt.gob.ec

- Conservar y prevenir efectivamente la deforestación en 40 áreas protegidas continentales.
- Reforestación, forestación, regeneración natural y manejo apropiado de un millón de hectáreas de bosques.
- Energía renovable e incremento en la eficiencia energética nacional.
- Promover el desarrollo social en las zonas de influencia de las iniciativas.

GRÁFICO 5.⁴⁶ Estructura del Fideicomiso



Fuente: www.presidencia.gov.ec

⁴⁶ (Visitado en 4/11/2010 www.presidencia.gov.ec)

Las distintas categorías de acuerdo con las normas legales de la gestión y la estructura de la del Parque Nacional Yasuní están en intercalación y no sólo incluye diferentes enfoques en la materia, sino que permite también contradicciones entre algunos de su contenido. En este sentido, la iniciativa, proporcionada es un mecanismo de protección para un pequeña parte del Parque Nacional Yasuní, el ITT, y representa una adicional de categoría en las políticas de conservación del Estado ecuatoriano.

El documento busca llegar a la comunidad internacional, pero a través de la red podemos evidenciar que tiene grande opositores ya que muchos manifiestan que es utópico creer que la comunidad internacional entregue tan alta cifra de dinero, y que el Ecuador no puede garantizar que no explote el ITT, a través de la emisión de bonos del Estado y que tarde o temprano primaran los interese económicos y el crudo que se encuentra debajo del Yasuní será extraído por algún Gobierno de turno.

Además la Comunidad Internacional no ha reaccionado como lo esperaba el gobierno por lo que se realizó una campaña cívica a favor del Yasuní, el Domingo 20 de Noviembre de 2011 dentro de nuestro país; específicamente en el parque del arbolito en la que se presentaron artistas y se subastaron articulo de personajes famosos como una camiseta del jugador de futbol Cristiano Ronaldo, y en la que apenas se recaudó 2, 8 millones de dólares. Lo que es insuficiente para llegar a la cifra que se desea para no explotar el crudo en el Parque Nacional Yasuní y cabe hacerse la siguiente pregunta:

¿Qué sucede sino se logra la meta planteada; que sucederá con todo ese dinero recolectado? ¡Solo el tiempo lo dirá!

3.6 Compañías de petróleo interesadas en la extracción en el Yasuní bloque ITT

El Estado es el principal interlocutor de las compañías petroleras, a través del Ministerio de Energía y Petróleo y el Ministerio de Ambiente.

El Estado ecuatoriano público celebra contratos con las empresas petroleras transnacionales. Pero siempre manteniendo todos los recursos naturales que se encuentran en la subsuelo como su propiedad eso es parte de su soberanía.

La opción⁴⁷B la ha presentado Petroecuador en donde al no cumplir la meta propuesta por la comunidad internacional se explotará el crudo en dos etapas: la primera -denominada de producción temprana- sería en el pozo Tiputini, de unos 33 millones de barriles.

Para esto se comenzó a realizar un ⁴⁸ESIA y un plan de manejo para la sísmica tridimensional de los campos Tiputini y Tambococha.

Sus respectivas divisiones Petrocomercial y Petroamazonas tienen gran interés en la extracción de los campos ITT. Como el gobierno no excluye formalmente una extracción, la compañía ha desarrollado un plan para la perforación de estos campos de petróleo de conformidad con tecnologías de vanguardia con el fin de mantener el impacto ecológico lo más pequeño posible. Debido a la alta viscosidad del petróleo crudo, el principal dificultad consiste precisamente en el transporte del petróleo. Varias opciones existen, pero todos ellos implican altos costos adicionales con el fin de diluir el aceite crudo.

47

(Visitado 2/1/2011 en: www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias:120960)

⁴⁸El Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) es un informe técnico multidisciplinario, que contiene la identificación, evaluación y descripción de los impactos ambientales y riesgos generados por la implementación del proyecto, los mismos que son resultantes de las actividades del proyecto, los componentes ambientales, situaciones operacionales y situaciones laborales. Describir los procesos, tecnologías, diseño y operación, y otros que se hayan considerado, para reducir los impactos ambientales negativos cuando corresponda. Reglamento Sustitutivo del

Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador Decreto No. 1215, publicado en el Registro Oficial No. 265 de 13 de Febrero de 2001

Por otra parte, la construcción de una tubería pequeña de 78 kilómetros se prevé entre Tiputini y Edén Yuturi, desde donde el crudo sería transportado a través de los gasoductos existentes SOTE y OCP⁴⁹.

El proceso de producción es el siguiente: al final del tercer año de la producción habría alcanzado aproximadamente 8.000 barriles por día y luego aumentar hasta 44'000 barriles por día durante el quinto año. Por último en el sexto año, un punto de estabilización a 103'000 barriles diarios se alcanzaría, lo cual puede luego se mantuvo durante trece años, siguiendo las estimaciones de Petroamazonas.

3.7 Restauración del área ante un posible Daño Ambiental en el Yasuní bloque ITT

Al darse el fallo en la propuesta ITT y si se da impulso al posible plan B lo que estaría por suceder como el Estado Ecuatoriano podría lograr recompensar la pérdida de miles de especies madereras y de especies animales que se perderían. El por qué resarcir los daños que se podrían dar en el Yasuni bloque ITT radica en que el ambiente es un bien jurídicamente tutelado muy independiente del ser humano. Para esto se debería saber la magnitud del daño pero en el caso de vida verde como llegamos a dar un resultado en dinero. Y para poder tener una idea del resarcimiento se debe llevar a las especies al estado que tenían antes de darse el siniestro.

Para esto se debe dar un orden de restauración de la siguiente manera ya que son especies ambientales puras:

1. Reparación en naturaleza (in natura): lleva al bien dañado al estado que se encontraba antes del daño. El tipo de reparación en naturaleza está compuesto por el siguiente principio ⁵⁰*“el resarcimiento, que consiste en*

⁴⁹ Principales notas del proyecto ITT y la iniciativa para mantener el crudo en tierra. Escenarios que enfrenta el PNY organized by FLACSO in Francisco de Orellana, 27.03.09.

⁵⁰ Huchinson, Tomas. El Daño Ambiental, Tomo II, Buenos Aires 1999, pág. 143.

compensar a la víctima mediante un equivalente pecuniario” y el segundo “restablecer la situación material que hubiera existido de no haber sucedido el hecho dañoso. La primera consiste en una obligación de dar; la última de hacer, pues obliga a crear un estado de cosas que en ese momento no existía o destruir lo que se ha realizado contraviniendo una obligación de no hacer”.

2. Reparación en especie:⁵¹ Consiste en colocar un elemento igual y del mismo valor y condición, que el bien dañado. Al darse este tipo de reparación debemos tomar en cuenta que no solo es la especie la que se ha perdido sino que todo un ecosistema está lacerado ya que al desaparecer un componente de él se rompe el equilibrio del ecosistema y todo es caos.

3. Reparación monetaria.

Este tipo de reparación nos da la opción de elegir la manera de contribuir al medio dañado para su recuperación. Una de las formas sería en proyectos ambientales lo cual se podría aplicar en caso de que se llegara a explotar el ITT.

El dinero que después de hacer todo el proceso para determinar el monto por los daños ocasionados podría dirigirse a proyectos para mejorar la calidad de vida de las comunidades que radican ahí.

El monto adeudado lo señala el juez competente como lo señala el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental dispone que: “...[...]el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados...[...]..”

⁵¹ (VISITADO EN: 4/01/2011 www.idard.org.do/capacitación/1erDiplomado)

3.8 Acciones colectivas para el resarcimiento de los Daños

El propósito de los procesos colectivos son de llegar a promover una compensación a aquellos sujetos que han sido afectados a raíz de algún daño producido al ambiente, mediante la restauración parcial o total del área afectada.

El que se obliga llamado infractor es el que tiene que reparar el daño provocado, este tendrá que modificar las actividades que resultan perjudiciales al bienestar colectivo, hasta el punto de que los gastos provenientes de las actividades realizadas sea menor al monto que tendría que cubrir como producto de las sanciones impuestas por rebasar los límites establecidos en la legislación aplicable.

Para esto se debe responsabilizar al infractor, por los daños que haya causado. Si quienes contaminan se ven obligados a financiar los costos de las lesiones al ambiente, reducirán sus niveles de contaminación, hasta el punto en que el costo adicional de la descontaminación resulte inferior al valor de la indemnización que habría tenido que realizar.

Las acciones colectivas permiten la prevención de los daños y la total compensación económica.

La acción de defensa debe estar a cargo de una colectividad no y no solo de uno de los que fueron víctimas del daño.

Al tratarse de bienes colectivos que componen el ambiente, y por no haber patrimonio individual que pueda apropiarlos, se da primordial atención a que se privilegie la reparación en especie sobre la indemnización pecuniaria, constituye otra de las evoluciones del moderno derecho en relación con los daños ambientales.

La sociedad está en todo su derecho de demandar lo que es justo frente a cualquier entidad tanto pública como privada ya que es un derecho que esta tiene.

En los casos ambientales no existe satisfacción completa del resarcimiento del daño ya que como puede ser posible que aunque se dé un proceso colectivo donde toda una comunidad participe por un interés común, y llegando a una sentencia satisfactoria para la parte afectada como se puede devolver la flora, fauna y ambiente saludable que se perdió.

La defensa subjetiva e individual de un derecho es ineficaz a causa de los elevados costos del proceso por lo cual se hace factible la utilización de este tipo de procesos ya que Sin la acción colectiva se verifica una grave lesión al derecho de acceso a la justicia.

4 CAPITULO IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

La protección del ambiente es una garantía constitucional, ya que el Estado está obligado a preservar el ambiente, problema que a todos nos afecta como colectividad y cualquier ciudadano debe tener el Derecho de demandar, la reparación del daño al Estado, cuando se le afecte su ambiente.

Porque al afectarlo está atentando contra su salud y contra el desarrollo de un ambiente sano, al cual tiene Derecho por ser parte del entorno.

Actualmente, la protección al ambiente, se ha convertido en una preocupación del Estado a partir de que se observó que se deterioraban los ecosistemas con el peligro de amenazar la presencia de todo ser vivo en la tierra, esta preocupación que primero se presentó a nivel de los Organismos Internacionales, se fue incorporando en tratados y convenciones internacionales.

El Derecho ambiental ha tenido que incorporar aspectos novedosos como son los relativos a proteger el ambiente como bien jurídicamente tutelado y como un Derecho humano de la más reciente generación.

Existe distintos tipos de responsabilidad pero esta sin lugar a dudas es una de las más representativas en todos los ámbitos y acarrea consecuencias de carácter coercitivo, por cada acción u omisión existe una consecuencia que pide una sanción, multa o pena dependiendo del caso que se presente

Es decir debe haber un resarcimiento si se incurrido a una falta en sus obligaciones.

El detrimento causado por todos los procesos realizados en la Amazonia Ecuatoriana no es fácil de cuantificar pero debería hacerse un resarcimiento a las comunidades y a la sociedad y sobre todo al medio afectado ya que nuestro derecho a un ecosistema saludable está siendo vulnerado por el

Estado el cual pensando en el ánimo de ganancia no reconsidera la posibilidad de la existencia de otras maneras del lucro que no se basan en la simple extracción.

Aunque se han hecho propuestas en el ITT para no extraer este territorio no han tenido la acogida prevista y más aun la voluntad de exponerla ante el mundo. Si bien es cierto que el estado está en plena soberanía de administrar su territorio a su arbitrio nosotros como parte de él tenemos voz y voto de las decisiones que afecten nuestro patrimonio. El estado deberá considerar de acuerdo a un análisis profundo la mejor propuesta.

El hecho de que los campos petroleros ITT no serán explotados por la posibilidad de una compensación financiera que existe es muy criticable. El Presidente Correa vende esta iniciativa como una contribución de la nación ecuatoriana para la lucha contra el cambio climático, pero que sólo contribuirá si el estado recibe una compensación económica.

Las leyes de protección van desde la Constitución hasta reglamentos que buscan normar las actividades que se puedan realizar en nuestro territorio.

Los artículos que muestra la Constitución menciona que las entidades encargadas de realizar el control y el amparo del ambiente de nuestro país son varias demás nos son varias y todas hábiles para ejercer esta potestad lo que la hace eficiente. Lamentablemente en la práctica no se lleva a cabo ya que las instituciones nombradas aún no están en funcionamiento.

En el Yasuní por la infinidad de especies y lo que representa su ecosistema se debe tomar conciencia de que la perdida no es cuantificable monetariamente porque sería la cantidad demasiado alta que ni uniendo a toda la comunidad internacional se podría amortizar la deuda

El ambiente es visto como un sujeto que tiene derecho a ser respetado y mediante el amparo de instituciones dedicadas a su manejo tienen la responsabilidad de tutelarlos de una manera adecuada buscando lo que a él le beneficia mas no lo que le conviene.

4.2 Recomendaciones

1.- Es deber del pueblo Ecuatoriano hacer valer los derechos enmarcados en la Constitución y en el caso de que se desee explotar el IIT dentro del Parque Nacional Yasuní debería realizarse una consulta en la Asamblea Nacional, después se debería realizar la respectiva consulta a la comunidad es decir en la provincias del Napo, Orellana, Pastaza y de esa forma evitar que se produzca un mayor daño ante las comunidades indígenas que habitan el sector de nuestra Amazonía.

2.- Es necesario que se haga respetar el territorio Intangible, ya que si se repite historias pasadas como la de TEXACO y de las otras petroleras que han afectado a los pueblos indígenas de manera directa al destruir sus territorios o indirecta cuando han perdido las costumbres propias, llegando a un mestizaje de costumbres por el encuentro con varios de los colonos que ingresen a realizar las diversas actividades petroleras. Como manifesté en el presente estudio⁵², en el caso de llegar a extinguir a esos pueblos que decidieron mantenerse aislados por su propia cuanta se podría contravenir el Art. 57 numeral 21 en el que se constituirá el delito de etnocidio, el mismo que aun no ha sido tipificado por nuestro código penal y el mismo que debería ser incluido en el proyecto que se encuentra en discusión en la Asamblea Nacional.

3.- Continuando con las reformas que debería tener nuestro Código Penal mi parecer es que se le debería dar su propia numeración a los delitos ambientales que en la actualidad se encuentran en varios literales y la misma debería ser ampliada para sancionar los delitos ambientales, pero esto implicaría un problema dentro del derecho penal por lo cual es necesario unificar las normas ambientales dentro de un solo cuerpo legal y tipificar las sanciones de quienes infrinjan las normas del código que estoy planteando.

En el momento de crear las diferentes normas ambientales es necesario que los legisladores tengan una conciencia social para poder conservar nuestro

⁵² Véase las páginas 96 y 97

territorio sin catástrofes ambiental, manteniendo la calidad de vida de sus habitantes.

4.- Dentro de la propuesta Yasuní ITT que plantea el gobierno creo que debería ampliarse la propuesta y no solo esperar que la comunidad internacional indemnice al Ecuador en dinero, también se podría pedir que la indemnización se lo haga con tecnologías que son tan necesarias para el desarrollo de nuestro país, con infraestructura como la creación de escuelas, hospitales y con personal extranjero que implemente nuevos conocimientos a nuestros profesionales; todo esto hasta llegar a cubrir el monto de las reservas de crudo que posee el ITT o por lo menos las que están dentro del Yasuní.

5.- Para finalizar podemos observar que la normativa actual protege las áreas naturales que se encuentran en riesgo, también existe la predisposición de nuestros gobernantes para la conservación del ambiente, pero es un hecho que tarde o temprano la necesidad económica será más grande que las ideas de conservación por lo que estoy segura que en algún momento la explotación de crudo será eminente y en el momento actual en que la tecnología está dando grandes avances; el pueblo ecuatoriano debe exigir que se usen las mejores técnicas y tecnologías para evitar los constantes problemas ambientales que genera la extracción de crudo en nuestro territorio.

Por otra parte debemos pensar en los pueblos no contactados de los territorios intangibles, que los mismos son seres humanos y que existen derechos universales que deben ser respetados por toda la humanidad pues es necesario mantener la calidad humana para nuestro semejantes así como para los millones de especies animales que habitan el Yasuní y con quienes compartimos nuestro planeta o acaso pretendemos crear selvas de cementos donde no crezca ninguna especie de vida más que la humana, por ello mi última recomendación es que se debe generar una conciencia ambiental entre las generaciones actuales para mantener un sitio en el que podamos vivir y desarrollar una convivencia entre todos los seres vivos de este mundo.

En el Ecuador debe haber un mayor ejercicio de las garantías constitucionales, se debe realizar Reformas legales o nuevas leyes que permitan que grupos afectados reclamen estos derechos constitucionales.

En nuestra legislación existe la norma que da pie a la restauración del ambiente por daños pero no señala las formas para realizarlo, ya que se piensa en indemnizar a las comunidades aledañas, más no en como resarcir el daño al sujeto ambiente.

Desde que se dio paso a la no extracción de los campos ITT es fundamental maximizar la inclusión de los actores en el proceso de toma de decisiones. Un fuerte desempeño del estado es particularmente indispensable cuando se trata de decisiones con una repercusión en el nivel internacional.

Es muy importante que se mantenga la iniciativa de no extraer el ITT ya que no solo es de vital trascendencia para la misma iniciativa sino también para las futuras prioridades de la Estado, en relación con sus políticas de conservación. Por lo tanto, el gobierno de Correa a defender su "verde" condena sólo en la medida habrá algún tipo de financiación por los países industrializados.

BIBLIOGRAFÍA

- Abya-Yala .2007a, El Precio del Petróleo. Conflictos socio-ambientales y Gobernabilidad en la Región Amazónica, , Quito.
- Abya-Yala Derechos de la naturaleza: el futuro es ahora. Quito. 2009. 122 p.
- Acuña Anzore Carlos Santiago. “El Concepto de Responsabilidad”.
- Aguilar Castro, Wladimir. ambiente y derechos indígenas en la agenda política internacional. Quito: FIEB. 1999. 146 p.
- Aguirre, Manuel Agustín, LECCIONES DE MARXISMO O SOCIALISMO CIENTÍFICO, Volumen II, Imprenta de la Universidad. (Quito-1963).
- Andaluz, Antonio Derecho ambiental: propuestas y ensayos. Lima: Proterra: Centro para Nuestro Futuro común: Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. 1990. 218 p.
- Andrade Mendoza Karen. La gobernanza ambiental en el Ecuador: El conflicto alrededor de la licencia Ambiental en bloque 31, en el parque nacional Yasuní. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Observatorio Socio Ambiental Documento de Trabajo NO 005. Quito, Marzo de 2008.
- *Áreas naturales protegidas*. Lima: Pro Naturaleza. 1997. 113 p.
- Becerra Manuel. “Derecho Internacional Público”. Ed. UNAM. México., 1991
- Berraondo López, Miguel-Betancor Rodríguez, Andrés. Instituciones de derecho ambiental .Madrid: La Ley. 2001. 1517 p.
- Bofia Boggero, Luis María., “Enciclopedia Jurídica Omeba” tomo XXIV. Ed. Driskill S.A. Buenos Aires 1979.
- Borja Cevallos Rodrigo, DERECHO POLÍTICO CONSTITUCIONAL, Editorial Casa De La Cultura Ecuatoriana. Quito. 1964.
- BORJA Ernesto Eduardo. “Enciclopedia Jurídica Ameba”. Ed. Dskill. Buenos Aires. 2000

- Borja Y Borja Ramiro, Teoría General del Derecho y del Estado. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1977.
- Brañes Ballesteros, Raúl. "Manual de Derecho Ambiental Mexicano". Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1994.
- BRAÑES, Raúl, "Las Fuentes del Derecho Ambiental, Manual de Derecho Ambiental
- Burbano Portilla, Edison. Estado de Derecho. 1º edición. Editorial Quipus, Ciespal. Quito-Ecuador. 2005.
- Bustos Ayoví, Fernando. Manual de gestión y control ambiental .[Quito]: RECAI. 2007. 568 p.
- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico, Argentina, Ed.Heliasta, 1982.
- Canosa Usera, Raúl. *Constitucionalización del Ambiente*. S.N: DYKINSON. 2000. p. 22 - 41
- Cárdenas, Carla, Acceso a la justicia ambiental. Quito: CEDA. 2006. 48 p
- CASTRO ESTRADA, Álvaro. "Responsabilidad Patrimonial del Estado" Ed. Porrúa. 2ª ed. México 2000.
- Catálogo de la legislación ambiental vigente en América Latina y el Caribe.México, D.F.: PNUMA. 1996. 562 p.
- Científicos Preocupados por Yasuní. 2004. Informe Técnico Consultivo: La Biodiversidad del Parque Nacional Yasuní, su importancia para la conservación, el impacto de las carreteras dentro del mismo y nuestra posición.
- CISNEROS P., 2007, Gobernanza ambiental, conservación y conflicto en el parque nacional Yasuní, FONTAINE G. and PUYANA A., La guerra del fuego: Políticas petroleras y crisis energética en América Latina, FLACSO, Quito, Ecuador, pp. 239 – 25
- Código Civil Ecuatoriano
- Constitución de la República del Ecuador, 2008
- CRUZ C. (2001). "Gobernabilidad y 'governance' democráticas: El confuso y no siempre evidente vínculo conceptual e institucional",

- DHIAL, 23. Barcelona: Instituto Internacional de Governabilitat de Catalunya.
- DE PINA Rafael. “Diccionario de Derecho”.
 - Diccionario Filosófico Abraham Gutiérrez
 - Ecología y Derecho. Quito: FESO. 1988. 358 p.
 - El derecho medio ambiental de los pueblos indígenas: la situación en la región amazónica. Quito, Ecuador: Abya-Yala. 2000. 140 p.
 - Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Omeba, Argentina, Vol. X,
 - Enríque m., Real B. (1992). Vida por Petróleo. El Caso del Parque Nacional Yasuní ante los Tribunales, Quito: Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Observatorio Socio Ambiental. Documento de Trabajo No 005. Quito, marzo de 2008.
 - Ferrero Costa, Raúl. Teoría del Estado. Lima-Perú. Fondo Editorial. Universidad de Lima. 2003.
 - FONTAINE G. y NARVÁEZ I. (eds), 2007, Yasuní en el Siglo XXI. El Estado Ecuatoriano y la Conservación de la Amazonía, FLACSO, Quito. FONTAINE G. y NARVÁEZ., 2007 .La Opinión Pública frente a la Extracción Petrolera en el Parque Yasuní. Yasuní en el Siglo XXI. El Estado Ecuatoriano y la Conservación de la Amazonía, FLACSO, Quito, pp. 229 – 277
 - Fontaine Guillaume (Ed.), 2003, Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador. 1. Las reglas de juego Quito, FLACSO, Sede Ecuador,
 - Fontaine Guillaume. (2005 a). “Micro conflictos ambientales y crisis de gobernabilidad en la Amazonía ecuatoriana”, Quito: Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales
 - Geigel Lope-Bello, Nelson. Derecho ambiental internacional. Caracas: Equinoccio. Ediciones de la Universidad Simón Bolívar: Fundación Polar. 1997. 287 p.
 - Gherzi, Carlos A. Daños al ecosistema y al ambiente: cuantificación económica del daño ambiental. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2004. 277 p.

- González Márquez, José Juan. La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina. México: PNUMA. 120 p.
- Gudynas, Eduardo. El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución.
- Hutchinson, Tomas. El Daño Ambiental, Tomo II, Buenos Aires 1999, pág. 143.
- Jimbicti Pandama, Teresa. El petróleo en la Región Amazónica: el bloque 24 y los derechos colectivos en la nacionalidad shuar. Quito: FLACSO - Sede Ecuador. 2004. 100 p.
- La responsabilidad por el daño ambiental .México D. F.: PNUMA. 1996. 672 p
- Legislación ambiental .Quito: 1999.
- Legislación y gestión ambiental en los países andinos.
- Ley de Gestión Ambiental
- Lima: Konrad Adenauer Stiftung: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano. 1997. 2 v.
- Mossetlturraspe, Jorge. Daño ambiental. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 1999. 2 V.
- NARVÁEZ QUIÑONES IVÁN, Derecho Ambiental y Sociología Ambiental, 2004.
- NARVÁEZ QUIÑONES IVÁN, Petróleo y Poder: el colapso de un lugar singular Yasuní, FLACSO, 2009.
- Narváez Quiñónez, Iván Derecho Ambiental y temas de sociología ambiental: (conflictos socio-ambientales en el sector extractivo: enfoque político). Quito: Editora Jurídica Cevallos. 2004. 520 p.
- Pereiro de Grigaravicius, María Delia. Daño ambiental ambiente urbano: un nuevo fenómeno económico en el siglo XXI Buenos Aires: La ley. 2001. 178p.
- Quito: Abya - Yala. 2009. 208 p.
- Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador Decreto No. 1215, publicado en el Registro Oficial No. 265 de 13 de Febrero de 2001

- Sentencia SU-747 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- TULAS
- www.acanomas.com
- www.cubasolar.cu/biblioteca/energia/Energia22/HTML/Articulo20.htm
- www.eclac.org/publicaciones/xml/8/10558/lcl1691e_1.pdf
- www.ecuadorinmediato.com
- www.idard.org.do/capacitacion/1erDiplomado