

CASO No. 1754-19-JP
SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El Center for Democratic and Environmental Rights (en adelante CDER) comparece ante la Corte Constitucional del Ecuador para presentar escrito de *amicus curiae* en el caso No. 1754-19-JP, seleccionado para el desarrollo de jurisprudencia vinculante, sobre derechos de la naturaleza.

SENTENCIA SELECCIONADA

La sentencia seleccionada se refiere al otorgamiento de licencia ambiental para el aprovechamiento del caudal del río Piatúa, sin haber adoptado medidas específicas para evitar impactos ambientales negativos a especies *amenazadas de extinción* que habitan el ecosistema ribereño.

CDER argumenta que, tal omisión, vulnera los derechos de la naturaleza por el incumplimiento del *mandato constitucional de protección reforzada* para evitar la extinción de especies silvestres. Este mandato constitucional está previsto por el artículo 73 de la norma suprema.

CDER también argumenta que, desde el derecho constitucional, este caso se enmarca en los derechos de la naturaleza a través del concepto de *caudal ecológico*; y, plantea la no realización de proyectos de generación eléctrica, como medida constitucional restrictiva, en ríos que son hábitat de especies amenazadas de extinción.

ASPECTOS CONSTITUCIONALES

A partir de estos antecedentes, este escrito de *amicus curiae* se referirá a:

- Mandato de protección estatal de la vida silvestre y derechos de la naturaleza.
- Evaluación de impacto ambiental, énfasis preventivo del derecho ambiental y derechos de la naturaleza.
- Agua, caudal ecológico y derechos de la naturaleza.
- El deber judicial de garantizar los derechos de la naturaleza.
- *Amicus Curiae* y los derechos de la naturaleza.

MANDATO DE PROTECCIÓN DE LA VIDA SILVESTRE Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

Normativa vigente

La Constitución de la República del Ecuador declara a la protección del patrimonio natural como un deber *primordial* del Estado¹. Este deber abarca las áreas naturales protegidas², los ecosistemas frágiles³, el agua⁴; y, en general, la biodiversidad⁵. En este marco, la normativa *infra* constitucional establece un *mandato de protección*⁶ específico para las especies silvestres amenazadas de extinción:

“Todas las especies de vida silvestre están protegidas por el Estado. Las especies nativas, endémicas, amenazadas o migratorias tendrán un grado mayor de protección.

La Autoridad Ambiental Nacional identificará las especies o grupos de especies de vida silvestre sujetos a evaluación y determinación del grado de amenaza; así como establecerá los lineamientos y las medidas aplicables a su protección”⁷.

Esta *protección reforzada* para las especies amenazadas de extinción se sustenta en el objetivo estatal de conservación de la biodiversidad, previsto por el Código Orgánico del Ambiente⁸. Esta ley desarrolla el mandato constitucional de conservación de la biodiversidad⁹; y, además, establece la competencia estatal para regular, controlar y gestionar¹⁰ la conservación de la biodiversidad¹¹ en función “de la categoría de especies en extinción...”¹².

El marco normativo vigente refleja la importancia jurídica de las especies amenazadas de extinción, las que requieren de un *grado mayor de protección* por parte del Estado.

De allí que la Constitución de la República del Ecuador -en el marco de los derechos de la naturaleza- disponga la aplicación de medidas precautorias y hasta restrictivas para evitar su extinción¹³.

¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 3 numeral 7.

² Ibid. Artículo 397 numeral 4.

³ Ibid. Artículo 406.

⁴ Ibid. Artículo 411.

⁵ Ibid. Artículo 395 numeral 1.

⁶ Yarza, Fernando. Medio ambiente y derechos fundamentales. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2012. Página 35.

⁷ Reglamento al Código Orgánico del Ambiente. Artículo 87. El subrayado es nuestro.

⁸ Código Orgánico del Ambiente. Artículo 30 numeral 1.

⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 395 numeral 1 y 400.

¹⁰ Código Orgánico del Ambiente. Artículo 14.

¹¹ Ibid. Artículo 24 numeral 2.

¹² Ibid. Artículo 31.

¹³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 73.

Normativa histórica

El mandato de protección de la vida silvestre también estuvo previsto por la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre de 1981, vigente a la época en que fue otorgada la licencia ambiental:

“La flora y fauna silvestres son de dominio del Estado y corresponde al Ministerio del Ambiente su conservación, protección y administración...”¹⁴.

La Ley Forestal incluso requería una actuación preventiva para “evitar la eliminación de las especies de flora y fauna silvestres amenazadas o en proceso de extinción”¹⁵. La doctrina especializada de la época señalaba que esta protección debía ser asumida por el Estado “como una obligación imperativa y prioritaria”¹⁶.

En 1999 se expidió la Ley de Gestión Ambiental, que reguló la evaluación de impacto ambiental como instrumento de la gestión ambiental nacional¹⁷. El objeto de la evaluación de impacto ambiental refería a la determinación previa y obligatoria de la viabilidad ambiental de un proyecto, obra o actividad pública o privada.

En función del *equilibrio ecológico* previsto por la Constitución de 1998, la evaluación de impacto ambiental comprendía la estimación de los efectos causados a la biodiversidad, el agua y la estructura y función de los ecosistemas “presentes en el área previsiblemente afectada”¹⁸. Para garantizar el equilibrio ecológico en la gestión ambiental, el reglamento de esta ley precisó el ámbito de la evaluación del impacto ambiental, incluyendo a la fauna y su hábitat:

“Para la evaluación de impactos ambientales se observan las siguientes variables ambientales relevantes de los medios o matrices, entre estos: b) Biótico (flora, fauna y su hábitat)”¹⁹.

Sobre el equilibrio ecológico, la Corte Constitucional para el periodo de transición señaló:

“Resulta evidente que toda actividad humana y especialmente la que conlleva la ejecución de obras de magnitud, tiene un impacto ambiental, el mismo que debe ser mitigado, reducido y controlado, de tal manera que no afecte al equilibrio ecológico, enmarcándose dentro de una política de desarrollo sustentable...”²⁰.

¹⁴ Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre. Artículo 73

¹⁵ Ibid. Artículo 73 literal c).

¹⁶ Bucheli, Franklin. Normatividad para la Administración de Áreas Naturales Protegidas y la Biodiversidad Silvestre del Ecuador. INEFAN. Quito. 1999. Página 103.

¹⁷ Ley de Gestión Ambiental. Capítulo II, Título III.

¹⁸ Ibid. Glosario de definiciones.

¹⁹ Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria de Medio Ambiente. Libro VI. Artículo 28.

Cabe señalar que la normativa vigente también requiere un detalle del componente biótico en la evaluación de impacto ambiental – artículo 434 literal d) RCODA; y, además, el deber de “velar por la protección y conservación de los ecosistemas y sus componentes bióticos...” – artículo 190 CODA.

²⁰ Corte Constitucional para el periodo de transición. Tercera Sala. Resolución No. 1212-2007-RA. Registro Oficial Edición Especial No. 91. 07/01/2009.

Omisión del mandato de protección de la vida silvestre

El presente caso trata, precisamente, de la omisión estatal del *mandato de protección*. Al analizar la alegación relativa a la afectación del hábitat de flora y fauna silvestre, el tribunal de apelación señaló:

“...existen especies endémicas que vuelven a su lugar y están registradas en el libro rojo, además que en las riberas del río son más de 50 especies...en el plan de manejo ambiental...se identifican impactos sobre la alteración del hábitat como la eliminación de cobertura vegetal y alteración de paisaje, desplazamiento de la fauna terrestre...no observamos que la empresa haya realizado medidas específicas para el manejo de impactos a las especies que se encuentran en el libro rojo y que está anunciada en el EIA y plan de manejo, **considerando que esas especies tienen protección especial por parte del Estado, ya que están en peligro de extinción siendo una obligación de la autoridad ambiental nacional observarlo...**”²¹.

La legislación ecuatoriana estableció un mandato estatal de protección de la vida silvestre, desde los años ochenta. En los años noventa, este mandato se integró a la gestión ambiental, a través de la evaluación de impacto ambiental. Y, en la actualidad, se integra también a los derechos de la naturaleza, para evitar la extinción de especies silvestres. Este mandato de protección fue omitido al otorgar una licencia ambiental que no incluyó medidas específicas para proteger especies amenazadas de extinción.

EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, ÉNFASIS PREVENTIVO Y DERECHOS DE LA NATURALEZA

El presente caso examina el papel de la evaluación de impacto ambiental en el marco de los derechos de la naturaleza. En tal virtud, es necesario presentar las características de este instrumento de la gestión ambiental.

Evaluación de impacto ambiental

El Principio 17 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo establece:

“Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”²².

Este principio inspiró la Ley de Gestión Ambiental, norma que legisló sobre el estudio de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental, enfatizando su *carácter tuitivo*²³. Al respecto, el Tribunal Constitucional del Ecuador señaló:

²¹ Corte Provincial de Pastaza. Sala Multicompetente. Juicio No. 16281-2019-00422. La negrita es añadida.

²² Organización de Naciones Unidas. Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo. Río de Janeiro. 1992.

²³ Cabe señalar que el vigente CODA mantiene el esquema jurídico anotado: el *estudio* identifica el impacto y el *plan* establece acciones para manejarlo.

“El derecho ambiental se ha dicho es un subsistema normativo que regula o pone límites a las actividades humanas para proteger la naturaleza...En materia ambiental existen principios como el del carácter tutelador (tuitivo) de este derecho, así como su carácter preventivo y reparador más que represivo...

Una de las maneras de prevenir la producción del daño es mediante el conocimiento y valoración anticipada de los peligros y los riesgos, y este conocimiento y valoración se llevan a cabo mediante la evaluación adelantada de todo aquello que encierra peligros. Los principios de precaución y prevención se ponen en ejecución a través de los estudios de impacto ambiental que tienen como finalidad evitar la ocurrencia de daños ambientales.

El Estado Ecuatoriano establece como instrumento previo a la realización de actividades susceptibles de degradar o contaminar el ambiente, la obligación de que los interesados efectúen un Estudio de Impacto Ambiental y el respectivo programa de mitigación ambiental”²⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado la importancia de la evaluación de impacto ambiental; y, puntualmente, del estudio de impacto ambiental. En su Opinión Consultiva OC-23/17, la Corte señaló:

“Sin perjuicio de otras obligaciones que surjan del derecho internacional, esta Corte considera que, al determinarse que una actividad implica un riesgo de daño significativo, es obligatorio [*sic*] la realización de un estudio de impacto ambiental. Dicha determinación inicial, puede hacerse, por ejemplo, mediante un estudio inicial de impacto ambiental o porque la legislación interna o alguna otra norma precise actividades que obligatoriamente requieran la realización de un estudio de impacto ambiental...”²⁵.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los estudios de impacto ambiental constituyen una de las medidas estatales para cumplir con la *obligación de prevención*²⁶ de daño ambiental, bajo un estándar de debida diligencia:

“De igual manera, en virtud del deber de prevención en derecho ambiental, los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción causen daños significativos al medio ambiente (*supra* párrs. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** a **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**). Esta obligación debe cumplirse bajo un **estándar de debida diligencia, el cual debe ser el apropiado y proporcional** al grado de riesgo de daño ambiental. De esta forma, las medidas que un Estado deba adoptar para la conservación de ecosistemas frágiles serán mayores y distintas a las que corresponda adoptar frente al riesgo de daño ambiental de otros componentes del medio ambiente...”²⁷.

²⁴ Tribunal Constitucional. Tercera Sala. Resolución No. 187. Registro Oficial No. 357. 16/06/2004.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos. 15/11/2017. Párr. 160.

²⁶ Ibid. Párr. 141.

²⁷ Ibid. Párr. 142. La negrita es añadida.

Al tiempo de enfatizar la *idoneidad y proporcionalidad* en la prevención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también resaltó su importancia para la conservación de la biodiversidad, incluso determinando un “deber de prevenir efectos adversos importantes para la biodiversidad”²⁸, sustentado en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que establece:

“Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: a) Establecerá procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos y, cuando proceda, permitirá la participación del público en esos procedimientos”²⁹.

De allí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señale que el principio de prevención de daños ambientales “no solo abarca la tierra, el agua y la atmósfera, sino que incluye a la flora y la fauna”³⁰. Al efecto, la Corte se remitió a la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia, en el caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay:

“The Court is of the opinion that as part of their obligation to preserve the aquatic environment, the Parties have a duty to protect the fauna and flora of the river. The rules and measures which they have to adopt under Article 41 should also reflect their international under-takings in respect of biodiversity and habitat protection, in addition to the other standards on water quality and discharges of effluent”³¹.

Principios de evitación: prevención y precaución

Conforme ha señalado la Corte Interamericana, la evaluación de impacto ambiental se enmarca en el carácter preventivo del derecho ambiental. Esta disciplina jurídica, en efecto, se caracteriza por su énfasis preventivo, el que constituye su “piedra angular”³². PEÑA CHACÓN sostiene:

“La prevención es la regla de oro y piedra angular del derecho ambiental. Frente al daño nace la obligación de reparar; mientras que frente al riesgo existe la obligación de prevenir. Es primordial tener presente que, en materia ambiental, lo más razonable y beneficioso es prevenir, antes que recomponer o reparar el posible daño a las personas o al medio ambiente”³³.

El carácter preventivo del derecho ambiental informa los principios básicos de esta disciplina. La doctrina clasifica a los principios de prevención y precaución dentro de los llamados *principios de evitación*. BETANCOR señala:

²⁸ Ibid. Párr. 134.

²⁹ Convenio sobre la Diversidad Biológica. Artículo 14 numeral 1 literal a).

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Párr. 129.

³¹ Corte Internacional de Justicia. Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina vs Uruguay). Sentencia. 20/04/2010. Párr. 262.

³² Peña Chacón, Mario. Derecho ambiental efectivo [recurso electrónico]. Universidad de Costa Rica. San José. 2016. Página 29.

³³ Ibid.

“El daño ambiental ha de ser evitado; es más, la mejor manera de proteger la naturaleza es evitando que sea dañada. Esto obedece a que es muy difícil que el recurso dañado recupere su estado originario, o sea, el estado anterior a sufrir el daño. La importancia de alcanzar este no-resultado (ausencia de acto) explica que, al menos, dos principios básicos o estructurales del Derecho ambiental estén consagrados a promoverlo: los principios de prevención y de cautela o precaución”³⁴.

Estos principios son sustanciales para la interpretación judicial en materia ambiental. FALBO señala que el máximo tribunal argentino los ha conceptualizado como “el armazón estructural que informa todo el sistema del Derecho Ambiental”³⁵. Y, sobre su aplicación concreta en el marco de la gestión ambiental, este autor añade:

“...todo EIA queda estructurado por el armazón que construyen los principios ambientales, en todos sus aspectos, y en todo su recorrido: desde su principio a su fin, en la medida que en tanto tratarse de un procedimiento de Derecho Ambiental administrativo, está reglado -prevalentemente- por lo que los principios imponen. De tal forma los principios ambientales operan como las pautas centrales y fundamentales para interpretar cada uno de los elementos, trámites, enfoques, requisitos y metodologías del EIA”³⁶.

Principio de prevención

En el ordenamiento jurídico nacional, el principio de prevención tiene jerarquía constitucional³⁷ y abarca, específicamente, a la biodiversidad³⁸. En virtud de este principio, el Estado adoptará políticas y medidas *oportunas* “que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño”³⁹. De allí que la ley disponga:

“Las actividades que causen riesgos o impactos ambientales en el territorio nacional deberán velar por la protección y conservación de los ecosistemas y sus componentes bióticos y abióticos, de tal manera que estos impactos no afecten a las dinámicas de las poblaciones y la regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, o que impida su restauración”⁴⁰.

Esta disposición del Código Orgánico del Ambiente refleja un enfoque complementario, que articula este principio de derecho ambiental con los derechos constitucionales reconocidos a la naturaleza. Esta articulación se evidencia en la referencia legislativa a *ciclos, estructura, funciones y procesos*, que la Constitución ecuatoriana reconoce y garantiza a la naturaleza⁴¹.

³⁴ Betancor, Andrés. *Derecho Ambiental*. La Ley. Madrid. 2014. Página. 250.

³⁵ Falbo, Aníbal. “*La evaluación de impacto ambiental en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”. La Ley. 2021-A. No. 38. 19/02/2021. Thompson Reuters. Buenos Aires. Página 2.

³⁶ Ibid.

³⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 396.

³⁸ Ibid. Artículo 313.

³⁹ Ibid. Artículo 396.

⁴⁰ Código Orgánico del Ambiente. Artículo 190.

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 71.

Principio de precaución

En el ordenamiento jurídico nacional, el principio de precaución también tiene jerarquía constitucional⁴² y también abarca a la biodiversidad⁴³. En virtud de este principio, el Estado adoptará políticas y medidas *protectoras, eficaces y oportunas*, “en caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño”⁴⁴.

LORENZETTI afirma que la incertidumbre científica implica la imposibilidad de evaluar el riesgo con suficiente exactitud⁴⁵. Por eso CAFFERATTA sostiene que este principio constituye un “cambio de la lógica jurídica clásica”⁴⁶, porque se fundamenta en la duda y no en la certeza.

La diferencia entre el principio de precaución y el principio de prevención radica en la incertidumbre. Esto no sólo los diferencia, sino que los caracteriza como principios distintos, aunque complementarios⁴⁷. De allí que el Código Orgánico del Ambiente señale que el principio de precaución “reforzará al principio de prevención”⁴⁸.

BETANCOR califica a este principio como proactivo: la incertidumbre “no es excusa para no actuar”⁴⁹. La Constitución ecuatoriana, en efecto, lo configura como un principio proactivo, que se concreta en la adopción de medidas *oportunas*; pero, además, medidas *protectoras y eficaces*. En este sentido, la Constitución es conforme al Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo que llama a no postergar “la adopción de medidas *eficaces* en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”⁵⁰.

Por su compleja configuración, se discute sobre las medidas que aplican en casos específicos. Al respecto, la Corte Constitucional de transición se pronunció a favor de medidas restrictivas:

“...el principio de precaución proporciona una orientación para la gobernanza y la gestión ante la falta de certeza, esto es que la aplicación del principio de precaución implica restringir las actividades del ser humano”⁵¹.

El enfoque de la Corte Constitucional guarda conformidad con la norma suprema, que prevé la aplicación de *medidas precautorias y restrictivas* para las actividades que puedan

⁴² Ibid. Artículo 396.

⁴³ Ibid. Artículo 313.

⁴⁴ Ibid. Artículo 396.

⁴⁵ Lorenzetti, Ricardo. *Teoría del Derecho Ambiental*. Bogotá. Temis, 2011. Página 84.

⁴⁶ Cafferatta, Néstor. “Los principios y reglas del derecho ambiental”. *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales*. PNUMA, 2010. P. 50.

⁴⁷ Cafferatta, Néstor. “El principio de prevención en el derecho ambiental”. *Summa Ambiental*. Tomo I. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011. P.268.

⁴⁸ Código Orgánico del Ambiente. Artículo 9 numeral 7.

⁴⁹ Betancor, Andrés, *op. cit.* Página 272

⁵⁰ Organización de Naciones Unidas. Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Principio 15.

⁵¹ Corte Constitucional para el período de transición. Segunda Sala. Resolución No. 1369. Registro Oficial Suplemento No. 112. 27/03/2009.

conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales⁵².

El artículo 73 de la Constitución dispone al *Estado* la aplicación de *medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies*: de allí que la Corte Constitucional haya definido estas actividades como “de alto riesgo para el ambiente”⁵³.

Las medidas, además, son *mandatorias*, por lo que la Corte Constitucional ha precisado que su adopción constituye un “deber del Estado”⁵⁴. Estas medidas aplican para actividades que *puedan conducir a la extinción* de las especies. Es decir, no se requiere daño actual ni cierto para su aplicación, sino una *amenaza* de extinción.

Inaplicación de los principios de evitación

El presente caso trata, precisamente, sobre la inaplicación de los principios de evitación con fines de *protección reforzada* de especies en amenazadas de extinción. Al analizar la alegación relativa a la afectación del hábitat de flora y fauna silvestre, el tribunal de apelación señaló:

“...no existen medidas diferenciadas para la mitigación de impactos negativos hacia esas especies, siendo una falencia tanto de la empresa como de la autoridad nacional ambiental, puesto que en las primeras observaciones (aclaraciones) del MAE, manda a realizar esas medidas sobre una especie específica (nutria neotropical), dejando de lado las demás que están sujetas a protección especial y solo dispone realizar un análisis sobre los niveles de sensibilidad del área para los componentes de ornitofauna, herpetofauna, de esta obligación que debía subsanar la empresa se conforman con que hayan dicho que el impacto es manejable pero sin medidas concretas a favor de las especies antes mencionadas, vulnerando el artículo 71 de la Constitución en lo que corresponde al derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, ya que al no existir medidas de manejo de impacto esas especies se afectarán en su ciclo de vida, concomitante esto con el principio de precaución (artículo 396 inc. 2; y, 73 *ibídem*), donde en caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas...”⁵⁵.

La omisión del énfasis preventivo, en el marco de la gestión ambiental, vulnera los derechos de la naturaleza, por el incumplimiento del *mandato constitucional de protección reforzada* para evitar la extinción de especies silvestres, previsto por el artículo 73 de la norma suprema.

Este mandato de protección fue omitido al otorgar una licencia ambiental que no incluyó medidas específicas para proteger especies amenazadas de extinción.

⁵² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 73.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia No. 023-18-SIS-CC.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia No. 023-18-SIS-CC y Sentencia No. 034-18-SIN-CC.

⁵⁵ Corte Provincial de Pastaza. Sala Multicompetente. Juicio No. 16281-2019-00422.

AGUA, CAUDAL ECOLÓGICO Y DERECHOS DE LA NATURALEZA

Agua

Al estudiar el derecho constitucional al agua, Andrés Martínez señala que “la visión que tiene la norma fundamental ecuatoriana es eminentemente proteccionista y *pro* derechos de la naturaleza...”⁵⁶.

Visión proteccionista

La norma suprema incluye al agua en los sectores estratégicos estatales, que se gestionan “de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia”⁵⁷. La Constitución también dispone el manejo integral de los recursos hídricos, priorizando la sustentabilidad ecosistémica en el uso y aprovechamiento del agua⁵⁸. En consecuencia, la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua eleva la protección del agua al ámbito normativo de principio⁵⁹, que se concreta -entre otros- a través del caudal ecológico y las zonas de protección hídrica.

El objeto de esta ley es, por tanto, marcadamente proteccionista, lo que se ratifica en el modelo de gestión integrada e integral del agua, con enfoque ecosistémico; y, en el establecimiento de la corresponsabilidad estatal “en la protección, recuperación y conservación de las fuentes de agua”⁶⁰.

Visión pro derechos de la naturaleza

La norma suprema enmarca al agua en el régimen de desarrollo, que se rige por el deber estatal de garantizar los derechos de la naturaleza⁶¹. En consecuencia, el artículo 64 de la Ley señala:

“La naturaleza o Pacha Mama tiene derecho a la conservación de las aguas con sus propiedades como soporte esencial para todas las formas de vida. En la conservación del agua, la naturaleza tiene derecho a:

- a) La protección de sus fuentes, zonas de captación, regulación, recarga, afloramiento y cauces naturales de agua, en particular, nevados, glaciares, páramos, humedales y manglares;
- b) El mantenimiento del caudal ecológico como garantía de preservación de los ecosistemas y la biodiversidad;

⁵⁶ Martínez, Andrés. *El derecho al agua en el Ecuador. Un análisis desde la Ciencia Política y el Derecho Público*. Universidad de Cuenca. Cuenca. 2017. Página 22.

⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 313.

⁵⁸ *Ibid.* Artículo 411.

⁵⁹ Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua. Artículo 4 literal b).

⁶⁰ *Ibid.* Artículo 12.

⁶¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 277 numeral 1.

- c) La preservación de la dinámica natural del ciclo integral del agua o ciclo hidrológico;
- d) La protección de las cuencas hidrográficas y los ecosistemas de toda contaminación; y,
- e) La restauración y recuperación de los ecosistemas por efecto de los desequilibrios producidos por la contaminación de las aguas y la erosión de los suelos⁶².

Caudal ecológico

El caudal ecológico está legalmente definido como la cantidad y calidad de agua que se requiere para mantener un adecuado nivel de salud en el ecosistema⁶³. A tal fin, la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua establece la responsabilidad estatal y ciudadana de “respetar la cantidad y calidad requerida que proteja la biodiversidad y los ecosistemas aledaños”⁶⁴.

El marco normativo aplicable al caudal ecológico relievaa la importancia del ecosistema ribereño: de allí que la ley establezca *zonas de protección hídrica*⁶⁵, extendidas en cien metros a partir del cauce, con fines de prevención del deterioro de los ecosistemas asociados⁶⁶.

Enfoque ecosistémico

Como se observa, la ley desarrolla el enfoque constitucional del agua como “elemento vital de la naturaleza”⁶⁷, cuyo manejo debe ser *integral*: “El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico”⁶⁸. En este marco, la Constitución incluye a la gestión ambiental “para garantizar el manejo del agua con un *enfoque ecosistémico*”⁶⁹.

La doctrina especializada define al *enfoque ecosistémico* como una “estrategia para la gestión integrada de la tierra, el agua y los recursos vivos que promueve la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica en forma equitativa”⁷⁰. La Conferencia de la Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica integró esta definición al Derecho Internacional Ambiental:

“La gestión de los componentes vivos se considera al mismo tiempo que las consideraciones económicas y sociales al nivel de la organización del ecosistema,

⁶² Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua. Artículo 64.

⁶³ Ibid. Artículo 76.

⁶⁴ Ibid. Artículo 77.

⁶⁵ Ibid. Artículo 13.

⁶⁶ Reglamento a la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua. Artículo 63.

⁶⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 318.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua también señala que el agua es *elemento vital de la naturaleza*.

⁶⁸ Ibid. Artículo 411.

⁶⁹ Ibid. Artículo 412.

⁷⁰ Guerrero, Eduardo; De Keizer, Otto; Córdoba, Rocío. *La Aplicación del Enfoque Ecosistémico en la Gestión de los Recursos Hídricos*. UICN. Quito. 2006. Página 5.

no simplemente como foco alrededor del cual gira el manejo de especies y hábitats”⁷¹.

El enfoque ecosistémico relleva la adecuada gestión de los componentes vivos. En tal virtud, la norma suprema ecuatoriana prioriza la “sustentabilidad del ecosistema”⁷² por sobre el uso y aprovechamiento del agua.

Afectación del caudal ecológico del río Piatúa

El caso seleccionado se refiere, precisamente, a la garantía de los derechos de la naturaleza en la gestión integral del agua, enfatizando el mantenimiento del caudal ecológico para la preservación de los ecosistemas y la biodiversidad.

Al analizar la alegación relativa a la afectación del caudal del río Piatúa, el tribunal de apelación señaló:

“... al no contar con una precisión técnica por parte de la SENAGUA al momento de reformar la resolución de aprovechamiento del agua en favor de la empresa, se demuestra que el caudal ecológico puede verse afectado ya que existe un nivel muy diminuto entre el caudal medio, lo concedido para el aprovechamiento de la empresa y caudal ecológico, hecho que en épocas de estiaje puede afectar al río y su hazienda acuático... la autoridad única del Agua realizó su propio informe técnico que sirvió de base para otorgar el primer aprovechamiento el 16 de octubre del 2015, pero para reformar la resolución inicial el 12 de enero del 2016, no existió ningún informe para respaldar el cambio de la autorización de caudal de aprovechamiento, escudándose en un "error de cálculo", siendo ilógico ya que una de las condiciones para la autorización del aprovechamiento productivo del agua, es la "verificación de la existencia cierta del agua, en calidad y cantidad suficientes, sobre la base de la certificación de disponibilidad", condición que se encuentra descrita en el artículo 95 literal b de la Ley Orgánica de recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua, esa acción por parte de la SENAGUA condujo que **se ponga en riesgo el caudal ecológico del río Piatúa, esto conllevaría a que pueda existir un daño ambiental que bajo el principio de precaución es obligación del Estado y la sociedad evitarlo...**”⁷³.

Cabe señalar que la protección de agua también garantiza los derechos humanos. Esta articulación es resaltada en el reciente informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible:

“El presente informe se centra en los derechos humanos y en el Objetivo de Desarrollo Sostenible 6, que va mucho más allá del suministro universal de agua potable, el saneamiento y la higiene. Las metas del Objetivo 6 también se refieren al aumento de la calidad del agua a través de la disminución de la contaminación, el aumento de la eficiencia en el uso y la reducción de la escasez de agua, la gestión integrada de los recursos hídricos, la protección y el restablecimiento de los

⁷¹ Convenio sobre la Diversidad Biológica. Conferencia de las Partes. Decisión VII/11 <https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7748>

⁷² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 411, inciso segundo.

⁷³ Corte Provincial de Pastaza. Sala Multicompetente. Juicio No. 16281-2019-00422. La negrita es añadida.

ecosistemas relacionados con el agua, la cooperación internacional y el fomento de la capacidad, y la participación pública en la gestión de los recursos hídricos”⁷⁴.

La afectación del caudal ecológico no solamente vulnera el derecho humano al agua, sino también los derechos de la naturaleza por el incumplimiento de la garantía de preservación de la biodiversidad prevista por el artículo 64 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, ya que el río y su zona de protección constituyen el hábitat de especies amenazadas de extinción.

Esta garantía de preservación fue omitida al otorgar una licencia ambiental que no incluyó medidas específicas para proteger especies amenazadas de extinción que habitan en la ribera del río.

GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA: DEBER GENERAL DEL ESTADO

La Constitución asigna al Estado la *promoción*⁷⁵ y la *garantía*⁷⁶ de los derechos la Naturaleza. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

- a. En 2009, la Primera Sala de la Corte Constitucional para el período de transición, en resolución de amparo relativa a la gestión ambiental de una actividad agroindustrial porcina al río Blanco (Santo Domingo de los Tsáchilas), hizo la primera referencia al deber del Estado de **garantizar los derechos de la Naturaleza** “como parte de una filosofía garantista de derechos...”⁷⁷.
- b. En 2012, la Corte Constitucional para el período de transición, en sentencia expedida en acción pública de la Ley Orgánica de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos, señaló:

“Tal posición que la Corte está obligada a mantener cobra mayor relevancia si consideramos que la Constitución de la República del 2008 establece un capítulo inherente a los ‘derechos de la naturaleza’ que **el Estado está obligado a promover y garantizar**”⁷⁸.

- c. En 2018, la Corte Constitucional expidió sentencia en acción extraordinaria de protección relativa a la afectación del río Alpayacu (Pastaza) por actividades agroindustriales, en la que ratificó el “deber fundamental del Estado [de] **respetar y hacer respetar los derechos garantizados y establecidos en la norma constitucional**”⁷⁹.

En este contexto, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado el deber de los jueces en la tutela efectiva de los derechos de la naturaleza:

⁷⁴ Naciones Unidas. Asamblea General. A/HRC/46/28. Los derechos humanos y la crisis mundial del agua: contaminación del agua, escasez de agua y desastres relacionados con el agua. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. 2021. Párr. 23.

⁷⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 71, inciso tercero.

⁷⁶ Ibidem. Artículo 277 numeral 1.

⁷⁷ Corte Constitucional para el Período de Transición. Primera Sala. Resolución No. 0567-08-RA.

⁷⁸ Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia No. 017-12-SIN-CC.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia No. 023-18-SIS-CC.

- a. En 2009, la Primera Sala de la Corte Constitucional para el período de transición, en el caso del río Blanco, hizo la primera referencia general al deber de los jueces en esta materia: “El principio de integralidad o completitud nos dicta que **para ejercer una verdadera justicia cual es el objetivo de esta Corte**, es necesario mirar a todos los elementos del caso y a las partes involucradas, siendo una de ellas la Naturaleza”⁸⁰.
- b. En 2015, la Corte Constitucional expidió sentencia en acción extraordinaria de protección relativa a ocupación de la Reserva Ecológica Cayapas-Mataje, en la que señaló: “...el carácter constitucional reconocido a los derechos de la naturaleza conlleva de forma implícita la obligación del Estado a garantizar su goce efectivo, **recayendo, específicamente, dentro de los órganos judiciales la tarea de velar por la tutela y protección de éstos**, en aquellos casos sometidos a su conocimiento y donde puedan ser vulnerados”⁸¹.

CONCLUSIONES

1. Existen disposiciones constitucionales expresas para la adopción de medidas oportunas, eficaces y protectoras para las especies silvestres amenazadas de extinción, particularmente aquellas que habitan en ecosistemas ribereños. Estas disposiciones están previstas en los artículos 73, 318 y 411 de la Constitución de la República del Ecuador.
2. El artículo 73 de la Constitución dispone la obligación de adoptar medidas precautorias y restrictivas para actividades que: a) puedan conducir a la extinción de las especies; b) que puedan conducir a la destrucción de ecosistemas; o, c) puedan conducir a la alteración permanente de los ciclos naturales.
3. El *mandato de protección reforzada* para las especies amenazadas de extinción se articula directamente con los derechos de la naturaleza ya que garantiza el respeto integral de su existencia; así como la conservación del agua, el mantenimiento del caudal ecológico y la preservación del ecosistema ribereño.
4. Los artículos 73, 318 y 411 de la Constitución concuerdan con el artículo 14 numeral 1 literal d) del Convenio sobre la Diversidad Biológica que se refiere a la exigencia de la evaluación del impacto ambiental de proyectos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica, con miras a evitarlos o reducirlos.
5. La omisión de medidas oportunas, eficaces y protectoras vulnera los derechos de la naturaleza por el incumplimiento del mandato constitucional de protección reforzada para evitar la extinción de especies silvestres.

⁸⁰ Corte Constitucional para el Período de Transición. Primera Sala. Resolución No. 0567-08-RA.

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia No. 166-15-SEP-CC.

PLANTEAMIENTO ESPECÍFICO

Los proyectos hidroeléctricos provocan daños significativos a las personas, las especies silvestres, los ríos y otros ecosistemas naturales. El CDER no cree que estos proyectos sean compatibles con los derechos constitucionales de la naturaleza. Sin embargo, al proponer la adopción de una medida restrictiva, como se describe en esta sección, el CDER reconoce que la legislación ecuatoriana no prohíbe tales proyectos; y, en tal virtud plantea la incorporación del *mandato de protección reforzada* para las especies silvestres amenazadas de extinción en la evaluación de impacto ambiental de proyectos, obras o actividades asociadas a proyectos hidroeléctricos.

En razón de este *mandato de protección reforzada*, el presente escrito de *amicus curiae* plantea la siguiente medida constitucional restrictiva:

Que se restrinja el aprovechamiento productivo del agua, para la generación de electricidad, en ríos que son hábitat de especies silvestres amenazadas de extinción.

Esta medida no prohíbe el aprovechamiento productivo del agua para la generación de electricidad en *todos* los ríos del país; sino que únicamente restringiría tales actividades en aquellos ríos que son hábitat de especies silvestres amenazadas de extinción.

La restricción consistiría, específicamente, en la no realización de proyectos de generación eléctrica. Esta medida restrictiva, basada en el mandato del artículo 73 de la Constitución de la República del Ecuador, es conforme a la *garantía* de preservación de la biodiversidad (art. 64 Ley Orgánica de Recursos Hídricos); y es consistente con el deber estatal de velar por la protección de los componentes bióticos en las actividades que causen riesgos o impactos ambientales, prevista en la legislación ambiental (art. 190 Código Orgánico del Ambiente).

INTERÉS EN LA CAUSA

Por tratarse de un caso relativo a los derechos de la Naturaleza, cual es nuestro objeto institucional, CDER manifiesta interés en la presente causa, expresado en este escrito de *amicus curiae*.

El *amicus curiae* es un “instituto de derecho procesal”⁸² que permite la presentación de razonamientos jurídicos o interdisciplinarios, por quienes no son parte procesal, en causas cuyo objeto trasciende el interés de las partes, a fin de aportar a la realización de la justicia.

El fin del *amicus curiae* es aportar a la realización de la justicia⁸³. Esto ha sido enfatizado por la Corte Constitucional la que afirma que se trata de una *herramienta* que permite “aportar con criterios jurídicos sobre un punto determinado, con el objeto de facilitar y contribuir a los operadores de justicia...”⁸⁴.

⁸² Nápoli, Andrés y Vezzulla, Juan Martín. “El Amicus Curiae en las causas ambientales”. *Jurisprudencia argentina*. 2007.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 0278-12-EP. Sentencia No. 177-15-SEP-CC. 03/06/2015.

Se trata de una colaboración voluntaria, espontánea y de *bona fide*, que deberá contribuir a la causa; nunca lo contrario. Este elemento es de alta consideración, ya que sólo la idónea aplicación de esta figura permitirá legitimarla.

El razonamiento que se aporte deberá, por tanto, ser claro, concreto, completo, serio, oportuno, pertinente; y, siempre, fundamentado. En suma, y siguiendo los lineamientos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el *amicus curiae* deberá contribuir a *mejor resolver* la causa.

Cabe anotar que, aunque la norma nacional no haga referencia, se entiende que quien actúe como *amicus curiae*, lo haga bajo parámetros de idoneidad. En este sentido, el estándar argentino requiere “reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito”⁸⁵.

CDER presenta este escrito de *amicus curiae* con el objeto de aportar criterio jurídico especializado para mejor resolver el caso seleccionado en lo relativo a los derechos constitucionales de la naturaleza.

SOLICITUD

A partir de estos antecedentes; y, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, CDER solicita a la Corte Constitucional del Ecuador que este escrito de *amicus curiae* sea admitido al expediente de este caso, para mejor resolver el caso seleccionado, en lo relativo al contenido de los derechos constitucionales de la naturaleza.

DOMICILIO Y NOTIFICACIONES

Para notificaciones, se las recibirá en el casillero electrónico: echejur@yahoo.ca y casillero judicial No. 264, de Quito, perteneciente al Doctor Hugo Echeverría, Abogado con matrícula profesional No. 17-2001-108 del Foro de Abogados, a quien se designa como abogado patrocinador, a quien autorizo a presentar los escritos y comparecer en audiencia para presentar alegatos relativos a este *amicus curiae*.

Firmo junto con mi Abogado.



Mari Margil
CDER



Hugo Echeverría
Matrícula No. 17-2001-108
Foro de Abogados

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de la nación (Argentina). Acordada 7/13. Expediente 2439/04. Artículo 4.