

## Protección de los derechos de la naturaleza: titularidad y principios de precaución y prevención

Por Byron Villagómez Moncayo, Rubén Calle Idrovo y Valeria Garrido Salas

### 1.- Introducción

El 10 de noviembre de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, la CCE o la Corte) emitió la sentencia de revisión de garantías 1149-19-JP/21, mediante la cual analizó una acción de protección (en adelante, AP) presentada por el Gobierno Autónomo Descentralizado de Santa Ana de Cotacachi (en adelante, GAD de Cotacachi) en favor del Bosque Protector “Los Cedros” (en adelante, BPLC), en la cual se alegó una vulneración a los derechos: de la naturaleza, ambiente sano, agua, y consulta ambiental<sup>71</sup>. La demanda se presentó en contra de los representantes del Ministerio del Ambiente y de la Empresa Nacional Minera (en adelante, ENAMI EP)<sup>72</sup>. En sentencia de primera instancia, emitida por la Unidad Judicial Multicompetente de Cotacachi, se rechazó la AP por considerar que el tema era estrictamente administrativo y no existía una vulneración de derechos constitucionales<sup>73</sup>. Las autoridades del GAD de Cotacachi apelaron esta decisión, y en segunda instancia la Corte Provincial de Imbabura se pronunció aceptando parcialmente la AP y declarando la vulneración al derecho a la participación contemplado en el art. 61.4 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE)<sup>74</sup>.

De esta manera, se dejó sin efecto el acto impugnado, esto es la Resolución No. 22541 del Ministerio del Ambiente, por la cual se había otorgado el Registro Ambiental para la fase de exploración inicial del Proyecto Minero “Río Magdalena”; en dicha resolución también se dispuso la publicación de la sentencia en los portales web de las entidades accionadas, así como el ofrecimiento de disculpas públicas a las comunidades que habitan en la zona de influencia del proyecto<sup>75</sup>.

Tras la resolución de la Corte Provincial, tanto el GAD de Cotacachi como las entidades accionadas presentaron acción extraordinaria de protección (en adelante, EP). La CCE únicamente admitió la demanda de ENAMI EP, que alegaba la vulneración de los siguientes derechos: seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, defensa, y motivación<sup>76</sup>. Este proceso permanece pendiente de resolución, sin perjuicio de la decisión emitida a través de la sentencia 1149-19-JP/21.

En la citada sentencia de revisión de garantías, la CCE dividió su análisis en tres aspectos: i) los derechos a la naturaleza; ii) el derecho al agua y a un ambiente sano; y, iii) a la consulta ambiental; todo esto en línea de desarrollar jurisprudencia de carácter vinculante en temas de Derecho Ambiental. En este sentido, el fallo materia de análisis señala que los derechos de la naturaleza tienen fuerza normativa reconocida tanto en la CRE<sup>77</sup> como en la jurisprudencia

<sup>71</sup> Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. *Sentencia 1149-19-JP/21*, 10 de noviembre de 2021, párr. 17.

<sup>72</sup> *Ibid.*, párr. 17.

<sup>73</sup> *Ibid.*, párr. 18.

<sup>74</sup> *Ibid.*, párr. 20.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> *Ibid.*, párr. 21.

<sup>77</sup> Constitución de la República del Ecuador [CRE]. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008: art. 11 núm. 3, 5 y 9, y arts. 71.2, 83.6, 84, 85, 277.1 y 395.4.

constitucional<sup>78</sup>; por lo que su alcance es igual al de los valores y principios constitucionales y deben ser oportuna y adecuadamente considerados por las autoridades administrativas, jurisdiccionales y particulares<sup>79</sup>. El presente artículo analizará los principales aspectos de la sentencia 1149-19-JP/21, por medio de la cual la CCE confirmó el fallo de segunda instancia de la Corte Provincial de Imbabura y declaró la vulneración de los derechos de la naturaleza, agua, y ambiente sano del BPLC, así como el derecho de las comunidades a ser consultadas sobre decisiones que afecten a dicho ecosistema. Para el efecto, en el primer apartado se abordará la titularidad de los derechos de la naturaleza. En las siguientes secciones se explicarán los principios de precaución y prevención. Se destaca que en cada parte del artículo se tomará en consideración, no sólo los aspectos medulares del fallo en cuestión, sino también las posturas expuestas en los votos concurrentes y salvados. Para finalizar, se presentarán las conclusiones generales del estudio propuesto.

## 2.- Titularidad de los derechos de la naturaleza

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza es, sin duda, un desarrollo novedoso del Derecho, formalmente implementado en el Ecuador con la Constitución de 2008<sup>80</sup>. El cambio de la concepción jurídica de la naturaleza, de objeto a sujeto titular de derechos, surge de la tradición mantenida por pueblos ancestrales que visibiliza una nueva forma de entender la relación entre los seres humanos y la naturaleza<sup>81</sup>. Esta propuesta resulta compleja dado que reconoce el derecho fundamental de la naturaleza como un derecho autónomo del ser humano<sup>82</sup>, desde una perspectiva sistémica que va más allá del punto de vista occidental tradicional -rígidamente antropocéntrico- que reduce al entorno del ser humano a un conjunto de objetos útiles para satisfacer sus necesidades<sup>83</sup>. La consolidación de estos derechos se origina en la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada en 1982 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este documento se encuentran nociones que expresan que “la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales”<sup>84</sup>; y, en tal virtud, se considera como principio general que “se respetará la naturaleza y no se perturbarán sus procesos esenciales”<sup>85</sup>.

No obstante, es preciso resaltar que los sistemas jurídicos latinoamericanos son los que destacan en la inclusión de la naturaleza como sujeto de derechos en el mundo. Posterior al reconocimiento expreso de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución ecuatoriana, Bolivia promulgó en el año 2010 la Ley 071 de Derechos a la Madre Tierra<sup>86</sup>; mientras que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2016 se mencionó que: (...) la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. (...) Esta interpretación encuentra plena justificación en el interés superior del medio ambiente que ha sido

<sup>78</sup> Cfr. CCE. *Sentencia 22-18-IN/21*, 8 de septiembre de 2021.

<sup>79</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21*... párr. 27-32.

<sup>80</sup> CRE: art. 10.

<sup>81</sup> Raúl Llasag Fernández, «Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la Constitución», en *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, ed. por. Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011), 82-84, <https://xurl.es/q2ols>.

<sup>82</sup> Ramiro Avila Santamaría, «El derecho de la naturaleza: fundamentos», en *Los derechos de la naturaleza...*, 66.

<sup>83</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21*..., párr. 48-49.

<sup>84</sup> Carta Mundial de la Naturaleza. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Resolución 37/7, 28 de octubre de 1982, [https://digitallibrary.un.org/record/39295/files/A\\_RES\\_37\\_7-ES.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/39295/files/A_RES_37_7-ES.pdf).

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> Ley No. 071 del Estado Plurinacional de Bolivia, 21 de diciembre de 2010, <https://xurl.es/3j2mj>.

ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que está conformado por numerosas cláusulas constitucionales que constituyen lo que se ha denominado la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde”. Este conjunto de disposiciones permite afirmar la trascendencia que tiene el medio ambiente sano y el vínculo de interdependencia con los seres humanos y el Estado<sup>87</sup>.

Es importante precisar que, dentro de la filosofía indígena, la Pachamama -equiparada con la naturaleza en la CRE<sup>88</sup>- es “fuente principal de vida, continuación del proceso cósmico de regeneración y transformación de la relacionalidad fundamental y del orden cósmico”<sup>89</sup>; y el ser humano es un ente vivo que, al igual que las plantas, los animales, el agua, la tierra y el aire, la conforma. Es así que, la CCE, acorde al mandato de la CRE, destaca que: (...) la existencia misma de la humanidad está atada inevitablemente a la de la naturaleza, pues la concibe como parte de ella. Por tanto, los derechos de la naturaleza abarcan necesariamente el derecho de la humanidad a su existencia como especie. No se trata de un lirismo retórico, sino de una constatación trascendente y un compromiso histórico que, según el preámbulo de la Constitución, exige “*una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza*”<sup>90</sup> (cursiva del texto original).

En esta línea, la CCE es enfática respecto a que los derechos de la naturaleza, al estar reconocidos en la Carta Fundamental, constituyen mandato jurídico y tienen fuerza vinculante pues cuentan con expreso reconocimiento y garantías de protección<sup>91</sup>. Es precisamente en el Capítulo 7 de la CRE donde se prescribe, tanto el derecho de la naturaleza a su existencia, mantenimiento y restauración, como la exigibilidad de su cumplimiento a la autoridad pública<sup>92</sup>. Complementariamente, el desarrollo jurisprudencial de la CCE ha determinado que:

La naturaleza, como un todo, y cada uno de sus componentes sistémicos que actúan interrelacionadamente al permitir la existencia, mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales, la estructura, las funciones y los procesos evolutivos, están reconocidos y protegidos por la Constitución. Por eso, la naturaleza, y cada uno de los elementos que la componen, deben ser respetados, promovidos y garantizados sin distinción de ningún tipo. De ahí que el Estado está obligado a respetar los ecosistemas y los elementos que lo conforman, para cumplir sus ciclos vitales, para proteger su estructura, funciones y procesos evolutivos<sup>93</sup>.

Además, en la sentencia 22-18-IN/21, la Corte se refiere al reconocimiento jurisdiccional de los ecosistemas o elementos específicos que componen a la naturaleza, aclarando lo siguiente: “el reconocimiento jurisdiccional de ecosistemas o elementos específicos en los casos concretos no significa que los sujetos no declarados judicialmente, carezcan de protección o que sea necesario el reconocimiento judicial de cada ecosistema para que los derechos de la naturaleza tengan eficacia”<sup>94</sup>.

Este aspecto resulta particularmente significativo, considerando lo expresado en el voto concurrente de las juezas Karla Andrade Quevedo y Daniela Salazar Marín, quienes comparten

<sup>87</sup> Corte Constitucional de Colombia [CCC]. *Sentencia T-622/16*, 10 de noviembre de 2016, párr. 9.31.

<sup>88</sup> CRE: preámbulo y art. 71.

<sup>89</sup> Llasag Fernández, «Derechos de la naturaleza», 85.

<sup>90</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, párr. 30-31.

<sup>91</sup> Cfr. CRE: arts. 71, 277.1, y 395.4; CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, párr. 34-35.

<sup>92</sup> CRE: arts. 71-74.

<sup>93</sup> CCE. *Sentencia 22-18-IN/21...*, párr. 33-34.

<sup>94</sup> *Ibid.*, párr. 42.

la opinión de que -en el caso particular de la sentencia 1149-19-JP/21- no existen razones explícitas que demuestren la necesidad de reconocer como titular de los derechos de la naturaleza al BPLC, pues según su criterio el desarrollo jurisprudencial: (...) debe estar precedido de una justificación argumentativa que evidencie las razones por las que el Bosque Los Cedros no podía ser protegido adecuadamente desde la perspectiva sistémica de protección de ecosistemas, que había sido reconocida por la Corte hasta el momento. Al desarrollar su jurisprudencia respecto del artículo 71 de la Constitución, es necesario que la Corte reconozca la existencia de diversas interpretaciones válidas respecto a la titularidad de los derechos de la naturaleza y haga explícitos los motivos por los cuales a través del reconocimiento de titulares específicos se garantiza una mejor protección de los derechos de la naturaleza<sup>95</sup>.

De esta forma, es evidente que el cambio de paradigma jurídico que suponen los derechos de la naturaleza es amplio y abarca múltiples razonamientos que pretenden la protección y armonización de la naturaleza como titular de derechos, trascendiendo en su valor instrumental que la limita como objeto, recurso o capital natural. Sobre el reconocimiento del valor intrínseco de la naturaleza, el investigador Eduardo Gudynas explica lo siguiente:

No tiene sentido buscar un listado de valores supuestamente objetivos que sean intrínsecos a la Naturaleza, en tanto esa tarea siempre estará mediada por los humanos. Basta con saber que allí están esos valores propios, con lo cual el asunto que realmente importa es determinar cuáles son las implicancias, obligaciones y responsabilidades que generan entre nosotros como humanos. (...) La cuestión clave es que el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza abre las puertas para otro tipo de discusión en la política y la gestión, en la que ya no es necesario demostrar que preservar montañas o selvas es *útil* para el ser humano, o es *rentable* para las empresas. Las fundamentaciones necesarias para abordar la problemática ambiental cambian radicalmente<sup>96</sup>.

De modo que, la clave dentro del reconocimiento de la titularidad de la naturaleza como sujeto de derechos -más allá del debate que puede resultar por el reconocimiento jurisdiccional de los elementos que la componen- está en los efectos que produce, tanto en particulares como en los Estados. Esto, entendiendo que del reconocimiento de tales derechos se generan también deberes y obligaciones que fundamentan el respeto, protección y garantía de la naturaleza<sup>97</sup>; y, en el caso específico del Ecuador, se incluye el respeto a su existencia, mantenimiento y restauración.

### 3.- Principio de precaución

En la sentencia 1149-19-JP/21, una de las cuestiones más relevantes tratadas por la Corte tiene que ver con la conceptualización de los principios de *precaución* y *prevención*. De hecho, los razonamientos esenciales del fallo giran en torno a este aspecto, y por ello también es respecto a él que se presentaron las principales discrepancias en los votos razonados. En la decisión en referencia, se define al principio de precaución de esta manera: “La idea esencial del principio precautorio consiste en que, aún ante la falta de suficiente evidencia científica, es mejor no asumir ciertos riesgos cuando estos pudieran derivar en graves daños que pueden

<sup>95</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, voto concurrente: juezas Karla Andrade Quevedo y Daniela Salazar Marín, párr. 8-9.

<sup>96</sup> Eduardo Gudynas, «Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador», en *Los derechos de la naturaleza...*, 101-102.

<sup>97</sup> Diana Murcia Riaño, *La naturaleza con derechos: un recorrido por el derecho internacional de los derechos humanos, del ambiente y del desarrollo* (Quito: Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo, 2012), 94, acceso el 13 de diciembre de 2021, <https://xurl.es/r327a>.

incluso ser irreversibles”<sup>98</sup>. En la doctrina, este principio ha sido desarrollado de forma relativamente reciente. Así, se destaca como hito la Declaración de Wingspread de 1998, suscrita por un grupo de científicos, filósofos, juristas y ecologistas de Estados Unidos y Canadá<sup>99</sup>. En este documento, tras exponer criterios y evidencias acerca de los riesgos de las actividades humanas sobre el medio ambiente, se formula un concepto sobre el principio de precaución: “Cuando una actividad provoca amenazas de daño al medio ambiente o a la salud humana, se deben implementar medidas de precaución incluso si algunas relaciones de causa y efecto no han sido completamente establecidas científicamente”<sup>100</sup>.

El profesor español y especialista en la materia José Manuel de Cózar Escalante, tras realizar un recorrido histórico en torno al desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo del principio de precaución, conceptualiza sus elementos constitutivos de la siguiente manera: “1. Existe una amenaza de daño (o un «peligro» o «riesgo»). 2. Esta amenaza se produce en una situación de incertidumbre científica. 3. Ello trae consigo una acción para prevenir el daño o, en términos positivos, para proteger el bien en cuestión (la salud, el medio ambiente, etc.)”<sup>101</sup>. Según la propia CCE, este principio se encuentra recogido en el art. 73 de la CRE, de este modo: “El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales”. A su vez, esta disposición guarda consonancia con la parte pertinente del primer inciso del art. 396 de la misma Carta Fundamental, que prescribe lo siguiente: “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”. El art. 9.7 del Código Orgánico del Ambiente también recoge este principio de manera similar<sup>102</sup>. Con base en estas disposiciones normativas, en la sentencia 1149-19-JP/21, la CCE ha especificado los elementos del principio de precaución, que se sintetizan a continuación<sup>103</sup>:

- a) ***El riesgo potencial de daño grave e irreversible sobre los derechos de la naturaleza, el derecho al agua, al medio ambiente sano o a la salud***: Se trata, pues, de riesgos que revisten gravedad e irreversibilidad, lo que es consistente con el listado no taxativo señalado en el art. 73 de la CRE, cuando se refiere a extinción de especies, destrucción de ecosistemas o alteración permanente de ciclos naturales.
- b) ***Incertidumbre científica sobre estas consecuencias negativas, sea por ser aún objeto de debate científico, por desconocimiento, o por la dificultad de determinar tales consecuencias en virtud de la alta complejidad o numerosas variables involucradas***: Es este elemento, *incertidumbre científica*, el que diferencia al principio de precaución del de prevención. Esta circunstancia se pueda presentar de dos formas: i) *falta de certeza científica*, respecto a los efectos relativamente claros o posibles de una actividad o producto, pero sin evidencia adecuada para asignar

<sup>98</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, párr. 55.

<sup>99</sup> Beatriz Arcila Salazar, «El principio de precaución y su aplicación judicial», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 39, n.º 111 (2009): 287, <https://xurl.es/ae7ql>.

<sup>100</sup> Wingspread Statement on the Precautionary Principle (traducido por Byron Villagómez Moncayo), acceso el 14 de diciembre de 2021, <https://www.gdrc.org/u-gov/precaution-3.html>.

<sup>101</sup> José Manuel de Cózar Escalante, «Principio de precaución y medio ambiente», *Revista Española de Salud Pública* 79, n.º 2 (2005): 137-138, <https://xurl.es/jksdg>.

<sup>102</sup> Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial. Suplemento del Registro Oficial 983, 12 de abril de 2017, art. 9.7: “Cuando no exista certeza científica sobre el impacto o daño que supone para el ambiente alguna acción u omisión, el Estado a través de sus autoridades competentes adoptará medidas eficaces y oportunas destinadas a evitar, reducir, mitigar o cesar la afectación. Este principio reforzará al principio de prevención”.

<sup>103</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, párr. 62.

probabilidades; ii) *ignorancia*, esto es el desconocimiento, tanto de dichas probabilidades, como de algunos de los posibles daños o efectos.

- c) **Adopción de medidas protectoras oportunas y eficaces por parte del Estado:** Debido a la existencia de un riesgo de daño grave e irreversible y ante la incertidumbre científica sobre tales circunstancias, el principio de precaución conduce a que no se asuma el riesgo y que el Estado, en tiempo y forma óptimas, implemente medidas que lo eviten, reduzcan, mitiguen o hagan cesar. La CCE advierte que en estos casos la prohibición absoluta no es la única medida aplicable, aunque puede justificarse en caso de notable gravedad.

La Corte remarca que estos parámetros, como componentes del principio de precaución, son de obligatorio cumplimiento para el Estado, en virtud de lo dispuesto por el art. 73 de la CRE: “No se trata de una facultad o una opción condicionada, sino de una obligación constitucional derivada de la valoración intrínseca que la Constitución hace de la existencia de especies y ecosistemas, mediante los derechos de la naturaleza”<sup>104</sup>. Agrega la CCE que las medidas a aplicarse en virtud de este principio deben ser *eficaces y oportunas*; es decir, deben formal y materialmente evitar la violación de los derechos de la naturaleza y cumplirse inmediatamente<sup>105</sup>. De allí que, las juezas y jueces de garantías constitucionales deben efectuar un análisis caso por caso a efectos de aplicar este principio, con el objeto de identificar la existencia de un riesgo de daño grave e irreversible y, particularmente, la incertidumbre científica<sup>106</sup>.

Sobre estas cuestiones, el voto concurrente del juez constitucional Enrique Herrería Bonnet aporta elementos de juicio sumamente interesantes y significativos. Tras enfatizarse que la aplicación del principio de precaución no debe necesariamente implicar la proscripción de toda actividad o producto potencialmente riesgoso, se señala en dicho voto que el criterio de “certidumbre científica” resulta en sí mismo altamente indeterminado, puesto que tanto en materia ambiental como científica “no es posible establecer de manera concluyente el impacto que tendrá determinada decisión y tampoco se pueden conocer todos los efectos y posibles consecuencias de la misma, al menos, no de forma categórica”<sup>107</sup>; a lo que se agrega que “el debate científico sobre un tema en limitadas oportunidades se agota y, en consecuencia, nunca podría verificarse la eventual certidumbre o certeza con respecto al impacto de una actividad”<sup>108</sup>.

Con base en estas constataciones, el juez Herrería Bonnet asevera que no se debería aplicar el principio de precaución de manera indiscriminada e irrazonable, en el sentido de requerirse un excesivo número de estudios que evidencien a ciencia cierta el resultado o efectos concretos de una actividad, previo a ejecutarla; estima el citado magistrado que esto sería desproporcionado, más aún si la ley prevé sólo unos determinados requisitos, y vulneraría la seguridad jurídica<sup>109</sup>. De estas consideraciones, el voto concurrente en cuestión recalca que el principio de precaución tiene una doble dimensión: i) impone en todos los casos la obligación al Estado de proteger al medio ambiente<sup>110</sup>; ii) impone en situaciones concretas (v.g., las previstas en el art. 73 de la CRE) un deber estatal de abstención y restricción que comporta el no realizar

<sup>104</sup> *Ibid.*, párr. 65.

<sup>105</sup> *Ibid.*, párr. 66.

<sup>106</sup> *Ibid.*, párr. 67.

<sup>107</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, voto concurrente: juez Enrique Herrería Bonnet, párr. 9.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> *Ibid.*, párr. 11.

<sup>110</sup> *Ibid.*, párr. 14.

la actividad<sup>111</sup>. En suma, en criterio del juez Herrería, el parámetro esencial del principio de precaución es el de la existencia de un riesgo de daño grave e irreversible, debiendo el de “incertidumbre científica” aplicarse con prudencia<sup>112</sup>. De su lado, las juezas constitucionales Karla Andrade Quevedo y Daniela Salazar Marín expresaron en su voto concurrente una interpretación diferente a la empleada en el voto principal, específicamente referida a la aplicación práctica del principio de precaución al caso concreto. En este sentido, consideran que la sentencia parte de una premisa errónea para establecer la incertidumbre científica en lo concerniente a la actividad minera en BPLC, al situarla de forma específica a la falta de estudios sobre los proyectos “Magdalena 1 y 2” y no respecto al daño que la actividad minera produce en general en ese tipo de ecosistemas. Sobre la base de esta observación, las citadas juezas constitucionales precisan lo siguiente:

La incertidumbre que requiere la aplicación del principio precautorio es una de carácter científico, se refiere a la imposibilidad epistémica de arribar a una conclusión respecto a los daños que la actividad o producto puede generar. Esta incertidumbre puede producirse porque se trata de una actividad o producto nuevo que no ha sido sometido a un adecuado estudio científico o porque la existencia de efectos negativos de un proceso o producto es objeto de debate científico. Es decir, se refiere a la certeza que existe en el ámbito científico respecto a los daños que una actividad o producto puede generar al ambiente o a las personas y no a la incertidumbre generada por la falta de realización de estudios técnicos respecto a un proyecto extractivo en particular<sup>113</sup>.

Es decir que, a criterio de las magistradas Andrade y Salazar, el estándar de incertidumbre científica corresponde al estado del arte existente al momento de decidirse una intervención, respecto al impacto de una clase de actividad sobre un cierto tipo de ecosistema. En tal sentido, las citadas juezas consideran que en el caso concreto resuelto en la sentencia 1149-19-JP/21 debió haberse aplicado, no el principio de precaución, sino el de prevención, puesto que existe certidumbre científica de que la minería a mediana y gran escala causa daños a ecosistemas complejos, como el del BPLC<sup>114</sup>; empero, concluyen que este razonamiento también conllevaba restringir la actividad minera en dicho lugar, “ante el riesgo plausible de extinción de especies y alteración permanente del ecosistema y de los ciclos vitales de la naturaleza”<sup>115</sup>. El juez constitucional Alí Lozada Prado comparte en lo sustancial este criterio de las juezas Andrade y Salazar, conforme lo expone en su voto concurrente. En este sentido, recalca que no resulta adecuado “vincular el principio de precaución con la prohibición de realizar una actividad y el principio de prevención con su autorización”<sup>116</sup>, ya que ello resultaría inclusive paradójico y contradictorio: se podría autorizar una actividad teniendo claras evidencias científicas de su nocivo impacto ambiental. Añade el citado magistrado que al respecto lo importante es que: (...) las decisiones que se pueden adoptar en cada caso específico, ya sea en función del principio de precaución o del principio de prevención, deben estar abiertas al mejor equilibrio posible de los intereses, derechos, principios y valores en juego en cada caso, por lo que no cabe asociar la prohibición o la regulación con uno solo de los mencionados principios<sup>117</sup>.

<sup>111</sup> *Ibid.*, párr. 15.

<sup>112</sup> *Ibid.*, párr. 17.

<sup>113</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, voto concurrente: juezas Karla Andrade Quevedo y Daniela Salazar Marín, párr. 18.

<sup>114</sup> *Ibid.*, párr. 21.

<sup>115</sup> *Ibid.*, párr. 22.

<sup>116</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, voto concurrente: juez Alí Lozada Prado, párr. 4.2.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

Resulta interesante que un razonamiento similar es expresado por la jueza constitucional Carmen Corral Ponce en su voto salvado, pero para llegar a una conclusión diferente: esto es, que la actividad minera sí puede efectuarse en ese tipo de ecosistemas, con las respectivas medidas de cuidado. En efecto, afirma la citada magistrada que en el caso concreto resuelto a través de la sentencia 1149-19-JP/21 debía aplicarse el principio de prevención en lugar del de precaución, en gran medida por el mismo argumento de las juezas Andrade y Salazar de que el estándar de incertidumbre científica debía valorarse de modo general y no a partir de una supuesta falta de evidencia o estudios en asunto específico del BPLC<sup>118</sup>. Sin embargo, la jueza Corral disiente en lo concerniente al riesgo o daño efectivo que puede provocar la actividad minera, ya que en su criterio en la sentencia se percibe un sesgo hacia las actividades extractivas, sin tener en cuenta otros tipos de conocimientos sobre la minería y sus efectos no lesivos<sup>119</sup>. Con base en estas y otras premisas relacionadas, la referida jueza concluye que no correspondía, (...) disponer una prohibición absoluta de las actividades, sino aplicar el principio de prevención para que en un espacio de tiempo prudencial los gestores de la actividad puedan presentar estudios o evaluaciones de impacto ambiental serias que determinen si es factible o no continuar con el desarrollo de otras fases de la actividad minera, sin que se tenga que subvertir el orden normativo contemplado en la legislación vigente. La suscrita juzgadora enfatiza en que debe existir una debida armonía entre los principios de precaución y prevención ambiental, sin que el primero termine por desplazar al segundo, exigiendo como en este caso un rigor científico que puede ser previsible, pero no exacto o invariable<sup>120</sup>.

Como se puede constatar, en el caso de la sentencia 1149-19-JP/21 se entabló un muy interesante e importante debate entre las juezas y jueces constitucionales, especialmente acerca de la *ratio decidendi* del fallo y en particular sobre la aplicabilidad de los principios de precaución y prevención. Si bien la disquisición se relacionó directamente con el caso concreto, también se desprende de ella una serie de elementos conceptuales acerca del sentido y alcance de los mencionados principios, y en particular del de precaución. En concreto, se pueden extraer dos aspectos centrales cuya dilucidación continuará sin duda generando debate: i) el ámbito de aplicabilidad del estándar de incertidumbre científica; es decir, si debe ceñirse a los aspectos específicos del caso concreto o evaluarse a través del prisma del estado del arte científico general sobre el impacto del tipo de actividad en una clase determinada de ecosistema; ii) el tipo de medidas que corresponde a la aplicación de cada principio; es decir, si en uno u otro caso procede la restricción total o parcial, y/o la implementación de planes de control, mitigación o prevención.

Finalmente, otro de los aspectos de interés que se pueden advertir de la dialéctica producida entre el voto principal y los votos razonados, tiene que ver con la relación entre los principios de precaución y prevención y el objeto de la acción de protección. Es así que, por una parte, las juezas Karla Andrade Quevedo y Daniela Salazar Marín en su voto concurrente afirman que el principio de precaución sí puede efectivamente ser aplicado dentro de una acción de protección; pero que, atendiendo a la naturaleza de dicha garantía constitucional y sus diferencias con las medidas cautelares, debe hacerse con suma cautela y verificando el cumplimiento irrestricto de sus requisitos. En este sentido, consideran que en el caso concreto resuelto en la sentencia 1149-19-JP/21 se dotó a la referida acción de “una naturaleza más amplia en la que deja de ser solo tutelar y reparadora y se le agrega un elemento preventivo,

<sup>118</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, voto salvado: jueza Carmen Corral Ponce, párr. 12.

<sup>119</sup> *Ibid.*, párr. 13.

<sup>120</sup> *Ibid.*, párr. 25.

pero sin tomar en consideración que por sus efectos definitivos no podría ser revocada o revisada”<sup>121</sup>.

De forma similar, la jueza constitucional Teresa Nuques Martínez también expresa su discrepancia sobre este punto con el voto de mayoría, de la siguiente manera: (...) la sentencia de mayoría no asume que el principio de precaución esencialmente descansa en la noción de *riesgo* y no de *afectación*, generando tensiones con el objeto del proceso de origen (acción de protección) cuyo objeto precisamente es la *afectación* de derechos constitucionales, y aceptando que es posible conceder una acción de protección ante un *riesgo*; con lo cual disiento expresamente ya que ello es incompatible con el diseño constitucional vigente<sup>122</sup>. Con base en esta premisa, la citada jueza señala que, si bien es cierto que no se puede limitar un principio constitucional a una específica garantía, sí se deben reconocer las estrechas relaciones que existen entre unos y otros; en tal sentido, manifiesta categóricamente que: (...) es evidente que las medidas cautelares autónomas pueden contribuir transitoriamente a la eficacia y oportunidad de las medidas adoptadas en el marco del principio precautorio y no una acción de protección; y que, por otra parte, el principio de prevención se encuentra estrechamente relacionado con el análisis constitucional en una acción de protección en el que puede juzgarse de forma definitiva y declarar la vulneración a derechos de la naturaleza<sup>123</sup>.

En este caso, se puede observar que la disquisición gira en torno a la vía jurisdiccional constitucional por la que sería procedente reclamar la tutela de los principios de precaución y prevención. De los votos razonados se puede inferir una tendencia favorable a que el de precaución sea justiciable a través de medidas cautelares autónomas, mientras que el de prevención lo sea mediante acción de protección. Sin embargo, en el voto de mayoría se ha aplicado directamente el principio de precaución a través de la selección y revisión de garantías de una acción de protección. Por ello, esta muy sugestiva discusión queda también abierta en el ámbito académico.

#### **4.- Principio de prevención**

Una vez examinado el principio de precaución, corresponde ahora analizar el principio de prevención. Al respecto, cabe primeramente señalar que el desarrollo del Derecho Ambiental y de los derechos de la naturaleza –en el caso particular del Ecuador– radica básicamente en su fuerte contenido principialístico; de donde un principio medular, al momento de determinar el alcance de las normas en caso de duda, lo constituye el indicado principio de prevención. El contenido de este principio tiene una configuración de rango constitucional, que en su irradiación por sobre el orden infraconstitucional produce efectos determinantes en favor de la naturaleza como consecuencia de su aplicación. Estos principios básicos -tanto el precautorio como el de prevención- corresponden en líneas generales a los denominados derechos a la restauración (en la cual se toma como parámetro la responsabilidad objetiva por daños ambientales), así como a los principios de sustentabilidad, responsabilidad, subsidiariedad, intangibilidad, y transversalidad (participación activa).

En relación al principio de prevención, la CCE lo concibe en términos generales para su aplicación, cuando se conocen con anticipación tanto los efectos como las probabilidades de una actividad o producto externo con consecuencias negativas<sup>124</sup>. Este es el punto principal que

<sup>121</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, voto concurrente: juezas Karla Andrade Quevedo y Daniela Salazar Marín, párr. 27.

<sup>122</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, voto salvado: jueza Teresa Nuques Martínez, párr. 10.

<sup>123</sup> *Ibid.*, párr. 11.

<sup>124</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, párr. 63.

lo diferencia del principio de precaución, en donde la incertidumbre o certidumbre científica juega un rol fundamental. En el texto constitucional, la primera parte del art. 396 expresamente prescribe lo siguiente: “El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño”. A nivel infraconstitucional se encuentra una conceptualización del principio de prevención en el art. 9.8 del Código Orgánico del Ambiente, bajo el epígrafe “Principios ambientales”, y que dispone: Prevención. Cuando exista certidumbre o certeza científica sobre el impacto o daño ambiental que puede generar una actividad o producto, el Estado a través de sus autoridades competentes exigirá a quien la promueva el cumplimiento de disposiciones, normas, procedimientos y medidas destinadas prioritariamente a eliminar, evitar, reducir, mitigar y cesar la afectación<sup>125</sup>.

En la sentencia de mayoría se optó por la aplicación del principio de precaución, a partir del criterio de que conforme al art. 73 de la CRE, el mismo es aplicable a casos de extinción de especies, destrucción de ecosistemas y alternación permanente de ciclos naturales<sup>126</sup>; esto, en atención a la problemática principal que aborda la sentencia en comento, como es el análisis de una autorización gubernamental para exploración minera a favor de ENAMI EP en el BPLC, que alberga varias especies de fauna y flora en peligro de extinción. Como se indicó anteriormente, la aplicación del principio de precaución en lugar del de prevención fue objeto de análisis en los votos concurrentes y salvados que se expidieron conjuntamente con la sentencia. Así, la opinión vertida en la mayoría de estos votos individuales coincide en aspectos que hacen relación con la aplicación del principio de prevención en lugar del precautorio, así como con la viabilidad o procedencia en consecuencia de medidas cautelares constitucionales o de la acción de protección, en razón del principio a aplicarse.

En el voto concurrente de las juezas Andrade y Salazar, se afirma que existe certidumbre científica de que la minería a mediana y gran escala genera daños a ecosistemas complejos, por lo que la inexistencia de estudios de impacto ambiental a los proyectos “Magdalena 1 y 2” en el BPLC no enerva de ninguna manera la certidumbre del impacto como tal. Con tal argumento, las citadas juezas consideran que, por lo tanto, en razón de la certidumbre científica, correspondía aplicar en este caso el principio de prevención; pudiendo y debiendo servir como fundamento para limitar e incluso restringir actividades en ecosistemas frágiles, tales como las actividades mineras en el BPLC<sup>127</sup>. Las referidas juezas, en su voto concurrente, realizan una distinción en cuanto a la viabilidad de la acción de protección con el principio ambiental precautorio. Para ello, enfatizan el carácter instrumental, provisional y esencialmente mutable o revocable de las medidas cautelares; al tiempo que remarcan que la acción de protección tiene naturaleza tutelar y reparatoria cuando se verifica una vulneración de derechos constitucionales, no siendo idónea para los casos de inminentes o eventuales afectaciones o a fin de cesarlas cuando estas se están produciendo, lo que corresponde justamente a las medidas cautelares. Teniendo en cuenta este criterio y en atención a aplicarse el principio precautorio con base en su contenido, se dota a la acción de protección (que fue la garantía jurisdiccional originalmente incoada) de un elemento preventivo, es decir de efecto temporal y que acarrea la posibilidad de revocatoria o revisión; a diferencia de la cosa juzgada que corresponde a la acción de protección cuando esta es tutelar y reparadora<sup>128</sup>.

De su lado, el juez Alí Lozada Prado en su voto concurrente expresa discrepancias con los razonamientos de la sentencia de mayoría, respecto a la aplicación del principio de

<sup>125</sup> Código Orgánico del Ambiente: art. 9.8.

<sup>126</sup> *Ibid.*, párr. 61 y 64.

<sup>127</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, voto concurrente: juezas Karla Andrade Quevedo y Daniela Salazar Marín, párr. 21-23.

<sup>128</sup> *Ibid.*, párr. 24-29.

precaución por la presencia de incertidumbre científica al no existir estudios ambientales que establezcan el impacto que la actividad minera podría ocasionar en el BPLC. A criterio del juez Lozada, el principio que debió ser aplicado era el de prevención, en atención a que, ante la certidumbre científica de un daño a la naturaleza o a la salud humana, era obligatorio *prima facie* evitarlo -presupuesto que se cumpliría el presente caso resuelto-, lo que además no implicaba necesariamente la autorización de la actividad nociva, ya que bien podría haber sido impedida<sup>129</sup>.

Asimismo, el juez Lozada en su voto concurrente manifiesta que es importante considerar el balance que se debería hacer para cada caso concreto, entre la obligación de evitar el daño y las razones favorables de la actividad de que se trate; así, en la parte final de su voto individual, sostiene que el principio de prevención es plenamente aplicable, precisamente por esgrimirse razones de este balance, como es la conclusión de que existe certidumbre científica sobre el daño que la actividad minera podría provocar en el BPLC, y que las razones favorables a dicho tipo de operaciones no alcanzan a justificar el referido daño<sup>130</sup>. En cuanto a los votos salvados, en el de la jueza constitucional Teresa Nuques Martínez se sostiene que el análisis constitucional que se realiza en una acción de protección es pertinente en cuanto tiene que ver con el principio de prevención, garantía respecto a la cual se puede juzgar de forma definitiva y declarar la vulneración a derechos de la naturaleza; mientras que, en el caso de las medidas cautelares autónomas, éstas pueden contribuir transitoriamente a la eficacia y oportunidad de las disposiciones adoptadas en el marco del principio precautorio<sup>131</sup>.

Por otra parte, la jueza Carmen Corral Ponce en su voto salvado sostiene que el principio de prevención es aplicable a fin de precautar el derecho de las personas ante el riesgo de un daño ambiental; en tanto que la precaución es una medida para salvaguardar a la naturaleza ante el peligro de destrucción de los ecosistemas. El primer caso, un principio ambiental en favor del ambiente sano; y, el segundo caso, en favor de los derechos de la naturaleza. A criterio de la citada jueza el haber expedido las autorizaciones ambientales correspondientes supuso la aplicación del principio de prevención; en consecuencia, no se podía aplicar una intervención estatal aduciendo precaución del riesgo, cuando ya se contaba con las respectivas autorizaciones, estudios y permisos<sup>132</sup>.

Por otro lado, en la sentencia de mayoría la CCE establece que los operadores de justicia en el caso concreto debieron haber considerado los principios de precaución y prevención. De este criterio se desprende que, en general, las autoridades jurisdiccionales y administrativas a quienes corresponde aplicar normas ambientales a un asunto específico, deben hacerlo a la luz de dichos principios y, en caso de dudas en lo relativo a su alcance, interpretarlas en favor de los derechos de la naturaleza, en virtud del mandato constitucional imperativo contenido en el principio *in dubio pro natura*<sup>133</sup>. Al respecto, en la sentencia 1149-19-JP/21 se indica lo siguiente: En cuanto al *principio de favorabilidad pro natura*, todo servidor público, conforme con el numeral 5 del artículo 11 de la Constitución, debe aplicar la norma y la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos y garantías, incluyendo los derechos de la naturaleza. En caso de existir varias interpretaciones de una misma disposición es también relevante el *principio in dubio pro natura*, conforme al artículo 395 numeral 4 de la Constitución,

<sup>129</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, voto concurrente: juez Alí Lozada Prado, párr. 4.

<sup>130</sup> *Ibid.*, párr. 6.

<sup>131</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, voto salvado: jueza Teresa Nuques Martínez, párr. 11.

<sup>132</sup> CCE. *Sentencia 1149-19-JP/21...*, voto salvado: jueza Carmen Corral Ponce, párr. 4-10.

<sup>133</sup> El art. 395.4 de la CRE, al texto manifiesta: “La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales... 4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, estas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”.

por el cual en caso de duda sobre el alcance específica y exclusivamente de la legislación ambiental, debe interpretarse en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza. Esta Corte Constitucional determina, además, que estos principios deben aplicarse también en la interpretación de las propias disposiciones constitucionales, pues ello es lo que más se ajusta a la Constitución en su integralidad y al sentido más favorable a la plena vigencia de los derechos, conforme al artículo 427 de la Constitución”<sup>134</sup>.

Como se puede observar, en realidad la Corte especifica dos categorías de principios, el de *favorabilidad* general aplicable a todos los derechos, incluidos los de la naturaleza; y el de *in dubio pro natura*, que en cambio sí es específico de la legislación ambiental a todo nivel, incluidas las normas constitucionales. En este sentido, se puede colegir que la interpretación específicamente favorable a la naturaleza se activa únicamente y luego de la labor interpretativa de la autoridad administrativa o jurisdiccional, respecto a la aplicación de un texto normativo en materia ambiental del cual se desprendan dudas sobre su sentido y alcance. Evidentemente, en esta labor hermenéutica, también se deben tener en cuenta todos los demás principios que informan la aplicación de las normas jurídicas en esta materia. Es así que, la disposición constitucional que obliga en materia ambiental a aplicar la norma más favorable en caso de duda (art. 395.4 de la CRE), se relaciona -en mayor o menor medida- con todos los demás principios ambientales de orden constitucional, como son los de: restauración, conservación o preservación, sustentabilidad, responsabilidad, intangibilidad y participación activa. Empero, precisamente al momento de dilucidar la aplicabilidad de los principios precautorio y preventivo es cuando cobra mayor relevancia el principio *pro natura*, especialmente por la obligación de las autoridades de observar un debido proceso dentro de los trámites, proyectos y causas judiciales en las cuales se deba resolver sobre derechos de la naturaleza.

## 5.- Conclusión

La sentencia 1149-19-JP/21 ha supuesto la formulación de un nuevo paradigma jurisprudencial, esta vez en materia medioambiental y de los derechos de la naturaleza. El valor de este fallo radica, aparte de sus consecuencias prácticas, en el planteamiento de una serie de conceptos, varios de los cuales han sido materia de significativos e interesantes disquisiciones en los sendos votos concurrentes y salvados emitidos conjuntamente. Si bien la sentencia aborda cuestiones de diversa índole y de igual importancia, como el derecho al agua y a un ambiente sano y la consulta ambiental; el presente artículo se ha centrado en la titularidad de los derechos de la naturaleza y en los principios de precaución y prevención, dada su novedad y futura repercusión. Es así que, en este estudio se han examinado las nociones acerca de la naturaleza como sujeto de derechos y la manera en que se efectúa y ejerce el reconocimiento de su titularidad. Asimismo, se han discutido los principios de precaución y prevención, a la luz de lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia y lo dispuesto en la normativa pertinente. En este sentido, se han contrastado los diversos criterios esgrimidos, tanto en la sentencia de mayoría, como en los votos razonados. Así, se ha podido constatar que los mentados principios tienen una orientación protectora, y se relacionan con otros como el de favorabilidad y *pro natura*. En definitiva, dada la particular manera en que la referida decisión ha sido adoptada, esto es con tres votos unánimes, cuatro votos concurrentes, y dos votos salvados, queda abierto un muy interesante debate acerca del alcance de los criterios que conforman su *ratio decidendi* y la aplicación de los estándares allí establecidos.

## 6.- Bibliografía:

<sup>134</sup> CCE. Sentencia 1149-19-JP/21..., párr. 40.

### **Doctrina:**

Arcila Salazar, Beatriz. «El principio de precaución y su aplicación judicial». *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 39, n.º 111 (2009): 283-304. <https://xurl.es/ae7ql>.

Avila Santamaría, Ramiro. «El derecho de la naturaleza: fundamentos». En *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, editado por Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández, 35-74. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011. <https://xurl.es/q2ols>.

Cózar Escalante, José Manuel de. «Principio de precaución y medio ambiente». *Revista Española de Salud Pública* 79, n.º 2 (2005): 133-144. <https://xurl.es/jksdg>.

Gudynas, Eduardo. «Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador». En *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, 95-122.

Llasag Fernández, Raúl. «Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la Constitución». En *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, 75-92.

Murcia Riaño, Diana. *La naturaleza con derechos: un recorrido por el derecho internacional de los derechos humanos, del ambiente y del desarrollo*. Quito: Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo, 2012. Acceso el 13 de diciembre de 2021. <https://xurl.es/r327a>.

Wingspread Statement on the Precautionary Principle (traducido por Byron Villagómez Moncayo), acceso el 14 de diciembre de 2021, <https://www.gdrc.org/u-gov/precaution-3.html>.

### **Normativa:**

Carta Mundial de la Naturaleza. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 37/7. 28 de octubre de 1982. [https://digitallibrary.un.org/record/39295/files/A\\_RES\\_37\\_7-ES.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/39295/files/A_RES_37_7-ES.pdf).

Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial. Suplemento del Registro Oficial 983, 12 de abril de 2017.

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

Ley No. 071 del Estado Plurinacional de Bolivia, 21 de diciembre de 2010, <https://xurl.es/3j2mj>.

### **Jurisprudencia:**

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-622/16*, 10 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 22-18-IN/21*, 8 de septiembre de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 1149-19-JP/21*, 10 de noviembre de 2021.