

Capítulo 5

La legislación contradictoria sobre conservación y explotación petrolera

Ricardo Crespo Plaza

Introducción

Para entender la realidad actual de la explotación petrolera en áreas protegidas hay que partir de la premisa, aún no resuelta, que se refiere a la tensión entre ecología y economía y por ende al dilema entre crecimiento económico de corto plazo y la conservación ambiental y el desarrollo sustentable (De Alba y Reyes 1998). La actual contradicción entre ecología y el modelo económico imperante entendido como la aplicación de políticas que no respetan la capacidad de regeneración de los ecosistemas tiene sus orígenes en este desequilibrio que sigue vigente en el planeta dado que aun prevalece el “paradigma del vaquero” y muy poco se ha avanzado hacia el “paradigma de la nave espacial”¹. El primer paradigma se refiere a un planeta con recursos ilimitados o a un llano interminable capaz de reciclar o restaurar todo tipo de elementos contaminantes y el segundo paradigma asume la sustentabilidad como el único modo posible de respetar la capacidad de carga de los ecosistemas que, según las leyes de la biofísica, tienen claros límites de sustentación. Se dice entonces que siempre hemos vivido en una nave espacial y no en un llano inter-

1 El primer paradigma se sitúa antes de la revolución industrial en el que la tierra es una gran llanura con recursos aparentemente ilimitados, pues solo unos pocos millones de habitantes viven en un planeta enorme, cuyos sistemas naturales de regeneración y reciclaje funcionan a la perfección. Este símil fue formulado por Kennet Boulding, en 1968, al criticar el actual modelo de desarrollo. (Cf. Carlos E. López Dávila, citados en Ecolex 2005: 18).

minable², bajo esta metáfora se debate la tensión entre la conservación y uso sustentable de la biodiversidad de las áreas protegidas y la explotación petrolera.

Por otro lado, se aprecia una abundante producción de normas nacionales y tratados internacionales que se orientan hacia el desarrollo sustentable, es decir hacia un equilibrio entre las actividades económicas y la capacidad de sustentación de los sistemas naturales; pero todavía dicha normativa en gran parte carece de efectos eficientes y eficaces para lograr los cambios deseados y por ende el desarrollo sustentable:

[...] el cumplimiento de la normativa ambiental posee dos aspectos que se vinculan a la eficacia y a la eficiencia de la misma. La norma puede ser cumplida por la comunidad regulada y en tal sentido será considerada eficaz, más deberá asimismo lograr sus objetivos para poder ser eficiente.

(Di Paola 2002)

Para ser eficiente o tener un adecuado nivel de cumplimiento, la norma ambiental debe ser coherente con las posibilidades financieras y económicas para que tanto el Estado, como el sector privado y la sociedad civil, cumplan sus respectivos roles relacionados con el cumplimiento de las normas y en última instancia, para efectivizar su carácter instrumental, como herramienta social para alcanzar el mayor bienestar humano. La norma jurídica debe ser un medio para optimizar el aprovechamiento de los recursos naturales y los recursos disponibles para la gestión ambiental en general, a fin de evitar desfases entre el mandato normativo y las leyes del mercado, de la costumbre o las idiosincrasias locales.

(Chang 2002)

Algunos elementos deben concurrir para que las normas nacionales e internacionales referidas al desarrollo sustentable sean efectivas. Entre

2 “Siempre hemos estado viviendo en una nave espacial y no en un llano interminable”, pero ahora los sistemas naturales empiezan a desestabilizarse, hay demasiadas personas, la tecnología no respeta los procesos sistémicos de regeneración natural, estamos destruyendo la biodiversidad y los sistemas climáticos que hacen posible la permanencia de la nave espacial-Tierra. El desafío del Derecho es hacer posible un sistema normativo que permita la aplicación del paradigma de la nave espacial-Tierra; en principio se ha adelantado en el papel, se habla de un derecho ambiental gaseoso, débil, inaplicable, blando. Es necesaria una nueva ética junto con el apoyo político para que este derecho ambiental sea eficaz.” (Carlos E. López Dávila, en *Ecolex* 2005: 38).

otros podríamos mencionar la necesidad de asignar suficientes recursos económicos que permitan vigilar y monitorear la aplicación de normas ambientales por parte del Estado, la aplicación de instrumentos e incentivos económicos que inviten al regulado a cumplir con las normas ambientales, mayor participación ciudadana que exija la inserción de políticas de sustentabilidad dentro de la gestión pública y la necesidad de reflejar el valor de los recursos naturales dentro de la cuentas nacionales del Estado. Adicionalmente se requiere de políticas de educación ambiental, acceso a la justicia y mecanismos de participación adecuados a las realidades nacionales y locales.

Todos estos elementos aún acusan debilidades en el Ecuador, a pesar de la vigencia de leyes y reglamentos. Entre los elementos señalados, la inclusión del valor económico de los recursos naturales (que, a su vez, aplique sistemas de indicadores de sustentabilidad para establecer referentes reales del valor del capital natural y el costo de su degradación de los ecosistemas) podría servir para equilibrar el valor de la biodiversidad y el costo de las actividades que la afectan. Entre estas actividades, está evidentemente la explotación de hidrocarburos.

En este contexto analizaremos cuáles son las principales normas que sustentan la actividad petrolera en el parque nacional Yasuní; cómo se contradicen con ciertos tratados internacionales; cuál es la relación entre el interés público de conservar la biodiversidad y el interés nacional de realizar actividades petroleras; y cómo la valorización económica de la biodiversidad podría apoyar políticas que privilegien su conservación y uso sustentable, frente a las actividades extractivas como la explotación petrolera. El análisis concluye con un énfasis en la necesidad de fortalecer la evaluación de impacto ambiental en las áreas protegidas y, entre ellas, dentro del parque Yasuní.

En efecto, este instrumento puede servir como herramienta preventiva y de alerta temprana de los daños ambientales que pueda producir la actividad petrolera. De hecho, no se avizora a corto plazo ninguna política estatal que privilegie la conservación y el uso sustentable de la biodiversidad en las áreas protegidas, ni que descarte la actividad petrolera por los riesgos e impactos ambientales que esta produce.

Evolución legal del parque Yasuní

El parque nacional Yasuní forma parte del patrimonio de áreas naturales del Estado que se encuentra regulado por el artículo 66 de la Ley forestal y de conservación de áreas protegidas y vida silvestre. Dicho artículo señala los elementos que destacan el valor de las áreas silvestres que conforman dicho patrimonio, los de protección, científico, escénico, educacional, turístico y recreacional; además destaca la importancia de la flora y fauna, así como el hecho de que constituya ecosistemas que contribuyen a mantener el equilibrio del medio ambiente.

El parque Yasuní se creó en 1979 mediante decreto interministerial. El antecedente fue el Decreto 1306, del 27 de agosto de 1971, que facultaba “a los ministerios de Producción, Recursos Naturales y Turismo para declarar y delimitar áreas de reserva o parques nacionales”. El Decreto 0322 fue el resultado del inventario de áreas de abundante biodiversidad recomendadas, por el Proyecto Ecu/71/527 de la Organización mundial de la alimentación y agricultura (FAO) que, en 1974 sirvió de base para la elaboración de la “Estrategia preliminar para la conservación de áreas sobresalientes del Ecuador” desarrollada por la Dirección general de desarrollo forestal del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

En su primera etapa la estrategia recomendaba la creación de 10 áreas protegidas, entre las que se incluía el parque Yasuní. Este decreto justificó también la necesidad de delimitar los parques nacionales y zonas de reserva. Respecto de los parques nacionales, dispuso lo siguiente:

Es un área extensa con las siguientes características y propósitos:

- Uno o varios ecosistemas en estado natural comprendidos dentro de un mínimo de diez mil has.
- Diversidad ecológica, especies únicas de fauna y flora, rasgos geológicos y hábitats de gran significado nacional para la ciencia, la educación y la recreación pública.
- Bajo el manejo directo y privativo del Servicio del parque nacional designado por el gobierno, se mantiene el área en su condición natural, para la preservación de la naturaleza y sus recursos naturales en forma permanente e indefinida.
- Se permite la entrada de visitantes bajo condiciones controladas, para

propósitos de inspiración, educación, investigación, cultura y recreación.³

Según el texto se aprecia que la intención del Estado respecto a los parques nacionales es la de mantener el área en su condición natural por lo que su manejo es estrictamente de conservación. El mismo decreto delimitó el parque Yasuní además de otros parques nacionales y reservas como los parques nacionales Cotopaxi, Machalilla y Sangay, las reservas ecológicas Cayambe Coca, Cotachachi Cayapas, Manglares Churute, la reserva de producción faunística Cuyabeno y las áreas nacionales de recreación del Cajas y el Boliche.

En 1989, a través del programa “El hombre y la biosfera”, la Organización de las Naciones Unidas para la ciencia y la cultura (UNESCO) declaró al parque Yasuní como reserva de la biosfera. Esta figura se mantiene como un programa, bajo el ámbito del Convenio sobre el patrimonio natural y cultural de la humanidad, pero requiere ser incorporada como figura legal dentro de la Ley forestal y de conservación de áreas naturales y vida silvestre.

En abril de 1990 se modificaron los límites originales del parque Yasuní mediante el Acuerdo No. 0191 del Ministerio de Agricultura y Ganadería, del 2 de abril de 1990, para delimitar el territorio del pueblo huao. Posteriormente, se entregaron partes del parque Yasuní a los pueblos indígenas, estableciéndose límites más amplios para el parque Yasuní mediante Acuerdo ministerial No. 0202, del 16 de mayo de 1992.

Más tarde, se creó la zona intangible Tagaeri-Taromenane, que restringe claramente actividades hidrocarburíferas dentro del área delimitada. La extensión de la zona intangible de acuerdo al decreto de creación era aproximadamente de 700.000 has (Villaverde *et al.*, 2005: 88 y 93) ampliadas a 758.051 has en enero de 2007.

3 Decreto interministerial No. 322, del 26 de julio de 1979, publicado en el Registro Oficial 69 del 20 de noviembre de 1979.

El artículo 1 del Decreto No. 522 señala:

Declárase zona intangible de conservación vedada a perpetuidad a todo tipo de actividad extractiva, las tierras de habitación y desarrollo de los grupos huaorani, conocidos como Tagaeri, Taromenane y otros eventuales que permanecen sin contacto, ubicadas hacia el sur de las tierras adjudicadas a la nacionalidad huaorani en 1990 y del parque Yasuní.⁴

Llama la atención la insuficiente jerarquía legal de una decisión tan importante para la permanencia de los grupos indígenas señalados y para la misma conservación del parque Yasuní, pues la resolución se ampara en una decisión meramente administrativa que prohíbe la actividad extractiva indebidamente mediante decreto y no mediante una ley. Solo mediante ley se podría prohibir la actividad petrolera, el artículo primero del Código Civil, define a la ley como la “declaración de la voluntad soberana que, manifestada en forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite” (República del Ecuador 2006 a).

Como vemos entonces el parque nacional Yasuní es un área protegida declarada como tal por su riqueza en biodiversidad y que, además es reconocida internacionalmente como núcleo de una reserva de biosfera.

Principales normas legales vigentes en el parque Yasuní

Antes de referirnos a la normativa aplicable a la actividad petrolera en el parque Yasuní es importante aclarar cómo se entiende su orden jerárquico. La jerarquía normativa está dada por la Constitución, que señala:

La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía,

⁴ Decreto presidencial No. 522, del 29 de enero de 1999, artículo 1, en Ministerio del Medio Ambiente, Unión Europea, 1999.

las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

(República del Ecuador 2006 b, artículo 272)

[...] Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

(República del Ecuador 2006 b, artículo 163)

Adicionalmente, según el artículo 142 de la Constitución, las leyes pueden ser orgánicas u ordinarias, las primeras prevalecen sobre las segundas:

Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: “las que regulen la organización y actividades de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; las del régimen seccional autónomo y las de los organismos del Estado, establecidos en la Constitución. Las relativas al régimen de partidos, al ejercicio de los derechos políticos y al sistema electoral. Las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección. Las que la Constitución determine que se expidan con este carácter. Las demás serán leyes ordinarias [...] Las leyes orgánicas serán aprobadas, reformadas, derogadas o interpretadas por mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional. Una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de ley especial.

(República del Ecuador 2006 b, artículos 142 y 143)

En función de las normas señaladas, la jerarquía normativa está dada en el siguiente orden: tratados internacionales, Constitución política, leyes orgánicas, leyes ordinarias, reglamentos, decretos, ordenanzas, acuerdos y resoluciones.

Las principales leyes y los reglamentos nacionales aplicables al parque Yasuní – que establecen el marco jurídico e institucional en función de la jerarquía normativa señalada – son los tratados internacionales, la Constitución política; la Ley de parques y reservas; la Ley de gestión ambiental; la Ley forestal y conservación de áreas naturales y vida silvestre; la Ley de hidrocarburos; el Reglamento de operaciones hidrocarburi-

feras y el Reglamento ambiental para las actividades hidrocarburíferas. A estas normas se agregan el Reglamento de consulta y participación para la realización de actividades hidrocarburíferas, el Reglamento al artículo 28 de la Ley de gestión ambiental sobre la participación ciudadana y consulta previa⁵ y los reglamentos aplicables de la Ley de gestión ambiental, contenidos en el Texto unificado de legislación ambiental secundaria (TULAS) (Cf. Anexo 3 a).

En función de la jerarquía normativa, el primer problema que se aprecia en este análisis es que las disposiciones de los tratados internacionales aplicables al parque Yasuní se contradicen con el artículo 6 de la Ley de gestión ambiental. El segundo problema consiste en que esta última norma, a su vez, se contradice con el artículo 68 de la Ley forestal y de conservación de áreas naturales y vida silvestre y con la Ley de parques y reservas. El tercer problema que veremos luego es que la Constitución, en el artículo 86, declara “de interés público” la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país y, por otro lado, en el artículo 247, declara “de interés nacional” la explotación de recursos naturales no renovables como el petróleo:

Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial. Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley. Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios. Se garantizará la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias. Se prohíbe la transferencia de las concesiones y cualquier forma de acaparamiento directo o indirecto por el Estado o por particulares, de los medios de expresión y comunicación social. Las aguas son bienes nacionales de uso público; su dominio será inalienable e imprescriptible; su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley.

(República del Ecuador 2006 b, artículo 247)

5 Registro Oficial No. 380, del 19 de octubre de 2006.

Respecto a este último problema, se trata de dilucidar si el interés público prevalece sobre el interés nacional, o si se trata de dos conceptos equivalentes. Estas contradicciones legales constituyen, hasta el momento, un problema no resuelto en el sistema jurídico.

Por otro lado, la Ley de hidrocarburos, en el artículo 1, señala que la explotación petrolera se ceñirá a los lineamientos del desarrollo sustentable y de la protección y conservación del medio ambiente:

Los yacimientos de hidrocarburos y sustancias que los acompañan, en cualquier estado físico en que se encuentren situados en el territorio nacional, incluyendo las zonas cubiertas por las aguas del mar territorial, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado.

Su explotación se ceñirá a los lineamientos del desarrollo sustentable y de la protección y conservación del medio ambiente.

(Ley de hidrocarburos, artículo 1)

Ello quiere decir que, para efectos de las actividades petroleras en áreas protegidas (o fuera de éstas), deberá aplicarse el artículo 3 de la Ley de gestión ambiental, que exige que la gestión ambiental se conduzca conforme a los principios de la Declaración de Río de Janeiro de 1992:

El proceso de Gestión Ambiental, se orientará según los principios universales del Desarrollo Sustentable, contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

(República del Ecuador 2006 c, artículo 3)

Entre sus principios la Declaración de Río establece que el desarrollo sustentable es aquel que satisface las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones. Ello quiere decir que las actividades petroleras deben velar por que la biodiversidad – como base natural que sustenta la vida – no se ponga en riesgo, en miras a la responsabilidad ética de garantizar su conservación para las futuras generaciones. Adicionalmente esta declaración establece el “principio de precaución” como una herramienta fundamental que debería servir para descartar la actividad petrolera en áreas protegidas, especialmente cuando ésta ponga en riesgo la riqueza biológica del área. Este principio propone

que, cuando exista falta de evidencia científica respecto a los riesgos ambientales de determinada actividad, dicha incertidumbre no deberá servir para evitar la aplicación de medidas de prevención y precaución. El artículo 91 de la Constitución política del Estado señala este principio:

El Estado, sus delegatarios y concesionarios [...] tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño.

(República del Ecuador 2006 b, artículo 91)

Actualmente, la conducción de operaciones hidrocarburíferas dentro del parque Yasuní se relaciona con la posibilidad prevista en la norma del artículo 6 de la Ley de gestión ambiental, el cual establece que – por excepción y por interés nacional, previo un estudio de factibilidad económico y de evaluación de impactos ambientales – se podrán realizar actividades hidrocarburíferas dentro de las áreas protegidas del Estado y en ecosistemas frágiles. Esta disposición está vigente desde 1999, sin embargo, más adelante analizaremos como contraviene claros objetivos, tanto de los convenios internacionales como de la Ley forestal y conservación de áreas naturales y vida silvestre, respecto a la conservación de las áreas protegidas.

El conflicto legal se refiere a varias leyes que regulan distintas materias. Primeramente, si los tratados internacionales (que pueden prevalecer sobre otras normas) señalan la inviolabilidad de las áreas protegidas, las leyes nacionales no deberían regular en contrario, como ocurre en nuestra legislación. Finalmente, la política del Estado en esta materia es contradictoria. En el plano legal, como hemos visto, no es clara respecto al principio de inalterabilidad de las áreas protegidas; pero a nivel de documentos de planificación – que tienen sólo un carácter indicativo sin fuerza legal – se prohíbe las actividades petroleras en áreas protegidas.

En la “Propuesta de políticas básicas para el uso sustentable y la conservación” dentro de la política y estrategia nacional de biodiversidad del Ecuador (2001-2010), entre otras, se señala la exención de nuevas actividades petroleras en áreas protegidas:

El Sistema Nacional de Áreas Protegidas será fortalecido [...] En el Patrimonio Natural de Áreas Protegidas quedarán exentas las actividades mineras, nuevas concesiones petroleras, obras de infraestructura de alto riesgo, extracción comercial de madera, forestación industrial y actividades agrícolas, ganaderas y acuícolas no sustentables.

(Ministerio del Ambiente del Ecuador 2001:32)

Este documento no tiene fuerza legal pero es un indicador del interés del sector conservacionista en prohibir este tipo de actividades en áreas protegidas. Sin embargo, el artículo 6 de la Ley de gestión ambiental, al señalar que, por excepción, son admisibles tales actividades, no deja mayor espacio de aplicación a la propuesta de dicha estrategia:

El aprovechamiento racional de los recursos naturales no renovables en función de los intereses nacionales dentro del patrimonio de áreas naturales protegidas del Estado y en ecosistemas frágiles, tendrán lugar por excepción previo un estudio de factibilidad económico y de evaluación de impactos ambientales.

(República del Ecuador 2006 c, artículo 6)

En cuanto a la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la “estrategia andina de biodiversidad” indica lo siguiente, respecto a las actividades petroleras en áreas protegidas:

Entre las principales debilidades encontramos que todavía no existe un buen nivel de interacción entre las dependencias de las instituciones públicas que manejan los temas de biodiversidad con las que manejan los temas del desarrollo; no hay un concepto unificado sobre la función específica de un estudio de impacto ambiental, como herramienta que integra la biodiversidad en los proyectos, aunque la gestión de la biodiversidad en megaproyectos ha tenido mejor atención para algunos sectores más grandes, como los energéticos (petróleo y gas), mineros o de transportes. Los países de la subregión andina, en general, todavía no poseen sistemas en funcionamiento de valoración económica de la biodiversidad, situación que hace que los impactos de los megaproyectos no puedan ser valorados de manera objetiva.

(CAN 2006: 40)

Las decisiones de gestión ambiental aplicables al parque Yasuní se expresan a través de las políticas explícitas contenidas en las normas señaladas y en los respectivos contratos hidrocarburíferos. Estas políticas se canalizan mediante una estructura organizativa del Estado conformada por sus instituciones. Así entendemos la existencia de un marco institucional para la gestión ambiental de las operaciones hidrocarburíferas dentro del parque Yasuní.

La figura central creada a partir de la vigencia de la Ley de gestión ambiental (en 1999) es el sistema nacional descentralizado de gestión ambiental (Cf. Cuadro 1) que, de acuerdo al artículo 10 de dicha ley, es:

[un] mecanismo de coordinación transectorial, integración y cooperación entre los distintos ámbitos de gestión ambiental y manejo de recursos naturales.

Cuadro 1	
Esquema del sistema nacional descentralizado de gestión ambiental	
Nivel de Gestión	Institución
1. Directriz	Presidencia de la República (políticas petroleras/políticas ambientales). Consejo Nacional de Desarrollo Sustentable (Asesor en materia de estrategias para el desarrollo sustentable).
2. Rector	Ministerio del Ambiente en materia de Áreas Protegidas.
3. Coordinador	Comisión Nacional de Coordinación del sistema nacional descentralizado de gestión ambiental establece reglas de coordinación.
4. Operativo	Organismos sectoriales. Subsecretaría de Protección Ambiental y Dirección Nacional de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas. Gobiernos seccionales autónomos. Organismos de justicia y policía. Delegatarios y concesionarios.

Las competencias de las distintas instituciones públicas que conforman el sistema nacional descentralizado de gestión ambiental pueden ser directas, concurrentes o conexas. Para solucionar los conflictos de competencias que podrían presentarse entre el Ministerio del Ambiente y el Ministerio de Energía y Minas para el caso de la gestión ambiental del parque Yasuní, la Ley de gestión ambiental señala reglas en el artículo 9 literal g:

Le corresponde al Ministerio del ramo [...] Dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre los organismos integrantes del Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental; la resolución que se dicte al respecto causará ejecutoria. Si el conflicto de competencia involucra al Ministerio del ramo, éste remitirá el expediente al Procurador General del Estado, para que resuelva lo pertinente. Esta resolución causará ejecutoria [...]

(República del Ecuador 2006 c, artículo 9)

La debilidad del sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, hasta el momento, consiste en que este no tiene operatividad por la falta de una reglamentación que establezca niveles de gestión y tampoco ha sido impulsado por el Consejo nacional de desarrollo sustentable y por la Comisión nacional de coordinación debido a la falta de conformación de estas dos instituciones.

Además de la operatividad del sistema nacional descentralizado de gestión ambiental (lo que le daría mayor claridad a la coordinación institucional) otros elementos que complementarían al fortalecimiento de la gestión de la biodiversidad versus la actividad petrolera en el parque Yasuní son: el ordenamiento territorial del país en función de un enfoque ecosistémico, la valoración de las cuentas patrimoniales que incluyan a los servicios ambientales de las áreas protegidas y la necesidad de introducir figuras jurídicas dentro de la Ley forestal (como la de “reserva de biosfera”).

Adicionalmente, según manda la Constitución de la República, el sistema nacional de áreas naturales protegidas no ha sido establecido como tal en la Ley forestal, por lo que es necesario introducir una reforma en este sentido.

Contradicción normativa con los tratados internacionales

Los tratados internacionales⁶, una vez publicados en el Registro Oficial, constituyen leyes de la República. El artículo 163 de la Constitución política del Estado dispone que los tratados internacionales prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía. Aquí habría que reflexionar sobre la preeminencia de varios tratados internacionales que, siendo leyes del Ecuador, claramente sugieren la prohibición de las actividades petroleras al interior de las áreas protegidas.

El parque Yasuní, al constituir una área que forma parte del patrimonio de áreas protegidas del Estado (la cual se basa en sus características muy especiales) está sujeto a varios instrumentos y convenios internacionales. Del texto de los más importantes tratados internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, se puede apreciar con claridad que la actividad petrolera no es factible dentro de los parques nacionales (Cf. Anexo 3 b). Así por ejemplo, el Convenio sobre la flora y fauna silvestre y las bellezas escénicas de los países de América, suscrito en Washington en 1940; la Convención de patrimonio mundial de la humanidad, dentro de la cual se inserta el programa “El hombre y la biosfera”, la Convención Ramsar sobre los humedales, la Convención de especies migratorias y el Convenio sobre diversidad biológica señalan que las áreas protegidas no tienen otro fin que el de ser conservadas para mantener el equilibrio ecológico entre otros aspectos.

El artículo 6 de la Ley de gestión ambiental, que permite por excepción la explotación petrolera en áreas protegidas contradice las disposiciones de los tratados internacionales que no admiten excepción alguna a la regla general.

6 La Convención de Viena define a un tratado internacional como un acuerdo internacional entre Estados de manera escrita y regido por el derecho internacional (Cf. PNUMA, 1995).

Interés público de conservar la biodiversidad versus interés nacional de realizar actividades petroleras

El artículo 86 de la Constitución política del Ecuador señala:

Se declaran de interés público y se regularán conforme a la ley:

1. La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país.
2. La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas.
3. El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

(República del Ecuador 2006 b, artículo 86)

Aquí cabe analizar la implicación de las normas citadas como de interés público. Este concepto se asimila al de interés general y al bien común, que están entre los objetivos primordiales del Estado. También se ha dicho que el derecho administrativo, es decir el sistema de reglas que regulan las relaciones entre el Estado y los particulares está estrictamente ligado al interés público desde los principios de la ética pública. Si proyectamos el interés público del derecho administrativo a la biodiversidad, entendemos la relación de su conservación y manejo con la ética pública, que obliga al Estado a preservarla en beneficio de toda la población.

Según Sánchez Sáez (1998):

[...] la conceptualización de lo que sea de “interés público” es una tarea eminentemente política y jurisdiccional, que depende de circunstancias históricas y espaciales, que tiende fundamentalmente a satisfacer las necesidades sociales de cada momento.

En este sentido, la Constitución ha dispuesto política y circunstancialmente la protección de la biodiversidad como de interés público. Las disposiciones constitucionales citadas en el artículo 86 declaran de interés público entre otras cosas “la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país”. Por lo tanto, se ha de entender la implicación ética de este precepto, tomando en cuenta la tutela jurídica del Estado sobre el ambiente, que debe garantizar el bien común y el interés general de “defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente”.

Adicionalmente, el artículo 247 de la Constitución señala la propiedad imprescriptible e inalienable del Estado sobre los recursos del subsuelo. Pero si bien esta norma se refiere al patrimonio estatal, no por ello el reconocimiento legal de dicha propiedad puede afectar al ambiente, y a la biodiversidad, cuya integridad compete proteger al Estado.

Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial.

Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.

(República del Ecuador 2006 b, artículo 247)

La mención que hace este artículo sobre el “interés nacional”, la entendemos como equivalente de “interés público”, pues no puede haber interés nacional que no sea de interés público. Por lo tanto, es obligación del Estado proteger la biodiversidad y la integridad genética del país evitando que las actividades petroleras pongan en riesgo este patrimonio.

El artículo 6 de la Ley de gestión ambiental señala un régimen de excepción cuando dispone que el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables en función de los intereses nacionales tendrá lugar previo un estudio de factibilidad económico y de evaluación de impacto ambiental. Si se asume que el interés nacional es equivalente al interés público, se entiende que el estudio de factibilidad económico⁷ y el estu-

dio de impacto ambiental serán suficientemente estrictos para evitar atentar contra el interés público de preservar la biodiversidad y el patrimonio genético del país. Sólo en la medida en que estos instrumentos administrativos aseguren suficientemente dicho interés público, sería aceptable la excepción señalada; y por lo tanto podrían ser aplicables de manera concurrente los artículos 68 y 75 de la Ley forestal, que disponen la inalterabilidad de las áreas protegidas.

La valoración económica de la biodiversidad

Entre los objetivos de la economía, la Constitución política prevé (en el artículo 243) que ésta deberá ser ambientalmente sustentable. Ello significa que la actividad petrolera deberá respetar la capacidad de regeneración de los ecosistemas y no ponerlos en peligro, como sería el caso de la actividad petrolera en el parque Yasuní. Por otro lado, la política ambiental del Estado debe valorar el capital natural del país, según lo señalado por el artículo 15 de la Ley de gestión ambiental:

El Ministerio a cargo de las finanzas públicas, en coordinación con el Ministerio del ramo elaborará un sistema de cuentas patrimoniales, con la finalidad de disponer de una adecuada valoración del medio ambiente en el país y procurarán internalizar el valor ecológico de los recursos naturales y los costos sociales derivados de la degradación ambiental. El Ministerio del ramo presentará anualmente al Sistema Descentralizado de gestión ambiental un informe técnico en el que consten los resultados de la valoración económica del medio ambiente y de los recursos naturales renovables.

(República del Ecuador 2006 c, artículo 15)

De esta disposición y del artículo 6 de la misma ley, se deduce que la excepción de realizar actividades petroleras en áreas protegidas como el parque Yasuní depende de la factibilidad económica de realizarla. Ello implica contrastarla con la valoración de la biodiversidad del área que

7 No está claro si este estudio se refiere a la evaluación económica de la biodiversidad para soportarla con el valor económico de la explotación hidrocarbúrfica.

podría demostrar que es más factible la conservación y uso sustentable de la biodiversidad que la actividad petrolera.

[...] la valoración económica se ha visto como un instrumento que permite poner en evidencia los diferentes usos de los recursos biológicos y la biodiversidad. Si se muestra que la conservación de la biodiversidad puede tener un valor económico positivo mayor que el de las actividades que la amenazan, la información que se pueda generar sobre sus beneficios ecológicos, culturales, estéticos y económicos apoyará las acciones para protegerla y conservarla productivamente, convirtiéndose en una herramienta importante para influir en la toma de decisiones gubernamentales y sociales, colectivas e individuales.

Un recurso biológico frecuentemente tiene varios valores económicos simultáneamente. El caso del sistema de bosque es ilustrativo. Se puede valorar por su producción maderera (valor de uso directo); por su protección de los acuíferos y el suelo, por su contribución a la calidad del aire, por los servicios de auto-sostenimiento para la riqueza biótica que contiene (valores de uso indirecto). Las especies que se localizan en el sistema pueden tener usos potenciales futuros en alimentos, productos farmacéuticos o nuevas materias primas (valor de opción), y su conservación puede ser un bien en sí mismo para los individuos (valor de existencia) o por poderlos legar a sus descendientes (valor de herencia). Es de notarse que los valores de uso directo pueden ser positivos o negativos con relación a la conservación del recurso, mientras que el resto de los valores tiene una connotación positiva casi siempre. Particularmente los usos extractivos concentran el impacto humano sobre los recursos naturales.”

(De Alba y Reyes 1998: 211)

La evaluación ambiental

Hasta que el actual conflicto legal y político de admitir o no actividades petroleras en áreas protegidas esté resuelto, la única herramienta preventiva para regular el riesgo de la actividad petrolera en áreas protegidas es la evaluación de impacto ambiental. El proceso de evaluación de impacto ambiental – y los estudios de impacto ambiental y planes de manejo que son el resultado de dicho proceso – son los más importantes instrumentos administrativos para aplicar mecanismos de prevención ambien-

tal, que se exige a las empresas petroleras para ingresar a un ecosistema frágil (Cf. *Supra*, capítulo 1).

Los estudios de impacto ambiental para actividades de hidrocarburos que se realicen dentro de las áreas naturales protegidas requieren de una especialidad o rigurosidad mayor. El Reglamento ambiental para las operaciones hidrocarburíferas no establece reglas más estrictas para los estudios de impacto ambiental en áreas protegidas, de manera que se hace necesario incluirlas dentro de los distintos ámbitos de la evaluación de impacto ambiental, es decir dentro de los términos de referencia, dentro de los estudios de impacto ambiental y dentro de los planes de manejo.

Conclusiones y recomendaciones

Las áreas naturales protegidas por su riqueza en biodiversidad – como el parque Yasuní – son espacios que cuentan con una protección legal adicional, otorgada en razón de la declaratoria de interés público que el propio Estado ha determinado y del que se deriva como fin principal aquel de la conservación de la diversidad biológica existente. Por lo tanto, cualquier actividad que se realice paralelamente sobre el área no puede afectar este fin. Las áreas naturales protegidas, como espacios privilegiados dentro del territorio nacional, merecen un nivel mayor de exigencia en las condiciones que se establezcan para la ejecución de proyectos – no solamente de carácter hidrocarburífero, sino también de carácter turístico, de habilitación de infraestructura, etc.

Ni las leyes, tampoco la política ambiental del Ecuador han determinado cuáles son los límites para señalar a una actividad de hidrocarburos como potencialmente riesgosa para un área natural protegida y cuándo ésta debe ser prohibida. Lo que sí se ha hecho, es determinar cuáles deben ser los requisitos para admitirla según lo establecido por el artículo 6 de la Ley de gestión ambiental, lo cual como se ha visto contradice tratados internacionales y otras leyes nacionales. La singularidad, especialidad e importancia de las áreas naturales protegidas no se ha traducido aún en una mayor rigurosidad para regular el acceso a estas áreas de los grandes proyectos como los de hidrocarburos.

Las políticas que se desprenden de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador señalan que es preferible evitar la extracción de hidrocarburos en las áreas naturales protegidas como el parque Yasuní. Como corolario, no se debería permitir la actividad petrolera en parques nacionales como el parque Yasuní pues si bien la tecnología actual permite disminuir y controlar los riesgos de una manera adecuada, hay una serie de impactos directos e indirectos, sobre los cuales todavía no se tiene mucha experiencia y que pueden poner en peligro el cumplimiento de los fines de las áreas protegidas.

Sin embargo, la vigencia del artículo 6 de la Ley de gestión ambiental, salvo que proceda su derogatoria, hace muy difícil que la política actual del Estado haga efectiva una prohibición total para las actividades hidrocarburíferas en áreas naturales protegidas. Por lo tanto, en los casos que se opte por realizar estas actividades en áreas protegidas, debe existir una rigurosidad mayor en los estudios de impacto ambiental. Para este efecto el artículo 6 de la Ley de gestión ambiental debe ser reglamentado. Entre otros aspectos, su reglamentación debería indicar que el aprovechamiento de recursos naturales no renovables sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación y el plan de manejo del área, además de no perjudicar el cumplimiento de los fines de interés público para los cuales se ha establecido dicha área.

Estos aspectos, parecería que podrían estar garantizados por el reciente Proyecto de reglamento general a la Ley de gestión ambiental que, en su parte pertinente señala:

Artículo 5 [...] El interés nacional para el aprovechamiento por excepción de recursos no renovables en áreas protegidas y ecosistemas frágiles, deberá estar declarado por ley y en forma específica para cada proyecto o actividad de que se trate.

Artículo 6 [...] Establecido el interés nacional, el proyecto o actividad de que se trate, deberá someterse a la elaboración de estudios de impacto ambiental y planes de manejo, en el marco del Subsistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Áreas Protegidas y Ecosistemas Frágiles, a cargo de la autoridad ambiental nacional. En este contexto, la autoridad ambiental nacional deberá realizar una consulta previa informada a fin de contar con los criterios de la ciudadanía en general. Para este efecto, se

utilizará la información resultante de los estudios de impacto ambiental y de factibilidad económica. El licenciamiento ambiental de la actividad o proyecto será otorgada mediante Decreto Ejecutivo.

Artículo 7 [...] Los estudios de factibilidad económica, deberán establecer una valoración actual y potencial de la biodiversidad, sus usos y servicios ecológicos, presentes en el área o ecosistema que se verían afectados. Incluirá, además, un análisis comparativo de los resultados de la valoración efectuada frente a los beneficios potenciales que reportaría el desarrollo de la actividad o proyecto. En esta estimación, se identificarán los sectores sociales afectados positiva y negativamente. La factibilidad económica del proyecto o actividad se determinará haciendo un análisis comparativo entre sus beneficios y aquellos que depara la conservación del área o ecosistema. El formato y requerimientos de información que deberá llenar el estudio, serán determinados por la autoridad ambiental nacional.

Artículo 8 [...] En caso de duda sobre la viabilidad económica y socioambiental del proyecto o actividad al interior de un área protegida o ecosistema frágil, se aplicará el principio de precaución previsto en el artículo 91 de la Constitución Política del Estado. En este caso, la autoridad ambiental nacional dispondrá que se realicen las investigaciones y modificaciones técnicas al proyecto o actividad, indispensables para eliminar la incertidumbre sobre el alcance de los impactos y asegurar el menor daño ambiental posible. Demostrados científicamente estos últimos eventos, se podrá proseguir con el proceso de aprobación y licenciamiento.

Según este Proyecto de reglamento, el interés nacional sólo podría declararse por ley para cada proyecto en específico, lo que asegura la debida reflexión y debate. La evaluación de impacto ambiental en áreas protegidas obedecería a un especialísimo subsistema de evaluación de impactos ambientales, lo que implica una mayor rigurosidad. El estudio de factibilidad económica tal como se lo detalla podría dar lugar a que se determine la preeminencia de la conservación sobre la actividad petrolera y la aplicación del principio de precaución que garantiza la máxima mitigación en el caso de que la actividad proceda.

En todo caso, conforme a los argumentos planteados antes, lo óptimo sería más bien la prohibición total de las actividades hidrocarbúricas en el parque nacional Yasuní y en las áreas naturales protegidas en general.