

PROYECTO PARAMO ANDINO PPA-EcoCiencia¹



ENFOQUE NEOCONSTITUCIONAL: LA DIMENSION AMBIENTAL EN LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

Iván Narváez²
FLACSO- Ecuador
Quito, 26 de febrero de 2010.

Antecedentes

El Proyecto Páramo Andino-Ecuador (PPA) a través del componente Políticas Públicas ha querido desarrollar un documento conceptual sobre la Dimensión ambiental de la nueva Constitución de la República del Ecuador (CRE08), que permita establecer alternativas para la protección y manejo sostenible de ecosistema frágiles -especialmente páramos- por actores nacionales y locales. Con el fin de apoyar este proceso de reflexión sobre el paradigma neoconstitucionalista, sus potencialidades y limitaciones a considerar para la gestión ambiental y la conservación de los páramos del Ecuador, tenemos el agrado de aportar a este debate a través del siguiente documento del Dr. Iván Narváez, en calidad de abogado consultor jurídico del PPA-EcoCiencia. Todos los comentarios y sugerencias apoyarán -estamos seguros- el desafío que representa hacer efectivos los preceptos constitucionales en Ecuador, especialmente los referidos a los mundialmente inéditos derechos de la naturaleza (DDNN), y de forma específica para los páramos y ecosistemas frágiles de montaña.

¹ EcoCiencia es una fundación ecuatoriana cuya misión es promover estilos de vida armoniosos entre poblaciones locales y la naturaleza, través de la investigación ecológica y los conocimientos válidos para la conservación de la biodiversidad y manejo sostenible de los recursos naturales. El Proyecto Páramo Andino (PPA) es una iniciativa regional que en el país la coordina EcoCiencia y que se implementa con nuestras contrapartes locales: Altropico, Arco Iris y FBU. El componente de Políticas Públicas del PPA-EcoCiencia, bajo responsabilidad de Víctor López A., ha apoyado la reflexión sobre los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución con el propósito de encontrar mecanismos efectivos para la conservación y manejo sostenible de los páramos –y otros ecosistemas frágiles- con una gestión más estricta y extensiva a los actores locales. Ver: www.ecociencia.org

² Iván Narváez: profesor e investigador de FLACSO – Ecuador: Dr. En jurisprudencia, MS.c en Ciencias Sociales con Mención en Estudios Amazónicos; Doctor en Derecho ©. Autor de: Petróleo y poder: el colapso de un lugar singular, FLACSO 2009; Derecho Ambiental y temas de sociología ambiental, 2004, Ed. Jurídica Cevallos; Frontera Violenta, 2002; La dimensión política en la problemática socio-ambiental petrolera, Petroecuador, 2000; Maxus – Huaorani: poder étnico Vs. Poder transnacional, 1996, Ed. Porvenir. Coautor: Yasuní en el siglo XXI, 2007, FLACSO, La guerra del fuego, 2008, FLACSO. (El autor está realizando una investigación más amplia sobre neoconstitucionalismo y Derecho ambiental. Quito/25/01/10).

Índice

1. El Estado de derecho.....	1
2. El neoconstitucionalismo.....	4
3. El Estado constitucional de derechos.....	9
4. Observaciones a los modelos: Estado de Derecho y Estado constitucional.....	13
5. Derechos de la naturaleza.....	15
6. Los derechos de la naturaleza en la Constitución ecuatoriana.....	20
7. Sinopsis ambiental de la Constitución garantista (enfoque neoconstitucional)....	26
8. Conclusiones.....	29
9. Bibliografía.....	33

1. El Estado de derecho

En principio corresponde elucidar qué es el Estado y el rol que cumple en la sociedad; para el efecto se parte de la afirmación de que el Estado es una abstracción jurídica que se materializa cuando ejerce una serie de atributos y potestades como sociedad jurídica y políticamente organizada; pero definitivamente no es una cosa y en consecuencia no existe como tal. Para Miliband (1970:50) el término Estado designa a cierto número de instituciones particulares que, en su conjunto, constituyen su realidad y ejercen influencia unas entre otras en calidad de parte de aquello, a lo que se puede llamar sistema de Estado. En consecuencia, procede comprenderlo desde esta complejidad.³

Las diversas definiciones de Estado parten por establecer sus elementos constitutivos, a fin de comprender su devenir histórico, estructura, funciones, formas de manifestación más importantes y las tendencias de su evolución. La teoría general del

³ Respecto al Estado y el gobierno Miliband señala que nada tiene de sorprendente que a menudo gobierno y Estado nos parezcan sinónimos. Pues el gobierno es el que habla en nombre del Estado. Al Estado se refería Weber cuando dijo en su frase famosa, que, para ser, tiene que “arrogarse con éxito el monopolio del uso legítimo de la fuerza física en un determinado territorio”. Insiste en que “el Estado” no puede arrogarse nada: solo puede hacerlo el gobierno del momento, sus agentes en los que haya delegado debidamente su poder (Miliband, 1970:50).

Se ha dicho a menudo que los hombres no prestan acatamiento al gobierno del momento, sino al Estado. Pero el Estado, desde este punto de vista, es una entidad nebulosa, y aunque los hombres tal vez decidan prestarle su acatamiento, es al gobierno al que se les exige que den obediencia. Un desacatamiento de sus órdenes es un desacato contra el Estado, en cuyo nombre sólo el gobierno puede hablar y de cuyas acciones, en última instancia, tiene que asumir la responsabilidad (Ibíd:50).

El Estado nacional ha sido el instrumento idóneo para territorializar el espacio; dividir y someter política y culturalmente; disciplinar laboralmente y explotar capitalistamente (de manera diferencial y estratificada); y homogeneizar jurídicamente (mercantilizando y ciudadanizando) a las personas humanas. El Estado nacional como entidad dotada de dispositivos de vigilancia, control y castigo social, ha sido parte de la formación y ampliación del sistema interestatal, y desde el punto de vista económico, la regeneración de la acumulación ha dependido de su modernización institucional.

Estado discurre respecto a su esencia, fines, justificación, configuración organizativa e institucional con base en sus principios generales.

Partiendo de la afirmación de que el Estado concreto y la Constitución concreta son el material empírico, la materia a partir de la cual son deducidos y desarrollados los conocimientos, elementos comunes y principios generales; si se puede asumir lo que desde antiguo se viene sosteniendo, que el Estado es a la vez la sociedad jurídica y políticamente organizada.

Para la tradición jurídica, esta sociedad política compleja se erige sobre la base de un orden jurídico que establece que el Estado tiene el monopolio de la producción normativa, el indiscutible predominio de la ley sobre el poder político y que la forma de relación con los ciudadanos es la norma jurídica. De la norma jurídica proviene la facultad pública limitada y regulada por ella y en consecuencia, la fuente legítima de la autoridad es la ley, esta determina las potestades de la autoridad. El imperio de la Ley es asumido como la condición fundamental sustentada en el principio de legalidad⁴ (todo poder en el Estado procede del Derecho y se ejerce de conformidad con el Derecho). No hay poder fuera de la Ley ni en contra de la Ley. El Derecho tiene una función incluyente y totalizadora respecto de toda manifestación de poder. No hay poder sin legalidad. El Estado de Derecho optó por un estatismo, un legiscentrismo y una interpretación formal del derecho.

En el Estado de derecho los presupuestos esenciales comprenden: calidad de las normas legales, coherencia del ordenamiento jurídico, efectiva vigencia de la ley, limitación del poder, en función de garantizar seguridad jurídica y estabilidad política.

Entre sus Principios básicos constan: separación e independencia de poderes o funciones y los sistemas de balances y controles entre ellas; sometimiento a la legalidad; seguridad jurídica; tipicidad penal; irretroactividad de la ley; garantías del debido proceso;

⁴ El imperio de la ley comprende la vigencia efectiva del sistema legal, excluye: arbitrariedad, inseguridad jurídica, manipulación política o administrativa y supone la sujeción de la política al Derecho, en el Estado de derecho.

impugnabilidad de los actos de la administración; unidad jurisdiccional y responsabilidad objetiva del Estado.

Primacía constitucional: El congreso y las asambleas de todo orden, incluso cuando manifiestan su poder por medio de mayorías de legisladores, están sometidos a límites constitucionalmente establecidos. Su acción se enmarca en los principios básicos de la convivencia, en la constitución escrita o consuetudinaria y en los tratados.

El control jurisdiccional sobre el poder del legislador es parte del sistema de controles propio del poder compartido y no concentrado. En igual forma, los actos y omisiones del Ejecutivo están sometidos al control de los tribunales, inclusive cuando ejerce potestades normativas delegadas. La independencia de la Magistratura es una expresión del principio de legalidad, y ello implica la no intervención de los poderes ejecutivo y legislativo en el poder judicial.

La división de poderes: a partir del Estado liberal la estructura básica del Estado ha girado en torno al modelo de Montesquieu⁵ y su teoría a los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Actualmente la teoría del derecho y de la democracia ha incorporado novísimos elementos que permiten comprender y justificar los cambios y transformaciones de la estructura del Estado. Ferrajoli (2008:339) fundamenta el porqué procede repensar y rediseñar la estructura de la esfera pública y, específicamente, la separación de poderes.⁶

“Se trata de modelos elaborados hace tres siglos con referencia a arreglos institucionales incomparablemente más simples que las actuales democracias constitucionales (...) Respecto a estos arreglos la función principal de la división de poderes era la de diferenciar a los poderes del estado, de tal modo que el uno fuera el freno y el límite del otro; en particular se trataba de garantizar la separación e independencia del poder monárquico de otra forma absoluto, de la función legislativa y de la función judicial. Este modelo ha condicionado profundamente la construcción del moderno Estado de derecho: en positivo ha permitido garantizar la primacía

⁵ A partir de Locke y Montesquieu, se ha difundido la idea de que la garantía fundamental de los derechos de libertad es la “separación de poderes”. Esta forma de pensar ha sido consagrada en la declaración de 1789, que en su artículo 16, proclamaba: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté determinada, carece de Constitución.” La división de poderes es un medio para limitar el poder político, y corresponde la construcción de las garantías frente a cada uno de los tres poderes considerados aisladamente, frente a cada uno de los órganos que son titulares de las diferentes funciones estatales (Guastini, 2007).

⁶ El enfoque ferrajoliano está matizado de contenido neoconstitucional, y se lo incorpora en esta parte del análisis, a fin de anticipar las diferencias entre el Estado de derecho, y el Estado constitucional de derechos, que posteriormente se lo desarrollará.

del parlamento y la independencia del poder judicial; en negativo, ha dejado que todas las funciones administrativas de garantía propias del moderno Estado social (educación, salud, seguridad social) correspondientes a derechos fundamentales, se hayan ubicado dentro del poder político ejecutivo.”⁷

La referencia a Ferrajoli era necesaria para iniciar el próximo acápite y que tiene relación al neoconstitucionalismo, en cuanto nuevo paradigma que se contrapone al positivismo jurídico, prácticamente soslayado en el sistema jurídico ecuatoriano a partir de octubre del 2008, con la vigencia de la nueva Constitución garantista y rígida que reconoce por primera vez en el mundo, derechos a la naturaleza.

2. El neoconstitucionalismo

La idea misma de lo que es y debe ser la “Constitución” se ha transformado, y un resultado de esa transformación es que el mayor estatuto ha dejado de ser la sola manifestación de la potestad estatal suprema, para subordinarse al valor de la dignidad de la persona y de los derechos esenciales que fluyen de la “Constitución garantista y rígida”. Por otra parte, la forma del “Estado constitucional de derechos” ya no corresponde a las clasificaciones tradicionales, hoy es más compleja, debido a la asunción del paradigma neoconstitucional (Ver cuadro 1). Lo mismo sucede con la forma de gobierno, pues ahora existen regímenes neoparlamentarios, semipresidenciales, etc. Desde esta perspectiva la arquitectura diseñada para el ejercicio del Poder constituyente se ve alterada por la penetración de los principios, normas e instituciones supranacionales e instrumentos de hermenéutica creativa y evolutiva (Hermenéutica analógica).

Asumir el paradigma neoconstitucional no implica renunciar a un “ordenamiento jurídico”, es decir: modernizar, enriquecer y evaluar la teoría jurídico-política no es sinónimo de desprecio ni olvido del acervo teórico y doctrinal que ha sido sistematizado en tantos siglos, no obstante: la democracia sustancial (jurídica) es la vertiente política del paradigma neoconstitucional, y los derechos (no el Derecho) son su proyección normativa; en todo caso el neo-constitucionalismo también refleja un proceso en el que se constata la

⁷ En esta descripción se muestra a la división de poderes como instrumento que en particular se trata de garantizar la separación e independencia de del poder monárquico de otra forma absoluto, de la función legislativa y de la función judicial. Este modelo ha condicionado profundamente la construcción del moderno Estado de derecho.

constitucionalización del Derecho internacional o internacionalización del Derecho constitucional.

En principio, el neoconstitucionalismo es asumido como la expresión de la nueva cultura jurídica que se caracteriza por la inclusión de elementos materiales en la Constitución. En este modelo de “Estado constitucional de derechos, la Constitución ha dejado de ser sólo un mecanismo de organización del poder, o marco del derecho ordinario. Más aún, la Constitución proporciona un contenido sustancial al sistema jurídico, en la medida en que se erige sobre principios como dignidad, libertad, equidad, democracia, y que se materializan con la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de los principios de proporcionalidad, ponderación, conexidad, antes que el de jerarquía, y además remplazando la subsunción de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que balancea valores y principios constitucionales empleados para resolver los más importantes casos en el Derecho y que se adhieren a la tesis de la vinculación del Derecho y la moral.⁸

Conforme se viene sustentando, en relación con esa pretendida nueva cultura jurídica que suele denominarse neoconstitucionalismo o constitucionalismo, sostiene Prieto Sanchís:

“En cuanto que fórmula política, suele presentarse como herencia y al propio tiempo como cabal culminación del constitucionalismo revolucionario de finales del siglos XVIII, y sobre todo desde la perspectiva europea, representa una importante transformación del modelo legalista de Estado de Derecho vigente hasta mediados del siglo XX; una transformación que cifra en fenómenos tales como la crisis de la ley, la asunción por parte de los textos constitucionales de un amplio contenido material o sustantivo, la consiguiente “impregnación” constitucional de todo el sistema jurídico, la extensión de un control judicial que para muchos representa un intolerable deslizamiento judicialista, etc..” (Prieto Sanchís, 2003:16).

Así visto el problema, desde la perspectiva crítica de la teoría general del derecho, esa fórmula impone una profunda revisión de algunos aspectos centrales del positivismo jurídico a propósito de la teoría de la norma, que hoy está abierta seriamente a la

⁸ La tesis de de la vinculación del Derecho y la moral ha sido mayormente difundida por R. Dworkin y R. Alexy defendiendo los derechos individuales desde enfoques diferentes pero no antagónicos como se verá posteriormente. Dworkin (2002) por ejemplo: sostiene que los derechos individuales deben ser entendidos como los medios de protección con los que cuentan las minorías en función de defenderse de las agresiones o preferencias de las mayorías.

consideración de los principios; de la teoría de las fuentes, que obviamente ya no puede girar en torno a la ley, y ello, por cierto, no sólo porque existan Constituciones normativas; y quizás especialmente de la teoría de la interpretación, que ni puede regresar al mecanicismo de la era codificadora, ni puede sentirse tampoco satisfecha con una genérica apelación a la discrecionalidad judicial.” Op. cit.: 17), concluye el autor, alertando sobre la necesidad de evitar las posiciones unidimensionales.

En todo caso se prevé que el operador jurídico (Juez) para dictaminar su veredicto ha de establecer el “contenido esencial” de las normas constitucionales. Pues, la determinación de este contenido esencial se basa en la interpretación axiológica y sistemática de las normas, y es el que garantiza su eficacia cuando se trata de la tutela de los derechos fundamentales y de los derechos de la naturaleza, conforme a la nueva teoría del Derecho.⁹ Obviamente existen más instrumentos para la eficacia de la norma constitucional, por ejemplo: el principio de ponderación y la hermenêutica analógica a los que acuden los operadaores jurídicos.

Cuadro: 1

El neoconstitucionalismo (principales líneas de evolución)	
Luis Prieto Sanchís	1. Más principios que reglas o el valor superior de los primeros sobre las últimas. La Constitución establece una regulación principialista, en la que se recogen derechos y (y deberes correlativos” sin especificar sus posibles colisiones ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fijan objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado. Por ello, “se produce (...) una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles”, La Constitución es abierta y “habla con muchas voces” pero el legislador y el juez escuchan la misma voz.

⁹ La Teoría del Derecho pretende explicar o describir los rasgos caracterizadores y el modo de funcionamiento de los sistemas jurídicos, y toda vez que estos últimos han sufrido cambios merced al neoconstitucionalismo, se reclama nuevos planteamientos teóricos, y, por tanto, la revisión de la herencia positivista como la teoría de las fuentes del Derecho, por ejemplo: por una menos estatalista y legalista, pero probablemente más atenta a al surgimiento de nuevas fuentes sociales. Por otra parte la teoría de la interpretación, alejada del formalismo decimonónico, pero no muy diferente a las que propició el positivismo maduro, esto es, a la tesis de la discrecionalidad, aunque eso sí, pasando por el tamiz de la teoría de la argumentación (Prieto Sanchís, 2003:136). Al respecto Comanducci sostiene que: “La teoría de que el Derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días”, en Prieto Sanchís (Op. cit.:137).

	<p>2. Empleo fuerte de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción. Es decir, la ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión , es decir, se establece cual de los principios de debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.</p> <p>3. (Omnipotencia judicial) Presencia relevante y activa de los jueces en lugar de autonomía del legislador ordinario. Carácter extensivo de la actuación judicial.</p> <p>4. Coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de escasos principios coherentes entre sí. Y en torno a las sucesivas opciones legislativas. (Reconocimiento del pluralismo valorativo).</p> <p>5. Constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas jurídicas y conflictos relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria.</p> <p>Omnipresencia de la Constitución, que ofrece un denso contenido (sustantivo) material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices de los poderes públicos, etc. Detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice. Esto ha provocado el denominado efecto de “impregnación” o “irradiación” del texto constitucional; de alguna manera todo deviene en Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos.</p> <p>6. Porque la Constitución es una norma, y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial, es decir, la Constitución ofrece orientación en las más heterogéneas esferas y en la medida que están confiadas a la garantía judicial, el legislador lógicamente pierde autonomía.</p> <p>No es cierto que la ley sea una mera ejecución del texto constitucional, pero si es cierto que éste “impregna” cualquier materia de regulación legal, por ende la solución que dicha regulación ofrezca nunca se verá por completo exenta de la evaluación judicial a la luz de la Constitución.</p> <p>Esto implica la existencia de un modelo argumentativo entre la Constitución y la legislación. “No hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado y eso significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune de la influencia constitucional” El modelo argumentativo no distingue el mundo de la legislación del mundo constitucional, así como tampoco elimina la libertad legislativa de configuración, es decir, impone al legislador el deber de fundamentar todas las restricciones de los derechos fundamentales. En este modelo argumentativo, la relación entre Constitución y legislación no puede estructurarse con base en la división entre materias constitucionales y otras legales, sino en “círculos de competencias”.</p>
<p>Ricardo Guastini</p>	<p>1. Rigidez constitucional (Constitución escrita difícil de modificar por parte del legislador), está protegida (o garantizada) contra la legislación ordinaria.</p> <p>Cuando rige una Constitución rígida es menester distinguir dos “niveles” jerárquicos de legislación: la ordinaria y la constitucional (o de revisión constitucional). Existen principios constitucionales que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. El conjunto de principios “inmutables” es lo que algunos llaman la “Constitución material”.</p>

<p>2. Garantía jurisdiccional de la Constitución (Existen diversos sistemas de control sobre la conformación de las normas con la Constitución) y responden a los modelos: norteamericano; francés; y el alemán, español e italiano.</p>
<p>3. Fuerza vinculante de la Constitución (destaca el hecho de que las constituciones además de contener normas que organizan el Estado, también contienen principios y disposiciones pragmáticas que deberían ser garantizables como cualquier otra norma jurídica). Toda norma constitucional es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.</p>
<p>4. La sobreinterpretación de la constitución que permite superar cualquier aparente laguna gracias a los principios que existen en la Constitución. Toda Constitución es susceptible de una interpretación literal (restrictiva) y de una interpretación extensiva. Ninguna Constitución es completa y por ende cualquier Constitución no regula más que una pequeña parte de la vida política y social, pero, no existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional.</p> <p>La sobreinterpretación de la Constitución presupone que la Constitución misma sea entendida como vinculante.</p>
<p>5. Aplicación directa de las normas constitucionales. Antes la constitución sólo controlaba el poder, ahora regula las relaciones sociales buscando desarrollar sus principios.</p> <p>En el neoconstitucionalismo vigente se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales, y que debe ser aplicada en forma inmediata también en las relaciones entre particulares, siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, porque la ley tiene lagunas o porque la solución que ofrece parece injusta.</p>
<p>1. La interpretación conforme de las leyes; no se refiere a la interpretación de la Constitución sino de la ley, en donde, el juez debe preferir la interpretación que mejor se “adeque” al texto constitucional. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley, que de otra forma, debería ser declarada inconstitucional.</p>
<p>2. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas. Tiene que ver con las normas constitucionales que pueden ser más o menos usadas en la argumentación política (de los órganos y de los actores) para justificar sus acciones y decisiones.</p> <p>Esta influencia depende de diversos elementos: por el contenido mismo de la constitución, por la postura de los jueces en general, por la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos.</p>

Fuente: (Prieto Sanchís, 2003^a:131-132; Guastini, 2003:50-57; Bernal Pulido, 2003:290), en: Narváez, 2010.

3. Estado constitucional de derechos

Este es un tema importante que tiene relación a los derechos fundamentales y derechos de la naturaleza establecidos en el texto constitucional del Estado ecuatoriano. En principio cabe reiterar (ver numeral 1), que en el “Estado de derecho”, los derechos eran creación de la ley y, por tanto, autolimitación del poder. En cambio, en el “Estado

constitucional de derechos”, los derechos están por encima de la ley. Desde el punto de vista teórico, Zagrebelsky sostiene que estos derechos conforme a la concepción actual, son fruto de dos tradiciones: de la francesa, donde los derechos son fruto de la ley; y de la americana, donde los derechos del individuo son derechos frente a, y por encima de la ley: preceden a la ley y son entendidos como un patrimonio subjetivo independiente. En definitiva: en Francia los derechos derivan de la ley; en Norte América la ley deriva de los derechos.

Según Ansuátegui Roig (1993:122), Zagrebelsky asume que la inclusión de los derechos en las Constituciones ha provocado el paso del “Estado de derecho” al “Estado de derechos”, además argumenta que para este autor, el sentido actual de los derechos responde a dos grandes corrientes de pensamiento: el humanismo laico que hace prevalecer la idea de los derechos encaminados a lograr la realización del valor libertad, que hunde sus raíces en el humanismo antiescolástico del Renacimiento y basará su idea de los derechos en la libre conciencia individual y en el reconocimiento al individuo a sus capacidades y pretensiones de querer y actuar en el sentido que señale su voluntad. Y el humanismo cristiano que desarrolla los derechos relacionados con la justicia, es decir, considera que existe un orden universal en el que todo tiene su justo y preciso puesto, en consecuencia el individuo ha de actuar, no según su voluntad, sino según su deber, permaneciendo en su status. Pero la concepción moderna de los derechos niega la existencia de un orden universal: es el individuo el que crea su propio orden (Ibíd.:125).

En este mismo sentido de los derechos en el “Estado Constitucional de derechos”, en opinión de Zagrebelsky, junto a la separación de los derechos de la ley, está la idea de la “determinación a través de normas constitucionales de principios materiales de justicia destinados a formar por sí mismos el conjunto de del orden jurídico”, y son principios que trascienden los acuerdos individuales, incluso aquellos acuerdos a los que se puede llegar a través de la regla de las mayorías. No obstante, cabe preguntar: ¿Cómo se configuran estos principios materiales de justicia? Sabiendo que los principios de justicia que se encuentran en la Constitución están, incluso, por encima de las decisiones tomadas a través de los mecanismos democráticos. Por lo visto, varias consecuencias se derivan de la constitucionalización de los principios de justicia:

Cuadro: 2

Consecuencias que se derivan de la constitucionalización de los principios de justicia	
1.	Se crea un ámbito de protección frente a la fuerza disgregadora de los derechos individuales
2.	La reapropiación por parte del Estado de ámbitos políticos de la economía
3.	El cambio de la relación entre el hombre y el medio ambiente; los principios de justicia sirven para proteger al hombre frente a la vertiente más agresiva y violenta del género humano
4.	Los principios son un límite frente al pleno desarrollo de la voluntad individual en relación con los demás
5.	Los principios pasan a ocupar un lugar predominante
<p>* El sistema jurídico, según Zagrebelsky –y que sobre este punto coincide con Dworkin- está compuesto por normas y principios. Mientras que las reglas se identifican principalmente con las normas legislativas, los principios lo harían con las normas constitucionales sobre los derechos y sobre la justicia. Para Zagrebelsky, distinguir las reglas de los principios significa, en términos generales, distinguir la ley de la Constitución. En todo caso, la actitud de los sujetos es diferente con cada una de estas entidades, y ello implica que: a las reglas las obedecemos, mientras que a los principios nos adherimos.</p>	

Fuente: Ansuátegui Roig (Op. cit: 126). Adaptación: Iván Narváez.

Reiterando que la Ley ha perdido su carácter predominante dentro del sistema jurídico; el Estado ahora es el “dueño de la ley pero no del Derecho” afirma Zagrebelsky, y por otra parte sostiene que: “los principios de las constituciones pluralistas se asemejan a los principios del Derecho natural y las constituciones vienen a reflejar *“El orden natural histórico concreto de las sociedades políticas secularizadas y pluralistas”*, pero rechaza la tentación de caer en un “formalismo de los principios” y boga por unas relaciones de proporcionalidad y balanceo entre los principios. La mutua relatividad es la condición de su recíproca conciliación, concluye, y se muestra partidario de una relativización de la ética, entendida como condición indispensable para poder llevar a cabo el propio proyecto ético. En consecuencia Zagrebelsky, en (Ansuátegui, 1993:127), subraya que no hay que caer en la tentación de considerar a los principios como objetos de mercado, e insiste:

“Las sociedades que quisieran preservar su carácter pluralista deberían afirmar -valores que no tienen precio- entre los cuales el equilibrio se debería alcanzar a través de la ponderación con otros valores del mismo género, con la exclusión del medio homologante y desnaturalizador del dinero”.

La constatación del cambio de estructura de los sistemas jurídicos permite hacer referencia al reflejo de dicho cambio en la interpretación de los sistemas. Efectivamente, la concepción positivista tradicional de la interpretación que sólo atiende a las exigencias del Derecho, con la concepción de la jurisprudencia como disciplina práctica, atenta tanto al

Derecho como a la realidad social, afirma Ansuátegui (Ibíd.:127) y corresponde tener en cuenta que: “Existe una correspondencia e interfluencia entre las exigencias del caso y las de la norma”. El caso, y no la norma es el punto de referencia inexcusable del intérprete, hasta el punto de que sus exigencias se sobreponen a las de la norma, pudiendo incluso llegar a invalidarla. El intérprete ha de encargarse de encontrar el *sentido del caso*, asumiendo como sentido “la conexión entre la acción y su producto social”. El sentido del caso condiciona la respuesta jurídica que se vaya a ofrecer desde el sistema, y teniendo en cuenta que el Derecho positivo no puede ofrecer todos los materiales precisos, y debido a la parcialidad del Derecho por reglas, es necesario acudir al Derecho por principios y por valores.

En concreto, la interpretación por parte del operador jurídico (Juez) no puede estar sujeta al dogma de certeza (unívoca) típica del Estado de derecho. Pues, la seguridad jurídica, la certeza del Derecho, son características de un sistema jurídico como el del Estado liberal, difícilmente predicables al menos con la misma fuerza en el Estado constitucional de hoy. De ahí que Zagrebelsky, en (Ansuátegui, Op. cit.: 127) enfatiza:

“El sistema jurídico como existe hoy en el Estado constitucional no puede asumir la certeza, que en resumidas cuentas quiere decir *inmovilidad* del Derecho, como un valor absoluto. Ya lo he dicho y lo repito: debemos acostumbrarnos a convivir con las tensiones en la aplicación del Derecho. De hecho ya ocurre así. Pero esto no es un hecho patológico, es un hecho fisiológico. Por lo tanto debemos (para mantenernos vinculados a la idea de Derecho construido por principios y valores, además de reglas) renunciar en parte a la fijeza del Derecho”

Cierto es que para convertirse en un proyecto exitoso el proyecto constitucional radical como el ecuatoriano, necesita extender su influencia más allá del ámbito de las instituciones políticas, es decir, se requiere fortalecer la Constitución material desde el enfoque neoconstitucional; y particularmente ejecutando una política de distribución equitativa de recursos económicos a nivel social, que marquen la diferencia con la custodiada e implementada por el constitucionalismo liberal-conservador típico del “Estado de derecho” eminentemente partidocrático, excluyente, injusto e inequitativo, donde la concentración del poder político iba muy de la mano con la concentración del poder económico interno y transnacional (Narváez, 2010).

Nueva teoría del derecho: Ítems del enfoque neoconstitucional	a) Más principios que reglas
	b) Más ponderación que subsunción
	c) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria
	d) Omnipotencia judicial en vez de autonomía del legislador ordinario
	e) Coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Fuente: Prieto Sanchís (2003).

Para Eliseo Aja (1997: 27 y ss.) además el constitucionalismo se caracteriza por reconocer plenamente la democracia política y extender los criterios de igualdad a las condiciones sociales de los individuos, pero las Constituciones apenas reflejan las profundas transformaciones operadas en la sociedad, entre otras:

- a) El cambio de las relaciones entre el Estado y la sociedad,
- b) Todas las Constituciones son democráticas y se fundamentan en el principio de soberanía popular,
- c) Todas las Constituciones reconocen el pluralismo político y social,
- d) Las constituciones actuales poseen un grado de normatividad superior a las anteriores.
- e) Las constituciones actuales han ampliado sensiblemente el ámbito constitucional.

4 Observaciones a los modelos: Estado de Derecho y Estado constitucional

Es pertinente resumir el debate generado en torno a los modelos de “Estado de Derecho” y “Estado constitucional de derechos”. Ferrajoli (2003:20) sostiene que la crisis del positivismo jurídico se expresa en la regresión a un Derecho jurisprudencial de tipo premoderno, y se evidencia por: **a)** el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción, y, **b)** la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes.

Lo expuesto expresa que la crisis afecta al principio de legalidad propio del Estado de Derecho, y que es evidente en la inflación legislativa (decenas de miles de leyes) y la

disfunción del lenguaje legal (cada vez más obscuro y tortuoso), frutos de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos.

Por otro lado – afirma Ferrajoli (Op. cit: 22), la crisis afecta al papel garantista de la Constitución en relación con la legislación, que es el rasgo distintivo del Estado constitucional de derechos. Es una consecuencia del fin del Estado nacional como monopolio de la producción jurídica. Además cabe hacer constar el fenómeno de la globalización (integración económico mundial), que bien puede ser asumido como un vacío de Derecho público producto de la ausencia de límites, reglas y controles frente a la fuerza, tanto de los estados con mayor potencial militar como de los grandes poderes económicos privados.

“A falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones el Derecho a la globalización viene modelándose cada día más, antes que en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, en las privadas del contrato, signo de una primacía incontrovertible de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública. De tal manera que la regresión neoabsolutista de la soberanía externa (únicamente de las grandes potencias está acompañada de una paralela regresión neoabsolutista de los poderes económicos transnacionales, un neoabsolutismo regresivo y de retorno que se manifiesta en la ausencia de reglas abiertamente asumidas por el actual anarco capitalismo globalizado, como una suerte de nueva grund-norm del nuevo orden económico internacional.”(Ferrajoli,2003:22).

Ansuátegui Roig (1993.126) enfatiza en la posición de Prieto Sanchís. Los filósofos jurídicos Zagrebelsky y Dworkin, sostienen que el sistema jurídico actual está compuesto por normas y principios: que las reglas se identifican principalmente con las normas legislativas, y que los principios lo hacen con las normas constitucionales sobre los derechos y la justicia. Desde esta perspectiva lo importante es distinguir las reglas de los principios, y conforme a Zagrebelski, ello implica distinguir la ley de la constitución (Ibíd.:126). Como corolario se puede señalar que esta visión es peculiar del neoconstitucionalismo, en cuanto nueva cultura jurídica emergente, frene al deterioro del positivismo jurídico.

Por su parte Alexy (2003:31) caracteriza al Estado constitucional en base a seis principios fundamentales expresados claramente en la Ley Fundamental alemana: principio de la dignidad humana; de la libertad y de la igualdad; principios relativos a la estructura y

los fines del Derecho, democrático y social. El autor enfatiza que entre los derechos fundamentales y los principios relativos a la estructura y fines del Estado existen íntimas relaciones y tensiones. Así por ejemplo: los derechos fundamentales en el sistema jurídico se caracterizan por cuatro extremos: **a)** máximo rango, **b)** máxima fuerza jurídica, **c)** máxima importancia del objeto y, **d)** máximo grado de indeterminación.

En cuanto a la relación de los derechos fundamentales con la democracia, Alexy (2003:37) señala que existen tres formas de contemplar la relación: una ingenua, una realista y otra realista. Cada una de ellas con sus específicas características y diferencias, siendo la realista en la que se expresan constataciones opuestas: **a)** Los derechos fundamentales son profundamente democráticos y, **b)** los derechos fundamentales son profundamente antidemocráticos. Y su esfuerzo teórico radica precisamente en encontrar una vía media entre ambas posiciones extremas.

En principio, Alexy considera que hay que ampliar la contraposición empleada hasta el momento entre derechos fundamentales y democracia al trío formado por: derechos fundamentales, control de constitucionalidad y legislación parlamentaria. Las razones se fundamentan en contenidos filosóficos, morales y políticos, y en casos concretos en los que es visible la representación *argumentativa* (Ibíd.:40, en: Narváez, 2010).

5. Derechos de la naturaleza

A partir de que Ecuador es un “Estado constitucional de derechos”, el texto constitucional prescribe los derechos de la naturaleza^{10 11} y ello connota la incidencia del

¹⁰ La propuesta viene de larga data, ya en 1973 en forma expresa Godofredo Stutzin propuso la necesidad de establecer los “derechos de la naturaleza”, y específicamente en las Primeras Jornadas Argentinas de Derecho y Administración Ambientales (Buenos Aires, 15-17 de abril de 1974). Y con el título de “La naturaleza de los derechos y los derechos de la naturaleza” presenta esta ponencia en el Primer Congreso del Derecho del Entorno, celebrado en la Universidad Católica de Valparaíso entre el 18-20 de agosto de 1977. Entonces se plantea que la naturaleza sea el nuevo sujeto de derecho, y por ende, poseedora de intereses propios. El autor enfatiza respecto a que: “La única manera de equilibrar la balanza y ponderar debidamente las necesidades de la biosfera frente a las pretensiones de tecnosfera consiste en reconocer a la naturaleza como parte integrante de los conflictos ambientales y permitirle asumir en nombre propio la defensa del mundo natural.” (Stutzin, 1984: 98).

Otro referente importante constituye la base conceptual previa a la Conferencia de NN UU convocada en Estocolmo 1972, y que desde los años 60 ya se venía erigiendo como el punto nodal de preocupación planetaria, considerando los graves impactos ambientales que generaba el desarrollo industrial.

nuevo constitucionalismo social y ambiental latinoamericano, como expresión de la nueva cultura jurídica impregnada de neoconstitucionalismo.

Tales disposiciones constitucionales están estrechamente ligadas al Derecho Ambiental, no obstante, su desarrollo conceptual y práctico requiere de un proceso de mayor profundización con base en el debate iniciado por la Asamblea Constituyente (Montecristi 2007 - 2008) y que dio a luz el texto constitucional vigente. Dicho proceso, debería incorporar el juicio crítico de los actores sociales e institucionales.

La vigencia de la Constitución garantista y rígida implica la necesidad de desplegar estrategias paralelas: **a)** el impulso de acciones constitucionales y judiciales orientadas a exigir la aplicación de los derechos de la naturaleza ante situaciones concretas, con lo cual se promovería la configuración de un criterio judicial y el tutelaje estatal; y, **b)** el desarrollo de una legislación propia de los derechos de la naturaleza, que asegure su autonomía, integridad y eficacia. Esto no significa admitir la no aplicación inmediata de las garantías que la propia Constitución establece para salvaguardar los derechos, y al margen de la incertidumbre de no saber ¿De qué modo está presente un mandato concreto en un enunciado constitucional semánticamente indeterminado? Por lo que es lógico admitir que preguntas como la formulada ponen de manifiesto la principal dificultad a que se enfrenta la siguiente bipartición neoconstitucionalista: la necesidad de esclarecer *¿cómo es posible fundamentar correctamente en las indeterminadas disposiciones de la Constitución los mandatos explícitos que de ella derivan?*

Como respuesta se puede sostener que para el efecto no funciona el entramado doctrinal positivista cuyo fundamento político es la defensa de la prioridad del legislador, y

¹¹ Al margen de los diversos significados asignados a la naturaleza por parte de las disciplinas científicas conforme a su corpus epistemológico y metodológico, están las otras significaciones que enfatizan lo simbólico y están impregnadas de los contenidos del saber ambiental, como contraparte a aquella comprensión racional, de la racionalidad instrumental. Otra corriente asume la naturaleza como causa de todo lo existente, como explicación última y razón de ser. Esta concepción es una derivación ética posible que sugiere que la naturaleza es la prolongación de la divinidad, y no obstante su aparente fundamentalismo, ha sido respaldada particularmente por las corrientes llamadas ecologistas, que argumentan la necesidad de que el comportamiento humano se guíe por las “leyes de la ecología. El fundamentalismo naturalista comienza separando a la sociedad humana de la naturaleza; luego adjudica valores benéficos a la naturaleza y perjudiciales a la creación humana; y por último, convierte a ciertos resultados humanos en comportamientos naturales y a otros en resultados sociales. Con ello subdivide a la actividad humana que comenzó siendo toda mala y enfrentada a la naturaleza, en buena y mala según los intereses de sus voceros (Foladori, 2000:23).

con ello de la soberanía popular. Por su parte desde el neoconstitucionalismo se sustenta en tesis incompatibles con las anteriores, tales como: el contenido de la constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza última de las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica. Por eso las constituciones dicen más de lo que sus términos significan. La Constitución es “una entidad ideal, axiológica, cuya materialidad y concreción son independientes de en gran medida de las palabras y, por tanto, no sometidas a los límites denotadores y conformadores de estas” (Bernal Pulido, 2007:293).

“Los intérpretes autorizados de la Constitución no están llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados constitucionales, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados” Los intérpretes pueden conocer la idea verdadera que cada norma tiene para cada caso concreto.” Los jueces y, en particular, el Tribunal Constitucional¹² cumplen funciones de control negativo-positivo: deben aplicar o declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que no lleve a cabo dicha maximización.” (Ibíd.: 293).

El entramado doctrinal neoconstitucional tiene como trasfondo político la creciente desconfianza en el legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumáticas de la judicatura; y por otra parte a este “modelo argumentativo” de relaciones entre Constitución y Ley se le acusa de menoscabar la seguridad jurídica y la democracia. Sus detractores sostienen que el modelo “geográfico” en cambio es garantía de esos dos principios.

“...el Derecho, y muy en especial la Constitución, delimita el territorio de la política, acotando límites infranqueables para que todo lo demás sea políticamente posible. Porque si no hay ámbitos de libre configuración y, por tanto, inmunes a la corrección por parte de los órganos judiciales, no quedará espacio para una sociedad que ejerza la política, sino que todos pasaremos a ser súbditos del supremo órgano político y no democrático, la judicatura.” (Bernal Pulido, 2007:294).

Respecto a no supeditar o contraponer los derechos de la naturaleza a un ordenamiento jurídico eminentemente antropocéntrico, es para evitar el desarrollo de los derechos de la naturaleza hacia una aplicación acomodaticia al ordenamiento jurídico eminentemente positivista (civilista- patrimonialista) antropocéntrico, en el cual la naturaleza es asumida como un conjunto de bienes susceptibles de dominio humano en

¹² La Corte Constitucional en el caso ecuatoriano, a partir de octubre de 2008.

función de intereses crematísticos, mercantilistas, y en consecuencia explotables hasta la extenuación (Narváez, 2010).

Así es como la Constitución garantista¹³ asume una orientación estratégica que prescribe los derechos de la naturaleza en base un nuevo enfoque de las ciencias jurídicas, con principios, conceptos y lógicas autónomas, que más allá de contraponerse a las instituciones de la tradición jurídica, incorpora aspectos que no habían sido tratados por ésta. De ahí se desprenden las imbricaciones y complementariedades que implican los derechos de la naturaleza con otros derechos, en condiciones de igualdad jerárquica para evitar dicotomías o contradicciones.¹⁴

Los derechos de la naturaleza gozan de la aplicación del principio de inmediatez al igual que los otros derechos consagrados constitucionalmente (Art. 10), los instrumentos procedimentales incluyen los elementos hermenéuticos analógicos (bloque de constitucionalidad) como un mecanismo expedito para la aplicación de la tutela judicial efectiva.

Frente a ello, existen varias posibilidades, por una parte: se dispone de leyes sustantivas en las cuales constan los preceptos y conceptos básicos y que deben facilitar el adecuado ejercicio de los derechos de la naturaleza, su exigibilidad para el acceso a la justicia y la tutela que desde este ámbito se puede obtener.

¹³ En relación al carácter garantizado de la Constitución, tanto para los derechos ambientales y de la naturaleza y para todos los derechos, la visión axiológica en la que se funda el neoconstitucionalismo lleva a atribuir a su aplicación judicial el carácter de un control de máximos. Su objetivo es atribuir a cada caso la solución “que para él demanda” la axiología constitucional, además esta se respalda en el bloque constitucional al que apela todo juez y operador jurídico.

En cambio para el positivismo jurídico, sin negar el carácter garantizado de la Constitución, caracteriza a su control judicial como un control de mínimos. Es decir, que ese control estaría dirigido sólo “contra las normas que manifiestamente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales.”

¹⁴ Cabe reiterar que para reclamar su reconocimiento como entidad jurídica, la naturaleza ahora ha descubierto su propio rostro, afirmando su independencia del hombre en vez de seguir llevando el disfraz de ambiente humano. En este sentido Stutzin (Op. Cit. 92) sostiene que en derecho se requiere de la presencia de la naturaleza como parte en los conflictos que debe solucionar, porque de lo contrario, en la mayoría de los casos, las normas legales no serán debidamente formuladas ni aplicadas por falta de identificación y representación de la víctima de las agresiones o amenazas ecológicas.

En este sentido, a partir de la vigencia de la Constitución ecuatoriana en octubre de 2008, es posible la concurrencia de la naturaleza a la contienda, sola o junto a víctimas humanas, como condición indispensable para el cumplimiento de los objetivos de la norma constitucional y demás leyes.

En todo caso, cabe enfatizar en las razones de pragmatismo que puedan orientar tanto a operadores jurídicos, autoridades y actores sociales a una adecuada observancia y aplicación de los derechos de la naturaleza, y al mismo tiempo, es preciso desarrollar elementos procesales que aseguren un tratamiento adecuado de dichos derechos ante jueces y tribunales. En este sentido, la sociedad en general no puede permitir que la protección de los derechos de la naturaleza sirvan como una excusa para disminuir el nivel ya existente de protección de la naturaleza.

Cuadro 4

Principios constitucionales para aplicar e interpretar los derechos de la naturaleza	
Integralidad	El respeto y protección de los derechos de la naturaleza, se cumplirá salvaguardando todos y cada uno de sus sistemas, procesos y elementos naturales, considerándolos como parte de un todo.
Prevención	Toda decisión, proyecto o actividad que genere riesgos de afectación sobre la naturaleza, deberá contar con estudios y prever medidas efectivas que demuestren un manejo adecuado de los mismos.
Restauración	Conjunto de medidas orientadas a recuperar las condiciones ambientales (vegetación, flora, fauna, clima, agua, suelo y microorganismos) de un ecosistema afectado con el fin de devolverle similares condiciones a las de su composición y estructura original.
Participación	La tutela de los derechos de la naturaleza involucra la participación de toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad.
Precaución	El Estado aplicará medidas eficaces para suspender o restringir las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales, aún sin tener certeza del daño.
In Dubio Pro-natura	En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.
Responsabilidad objetiva	Todo daño a la naturaleza, sin necesidad de determinarse el dolo, culpa, fuerza mayor o caso fortuito que lo hubiere originado, acarreará para el o los causantes, directos la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades, además de las sanciones que correspondan.
Autonomía	El ejercicio efectivo de los derechos de la naturaleza conlleva la aplicación de principios y mecanismos de tutela propios, sin perjuicio de su interrelación con el resto de derechos e instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico.
Progresividad y complementariedad	Ninguna norma que se adopte para la protección de los derechos de la naturaleza podrá ser interpretada como regresiva o que implique una menor protección al medio ambiente frente a las normas preexistentes.
Acceso a la información	La información sobre el estado de la naturaleza y sus elementos constitutivos es pública y el Estado garantiza la generación de la misma y el libre acceso de todos los ciudadanos.
Derechos tutelados de la naturaleza	<ol style="list-style-type: none"> 1. El respeto integral de su existencia; 2. El mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; 3. La restauración de sus ecosistemas y elementos constitutivos; y, 4. Los demás derechos fundamentales que establece la Constitución, en lo que sean aplicables.

Relación con otros derechos	Los derechos de la naturaleza gozan de igual jerarquía que el resto de derechos consagrados en la Constitución, y en tal medida todos ellos son indivisibles e interdependientes. En caso de potencial confrontación de las disposiciones legales que los garantizan y regulan, se aplicará un juicio de ponderación. Para tal efecto se buscará una alternativa que proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, eficaz y necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre el beneficio y el sacrificio constitucional.
------------------------------------	--

Fuente: Narváez, 2010

6. Los derechos de la naturaleza en la Constitución ecuatoriana

El marco jurídico e institucional, de políticas públicas y estrategias que rige en Ecuador, es producto de la incidencia internacional plasmada en declaraciones e instrumentos convencionales, propiciados por organismos del Sistema Mundial y de ONG ambientalistas internas e internacionales relevantes. Las Conferencias convocadas por las Naciones Unidas para tratar sobre el desarrollo humano en Estocolmo 1972; medioambiente y desarrollo en Río de Janeiro 1992; desarrollo humano (evaluación) en Johannesburgo 2002 y la Cumbre de Copenhague en el 2009 sobre el cambio climático, se inscriben dentro del propósito de los Estados nacionales a impulsar políticas y acciones públicas en función de revertir la crisis ambiental de carácter global que acosa al planeta.

Además, en el caso del Estado andino amazónico y del Ecuador en particular, el nuevo paradigma neoconstitucional contiene la base iusfilosófico-política que da soporte a la estructura jurídica e institucional con énfasis en materia de derechos fundamentales, colectivos y difusos. La expresión más ponderada sobre el aserto constituye el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y del acceso al agua como derecho humano. Las prescripciones constitucionales que a continuación se detallan, reflejan además los contenidos de Tratados supraestatales como: Convención para la protección de la flora, fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América (Washington, 2940); Convenio relativo a humedales de importancia internacional, como hábitat de aves acuáticas (Ramsar, 1971); Convenio sobre la protección de la capa de ozono (Viena1985):

el Convenio relativo a la conservación de la flora y fauna silvestre (Londres, 1993); el Convenio sobre la diversidad biológica (Río de Janeiro, 1992); Declaración de Santa Cruz de la Sierra y el Plan de acción para el desarrollo sustentable en las Américas (Bolivia, 1996); para citar unos casos.

No está por demás referir La Carta Mundial de la Naturaleza como una declaración fundamental de las Naciones Unidas (Washington, 1982), la misma que en sus principios establece líneas rectoras para la conservación y ambientales plasmadas en normas y políticas públicas, y de organizaciones privadas.

1. “Se respetará la naturaleza y no se perturbarán sus procesos esenciales
2. No se amenazará la viabilidad genética en la tierra; la población de todas las especies, silvestres y domesticadas, se mantendrá a un nivel por los menos suficiente para garantizar su pervivencia; asimismo, se salvaguardarán los hábitat necesarios para este fin
3. Estos principios de conservación se aplicarán a todas las partes de la superficie terrestre, tanto en la tierra como en el mar; se concederá protección especial a aquellas de carácter singular, a los ejemplares representativos de todos los diferentes grupos de ecosistemas y a los hábitat de las especies escasas o en peligro.
4. Los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies con los que coexistan.
5. Se protegerá a la naturaleza de la destrucción que causan las guerras u otros actos de hostilidad.”

A partir de las referencias anteriores, corresponde detallar tópicos ambientales significativos prescritos en la Constitución ecuatoriana del 2008, considerando su correspondencia con los preceptos neoconstitucionales, a fin de entender también las políticas ambientales que devienen de ella.

Actitud ética ante la naturaleza: (de una visión antropocéntrica a una de partenariado)

(Art.10) La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

(Art. 71) La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

(Art. 72, 397) Derecho a su restauración ante efectos nocivos ocasionados por actividades humanas.

(Art. 74) Los servicios ambientales no son susceptibles de apropiación...

Principio de in dubio pro naturaleza

(Art. 395, 73) 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.

“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.”

(precautorio):

- a) La falta de información científica no es justificativo para atentar contra la naturaleza.
- b) El principio se aplicará en todas las situaciones de: (i) incertidumbre y (ii) los valores en juego son altos.

Modelo de desarrollo sustentable bajo objetivos de:

1. Justicia social (buen vivir)
2. Respeto a la naturaleza
3. Equidad inter-generacional
 - El crecimiento económico como un medio para mejorar la calidad de vida y potencialidades de la población
 - Un sistema económico, justo, democrático y solidario
 - Recuperación y conservación de la naturaleza
 - Promueve un ordenamiento territorial equilibrado, articulado e integrador
 - Protege la diversidad cultural, recuperar y preservar el patrimonio cultural
 - Protege los intereses de las generaciones futuras

Derechos colectivos:

(Art. 57, 88) Reconoce el conocimiento colectivo de las comunidades y pueblos indígenas, sus tecnologías y saberes ancestrales como prácticas para la conservación y manejo de la naturaleza. El conocimiento ancestral constituye un criterio válido para la toma de

decisiones sobre acciones que pongan en riesgo la integridad ambiental. (Se aplican los principios de la Ciencia Post – Normal).

Responsabilidad frente a los problemas ambientales globales:

(Art. 414) El Estado adoptara medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático.

(Art. 416) El Estado impulsara la creación, ratificación y vigencia de instrumentos internacionales para la conservación y regeneración de los ciclos vitales del planeta y la biosfera.

(Art. 250) El territorio de las provincias amazónicas forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta.

La gestión de riesgo:

(Art. 389) ‘El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad.

Se establece un sistema nacional descentralizado de gestión del riesgo, y se incorpora de manera obligatoria y transversal la gestión del riesgo en la planificación y gestión.

Áreas protegidas, ecosistemas frágiles y paramos:

(Art.) 404) El patrimonio natural del Ecuador comprende, entre otras, las formaciones físicas, biológicas y geológicas cuyo valor desde el punto de vista ambiental, científico, cultural o paisajístico exige su protección, conservación, recuperación y promoción. Su gestión se sujetará a los principios y garantías consagrados en la Constitución y se llevará a cabo de acuerdo al ordenamiento territorial y una zonificación ecológica, de acuerdo a la ley.

(Art. 405) El sistema nacional de áreas protegidas garantizará la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas.

El Estado asignará los recursos económicos necesarios para la sostenibilidad financiera del sistema, y fomentará la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades en su administración y gestión.

Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en áreas protegida.

(Art. 406) El Estado regulará la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación, y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados; entre otros, los páramos,¹⁵ humedales, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos y manglares, ecosistemas marinos y marinos-costeros.

(Art. 407) Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal.

- *Se contemplan excepciones, y este hecho amerita un mayor debate a fin de evidenciar el sesgo extractivista, establecido como política de Estado e internalizado en el modelo económico ecuatoriano desde hace 4 décadas.*
- *El Art. 398 tiene relación a la consulta a la comunidad cuando se trata de decisiones que puedan afectar al ambiente. Pero nuevamente asume la autoridad la decisión de ejecutar o no el proyecto aunque haya oposición de la mayoría de la comunidad, obviamente previa motivación.*

No obstante, el Arte. 407 es explícito respecto a que la excepcional explotación de recursos naturales en áreas protegidas y zonas intangibles se podrán ejecutar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

Esta prescripción es compleja, si se asume que el interior de un Estado nada escapa al interés nacional, más aún, en una sociedad económicamente débil y que depende de la renta que genera el petróleo y sin visos de ser sustituido por otro energético.

Cabe considerar que la propia Constitución establece que los sectores estratégicos y otros recursos no renovables están bajo potestad del Estado, y la calidad de estratégicos no

¹⁵ Uno de los desafíos para la consolidación de la gobernanza ambiental y gobernabilidad democrática del patrimonio natural y cultural del Ecuador, especialmente de aquellas áreas de mayor vulnerabilidad, riesgo o fragilidad, como son los páramos y otros ecosistemas andinos; implica comprender a la naturaleza desde una perspectiva que supere la visión de la naturaleza como stock de recursos (López, 2009:5), conforme lo prevé el Art. 406 de la CRE.

está dada en sentido económico únicamente, sino también desde el sentido geopolítico y de seguridad endógena y externa. Ello compunge a asumir que sobre cualquier otro interés prevalecen los intereses crematísticos y políticos, y esto contradice el sentido constitucional grantista de los derechos fundamentales (humanos) y por ende no patrimonialista, como si lo era la Constitución en el Estado de derecho sujeto al positivismo jurídico legiscéntrico.

Sin embargo y por otra parte, el Art. 424 de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Esto implica que se reconoce la posibilidad de apelar al test supraestatal de derechos fundamentales para reivindicar derechos humanos, por conexidad se puede extender a los de la naturaleza en base a argumentación jurídica.

Región Amazónica:

(Art. 250) El territorio de las provincias amazónicas forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta.

Este territorio constituirá una circunscripción territorial especial para la que existirá una planificación integral recogida en una ley que incluirá aspectos sociales, económicos, ambientales y culturales, con un ordenamiento territorial que garantice la conservación y protección de sus ecosistemas y el principio del *sumak kawsay*.

Bioseguridad:

(Art. 73) Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas. Excepcionalmente, y sólo en caso de interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional, se podrán introducir semillas y cultivos genéticamente modificados.

El Estado regulará bajo estrictas normas de bioseguridad, el uso y el desarrollo de la biotecnología moderna y sus productos, así como su experimentación, uso y comercialización.

(Art. 401) Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales. Y Solo excepcionalmente y en caso de “interés nacional” se podrá introducir semillas o cultivos genéticamente modificados. (Ver Arts.: 402, 403).

Agua:

(Art. 313) El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

(Art. 314) El Estado es el responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, así como de garantizarlos en base a los principios de obligatoriedad, generalidad, eficiencia, universalidad, etc.

(Art. 316) Delegación de participación de los sectores estratégicos y servicios públicos: el Estado podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones

(Art.318) El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, domini inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua. La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitaria. El Estado fortalecerá la gestión incentivando alianzas entre lo público y lo comunitario para la prestación de servicios. Además establece la Autoridad única del agua.

Este hecho ha generado discrepancias con actores sociales y particularmente indígenas, razón por la cual se oponen la promulgación de la ley de aguas en tales términos. Más aún, los pueblos indígenas habitan espacios frágiles como los páramos, considerados ecosistemas importantes para el ciclo del agua, y cuyo manejo demanda prácticas culturalmente establecidas que no ostentan otros actores y en consecuencia no garantizarían la sostenibilidad del elemento.

7. Sinopsis ambiental de la Constitución garantista (enfoque neoconstitucional)

Cuadro: 5

(Área ambiental)
Entre los aspectos más relevantes que trata constan: agua, páramos, biodiversidad y recursos naturales no renovables, biosfera, ecología urbana y energías alternativas, cambio climático, derechos de la naturaleza, inversión de la carga de la prueba en procesos legales ambientales.
<ul style="list-style-type: none"> - La Constitución prescribe los derechos de la naturaleza - Se proclama el respeto a la naturaleza, a la diversidad y patrimonio cultural. - Se establece el manejo sostenible y propiedad estatal del agua.
Se prescribe el derecho al “buen vivir” (incluye los llamados derechos económicos, sociales y culturales) y tiene sustento en la cosmovisión indígena del mundo. El Régimen del “buen vivir”, instrumenta los lineamientos de política que permiten la implementación de los derechos, por ejemplo: el reconocimiento del agua como “patrimonio nacional estratégico”, y cuyo acceso está garantizado por el Estado, al igual que la seguridad y soberanía alimentaria.
Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, <i>sumak kawsay</i> . Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.
El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua.
Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional
Se reconoce y garantiza a las personas el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.
El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.
El Estado no se comprometerá en convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza
El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua.
El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante

la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación.

Fuente: Constitución Política de la República del Ecuador; Narváez, 2010

El último enunciado permite ver el énfasis puesto para la conservación de bosques, vegetación y la no deforestación; ello tiene relación a la **“Política de Ecosistemas Andinos del Ecuador”** oficializada en agosto del 2008, como resultado de un proceso colaborativo que tiene como propósito central, impulsar una legislación especial para proteger los ecosistemas andinos y especialmente los páramos, frente a:

- La modificación y pérdida de la cobertura vegetal original: cambios de uso y fragmentación
- Las quemas en paramos secos para preparación de cultivos, con impacto indirecto
- La caza, ganadería y pastoreo indiscriminados y la agricultura no sostenible

El PEAE define políticas y establece las políticas específicas para 4 ecosistemas andinos: páramos, humedales, bosques andinos y agro-ecosistemas, además de políticas transversales de apoyo a la gestión integral de ecosistemas, bienes y servicios ambientales (López, 2009:2).¹⁶ Estas herramientas técnicas y de gobernanza ambiental apoyarán la implementación de la PEAE,

¹⁶ Objetivos del PEAE:

- Fortalecer y promover la coordinación y comunicación entre gestores
- Establecer prioridades y mecanismos de conservación y manejo sustentable
- Ordenar los usos de los ecosistemas y recursos, así como en su áreas de influencia
- Apoyar la descentralización ambiental para el fortalecimiento institucional de gobiernos locales
- Potenciar el fortalecimiento de los actores y apoyo a la participación de pobladores rurales

Los ejes previstos para la formulación e implementación de la PEAE son:

- Conservación y manejo sustentable de la biodiversidad y agrobiodiversidad
- Armonización de acciones entre actores públicos y privados
- Apoyo al Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental
- Fortalecimiento de actores institucionales y empoderamiento de la ciudadanía

Asimismo, la PEAE y la “Estrategia para el Desarrollo Forestal Sustentable” son para el MAE-DF, instrumentos complementarios en forma y fondo, a fin de aplicarlos de manera armonizada con los gobiernos y pobladores locales, por ser los actores con que se contará para asegurar una gestión eficiente, sostenible, democrática y descentralizada de los ecosistemas andinos. En este sentido, varias de las estrategias específicas remarcan la importancia de los páramos y humedales andinos para la provisión de servicios ambientales, especialmente hídricos, como alternativas para el desarrollo local sustentable (López, 2009:2).

Del contenido de la Constitución ecuatoriana resumido en los cuadros anteriores, se colige la incidencia del nuevo constitucionalismo social latinoamericano y en gran parte asumido como alternativa para transformar el modelo de desarrollo socio-económico capitalista, caracterizado por su ilimitada voracidad y que construyó para sus fines un andamiaje regulatorio e institucional propiciatorio de la explotación indiscriminada de los recursos de la naturaleza, de un desarrollo industrial sin eficientes mecanismos de control de procesos, de gestión ambiental, y con un marco institucional debilitado incapaz de garantizar una gobernanza ambiental que coadyuve al fortalecimiento de la gobernabilidad y democracia.

En todo caso, los vertiginosos cambios y transformaciones socio-económico-políticas que han dado lugar al neoconstitucionalismo como una respuesta a la crisis, está ahí como un producto histórico más. Y hay quienes dicen no saber si hay algo nuevo en este concepto, o si se trata de de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera (Carbonell, 2007:9). El autor en mención sostiene que sí supone alguna novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de derecho. Por ejemplo, que bajo su enfoque se está desarrollando el nuevo constitucionalismo social y ambiental latinoamericano:

“Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos (...). Los postulados centrales del neoconstitucionalismo tienen relación a un sinnúmero de problemas que debe resolver el Estado constitucional (Problemas tan básicos y a la vez tan complejos como la interpretación de las normas constitucionales, el uso del derecho comparado por los jueces supremos, el lugar de los derechos fundamentales, su proyección a las relaciones entre particulares, el alcance de los derechos sociales, el impacto de la globalización sobre el constitucionalismo, el papel del Estado en la defensa de derechos como la libertad de expresión , etc.)” (Ibíd.:12).

8. Conclusiones específicas:

- En el caso ecuatoriano, la Constitución de la República de 1998, entre otras innovaciones incorporó la noción Desarrollo Sostenible, el reconocimiento de ciertos derechos colectivos o difusos en materia socio-ambiental, la consulta previa informada a

los pueblos indígenas (sin derecho a veto, conforme al Convenio 169 de la OIT) cuando se vayan a desarrollar proyectos extractivos en sus territorios; dispuso la creación de nuevas instituciones de control ambiental y la penalización de los delitos ambientales, etc. (mediante reformas al Código penal).

- La Constitución del 2008 asume el sentido del paradigma neoconstitucional, es garantista y rígida e incorpora los derechos de la naturaleza, el *sumak kawsay* (buen vivir), profundiza los derechos fundamentales y asume el acceso al agua como derecho humano. En este sentido, si el elemento “agua” es fundamental, lo es también la base misma del elemento y en consecuencia los páramos no pueden sino ser concebidos en la misma condición que la naturaleza, es decir, en su integralidad y tutelados conforme al principio de constitucionalidad (en clave neoconstitucional).

- Un desafío radica entonces, en la concreción eficaz de los derechos fundamentales (humanos) para garantizar el acceso al agua sin transgredir en absoluto los derechos de la naturaleza. Esto implica la operacionalidad del principio precautorio en el manejo de los páramos y otros ecosistemas de interés hídrico; y cierra este proceso, la capacidad del sistema institucional para operativizar los criterios de coordinación, asociatividad, participación y vigilancia social en los diferentes niveles de gobierno y otros actores territoriales (López,2009:5).

- Se asume que el mayor desafío para la gobernanza ambiental en los páramos se encuentra en la gestión de los servicios hídricos, sobre todo en la definición de nuevos modelos organizativos para el manejo integrado de cuencas, con estrategias de adaptación al cambio climático en base a ecosistemas y mecanismos financieros para la distribución de los potenciales beneficios, entre gobiernos locales y pobladores rurales en los páramos del Ecuador (Ibíd,:3).

- En el “Estado de derecho” prima la tesis de que la forma de concebir y aplicar el derecho es mediante la subsunción lógica, y que el ordenamiento jurídico sólo está integrado por reglas. “En el Estado constitucional de derechos” que rige en Ecuador,

además de reglas, los sistemas jurídicos están integrados por principios y por directrices. Desde esta postura los principios constitucionales (que sustentan los Derechos Fundamentales) se aplican mediante la ponderación, que es el mecanismo para resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos.

- La Acción de protección establecida en el Art. 88 de la CRE, es un instrumento constitucional de tutela para demandar la garantía de los derechos de la naturaleza. Por la vía judicial se puede demandar la protección de los derechos ambientales, sustentada en los Art. 41 y 42 de la ley de Gestión ambiental, que conceden acción pública para denunciar la violación de las normas del medio ambiente, sin perjuicio de la acción de protección prevista en el Art. 88 de la Constitución.

- Las innovaciones constitucionales en materia de derechos humanos, colectivos y ambientales constituyen un hito en la historia nacional, y particularmente las del Art. 396 de la Constitución, al establecer que la responsabilidad por daños ambientales es objetiva, que las acciones legales para perseguir y sancionar tales daños son imprescriptibles, y por determinar la inversión de la carga de la prueba.

Conclusiones generales:

Si bien es cierto los años 70 y 80 simbolizan en América Latina, represión extrema bajo fórmulas explícitas o de excepción y la destrucción de las distintas fuerzas alternativas, además abrieron el camino para la imposición del modelo neoliberal en la década de los 90. Las tres décadas suman represión y frustración social crítica debido al fracaso de los modelos constitucionales liberales, agudizadas por la complicidad de los grupos hegemónicos detentadores del poder económico y político.

A partir de los años 90 empieza a convalecer el destruido tejido social y a finales de esta década es visible el reacomodo ideológico y político-estratégico de los movimientos sociales, proceso que no está protagonizado por estructuras partidistas o grupos revolucionarios, sino por un amplio universo de organizaciones sociales urbano-rurales,

pueblos indígenas, etc. El objeto principal de su agenda estuvo centrado en el fortalecimiento neoconstitucional de los DESC, en cuanto elementos fundamentales para la concreción de los derechos civiles y políticos y para la constitucionalización de los derechos de tercera generación (colectivos, difusos, ambientales), a sabiendas de que dichos derechos iban a ser nominales hasta que la reforma del Estado y la nueva arquitectura legislativa en el caso de Colombia (1991), Brasil (1988), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) pudieran darles una progresiva normatividad (Narváez, 2010).

- Uno de los aspectos relevantes de interés social es el ambiental, y la experiencia permite ver que el nuevo constitucionalismo es una respuesta a la menesterosidad constitucional que ha sufrido el subcontinente latinoamericano (América del Sur) y que se proyectaba en la menesterosidad social y degradación ambiental. Durante doscientos años el Estado ha operado más como gendarme e instrumento propietario, es decir; dos siglos de “Estado de derecho” disminuido a modo de liberalismo censitario y en las últimas décadas con un constitucionalismo excepcionalista (neo) liberal. Estado excluyente y oligarquizado en el que apenas se ha podido ejercer mínimamente las dos primeras generaciones de derechos: los civiles y políticos y los DESC.

De ahí se desprende que no es casualidad el advenimiento del nuevo constitucionalismo social latinoamericano plasmado en una base exhaustiva de derechos (individuales y colectivos) de la persona humana y de la naturaleza. El neoconstitucionalismo es producto de una crisis aguda del Estado de derecho y su modelo político y jurídico-institucional de signo (neo) liberal, cuya hipótesis constitucional radicaba en que la solución a todos los males endémicos del Estado era su absoluta desustancialización social y pública. Desustancialización que demostró lo contrario: por cuanto las prácticas neoliberales sin un Estado mínimo condujeron a una mayor ineficacia del Estado y a un mayor colapso económico, social y ambiental.

Y no está por demás hacer mención que el nuevo constitucionalismo social latinoamericano no excluye los postulados jurídico-programáticos de la comunidad

internacional, tales como: El Protocolo de San Salvador;¹⁷ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos; Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (Naciones Unidas - 1993), La Carta de los Derechos de los Pueblos Indígenas (Naciones Unidas - 2007). Todos estos instrumentos sancionan la indivisibilidad e integridad de los derechos humanos y fundamentales en cuanto son las condiciones necesarias para contrarrestar las iniquidades neoliberales tendentes a convertir a las sociedades en desvertebradas y miserables.

- Las nuevas ideas y prescripciones constitucionales prácticamente desgajaron la estructura positivista -formalista del Estado legiscéntrico que gravitó en torno a la idea de imperio de la ley. Por su parte el Estado constitucional de derechos, en relación al carácter normativo de la Constitución, la entiende como “norma jurídica” o fuente principal del derecho y los derechos. La Constitución es norma jurídica que contiene normas jurídicas de aplicación directa e inmediata por parte de los jueces y demás operadores jurídicos competentes, a partir de la aplicación de principios como la ponderación, la conectividad, la hermenéutica analógica y la argumentación. Ciertamente existe un bloque de control de constitucionalidad que coadyuva a la eficacia de esta norma y a la consecución de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales (Narváez, 2010).

9. Bibliografía

Alexy, Robert (2003). *La fórmula del peso*, en: El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de justicia y derechos humanos.

¹⁷ En el “Preámbulo” del Protocolo de San Salvador (17 Noviembre de 1988; entrada en vigor el 15 Noviembre de 1999) se establece, por ejemplo:

“la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros(...)Sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Ecuador, Colombia y Venezuela han ratificado este instrumento. ([http://www.derhumanos.com.ar/legislacion/protocolo%20san%20salvador%](http://www.derhumanos.com.ar/legislacion/protocolo%20san%20salvador%20)) (Visitado 15/11/09)

- Ansuátegui Roig, Francisco (1993). *¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli*. Universidad Carlos III de Madrid – Instituto Universitario Europeo de Florencia. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas.
- Corporación de estudios y Publicaciones (2009). *Constitución política de la república del Ecuador* (2008). CEP: Quito.
- Bernal Pulido (2007). *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*, en Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. Trotta, Madrid.
- Foladori, Guillermo (2000). *El pensamiento ambientalista*. Universidad Federal de Paraná. Brasil.
- Ferrajoli, Luigi (2003). *Sobre los derechos fundamentales*, en: “Teoría del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos” Edición de Miguel Carboenll. Madrid: Trotta.
- Guastini, Ricardo (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Madrid: Librería Jurídica.
- López A., Víctor (2009). “*Páramo, nueva Constitución y políticas específicas en Ecuador*”, Ponencia presentada en el II Congreso Mundial de Páramos, EcoCiencia, Quito.
- Miliband, Ralph (1970) *El Estado en la sociedad capitalista*. México: Siglo XXI.
- Narváez, Iván (2004). *Derecho ambiental y temas de sociología ambiental*. Jurídica Cevallos: Quito.
- Narváez, Iván (2009). *Petróleo y poder: el colapso de un lugar singular YASUNI*. FLACSO: Quito.
- Narváez, Iván y Narváez María José (2010). *Neoconstitucionalismo y Derecho ambiental*, (inédito).
- Narváez, María José (2008). *La responsabilidad civil extracontractual por daños ambientales y las instituciones del Código civil ecuatoriano*, (tesis). PUCE: Quito.
- Narváez, María José (2009). Marco legal y Región amazónica ecuatoriana (incidencia en la estrategia del desarrollo), consultoría, Quito.
- NN.UU. Protocolo de San Salvador (17 Noviembre de 1988; entrada en vigor el 15 Noviembre de 1999)
- Prieto Sanchís, Luis (2005). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta.
- Stutzin, Godofredo (1984) en: AMB. y DES. VOL. 1, No 1, pags. 97-114, dic. 1984.
http://www.cipma.cl/RAD/1984-85/1_Stutzin.pdf

Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.