

DOCTRINA

La normativa como alternativa para garantizar el derecho humano al agua frente al cambio climático: Regulación de las áreas de protección hídrica en el Ecuador

The regulations as an alternative to guarantee the human right to water against climate change: Regulation of water protection areas in Ecuador

Andrés Martínez-Moscoso 

Universidad de Cuenca, Ecuador

RESUMEN El Ecuador ha generado importantes aportes en la discusión del derecho ambiental en el siglo XXI, desde el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, así como propuestas para la protección de su biodiversidad. En materia de aguas, el legislador ecuatoriano incluye la protección de las fuentes de agua a través de las Áreas de Protección Hídrica, figura *sui generis*, pues compara su protección al de un parque nacional, y cumple con la conservación de ecosistemas frágiles que permiten garantizar el derecho humano al agua en épocas de escasez del recurso frente al cambio climático. Este artículo analiza la normativa constitucional y legal de manera histórica, teniendo en cuenta la evolución legal en materia ambiental, pone en evidencia los aciertos que tiene la norma en relación a esta figura de conservación y esquematiza su procedimiento con el propósito que sea extrapolable a otras legislaciones. La figura de las Áreas de Protección Hídrica muestra que la combinación de esfuerzos entre los diferentes sectores —público, privado y comunitario— tiene resultados positivos para la conservación del medio ambiente y como medida de mitigación y adaptación al cambio climático.

PALABRAS CLAVE Protección hídrica, cambio climático, agua, Ecuador.

ABSTRACT Ecuador has promoted important inputs to the discussion of XXI century Environmental Law, since the recognition of the Nature as a subject of rights, and for it proposes to protect the biodiversity. The Ecuadorian congressman has included in the national water law a new figure of water protection areas, a *sui generis* category, because it has similar conditions like a national park, and it accomplishes the conservation of fragile ecosystems which could guarantee the human right of water during drought especially due climate change effects. This paper study the constitution and secondary

normative with an historical vision, especially focus in the evolution of environmental law, the work put emphasis on the success of the norm in relation to this new figure of protection and show the process with the purpose to make it exportable to other legislation. The figure of water protection areas shows how the combination of efforts between different actors: public, private and communitarian, could obtain positive results for the environment protection and as an action against climate change, as mitigation and adaptation measures.

KEYWORDS Hydric protection, climate change, water, Ecuador.

Introducción

En un país donde la media de acceso al agua triplica la media internacional (Martínez-Moscoso, 2017: 160), tal vez no se debiera establecer una regulación sobre la protección de las fuentes de agua y los posibles efectos con relación al cambio climático. Sin embargo, el Ecuador ha considerado una estrategia totalmente diferente a partir desde su compromiso con los derechos de la naturaleza y el medio ambiente (Defensoría del Pueblo, 2013).

La República del Ecuador es uno de los 180 países suscriptores del Acuerdo de París y, considerando que sus emisiones de CO₂ no son del todo representativas, el compromiso que tiene con la protección del medio ambiente es loable, no solo porque ha suscrito la mayor parte de los acuerdos internacionales en la materia, sino también por su desarrollo interno a nivel constitucional y legal (Martínez-Moscoso, 2019).

Desde hace una década, con la expedición de su Constitución, Ecuador reiteró su compromiso con la naturaleza, reconociéndola como sujeto de derechos, así como con el agua, a la que otorgó la condición de derecho humano y fundamental, con un adelanto de dos años a la resolución 64/292, del 28 de julio de 2010, de la Organización de las Naciones Unidas. Inclusive reconoció en su texto constitucional el compromiso del Estado para adoptar medidas de mitigación del cambio climático, a través de la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, así como a través de medidas de conservación de bosques y vegetación.

En este sentido, el legislador ecuatoriano ha previsto la figura de las Áreas de Protección Hídrica (APH), que buscan proteger los territorios donde existan fuentes de agua que hayan sido declaradas como de interés público con el propósito de mantenerlas, conservarlas y protegerlas, debido a su importancia al garantizar el abastecimiento de líquido vital para el consumo humano o la soberanía alimentaria (entendida como agua de riego).

Con el propósito de comprender la importancia que tiene la normativa en la protección del agua como un derecho fundamental frente a las amenazas del cambio climático, este artículo parte con una explicación del marco regulatorio ecuatoriano

en materia de medio ambiente: se destaca el proceso evolutivo que ha vivido y se evidencian los principales cambios. El trabajo se detiene sobre todo en abordar la comprensión de la naturaleza como sujeto de derechos, no solo desde el punto de vista jurídico, sino que también da cuenta de la discusión social y filosófica que se entrelaza con los pueblos indígenas, así como se destaca la protección del agua como derecho humano fundamental y todo su régimen jurídico (Ávila Santamaría, 2011).

El artículo revisa, además, cómo la legislación ambiental ecuatoriana se ha adaptado a las cuestiones relativas al cambio climático, para lo cual se han establecido tanto planes como obligaciones estatales con el propósito, entre otros, de contribuir a la protección de las fuentes de agua.

La discusión de este trabajo se centra en cómo se ha legislado la nueva figura de área de protección ambiental —el área de protección hídrica— repasando sus fines, propósitos, regulación e implementación; también se exponen sus principales limitaciones y los retos que supone su correcta puesta en marcha.

La visión del medio ambiente en Ecuador

Ecuador es un país megadiverso, donde más del 19% de su territorio se encuentra bajo la protección del régimen de áreas protegidas.¹ Destacan sobre todo los parques nacionales con reconocimiento a nivel internacional (Unesco), como el Parque Nacional Galápagos² y el Parque Nacional Yasuní.³ En este contexto, desde inicios de la década de los noventa del siglo pasado el legislador ecuatoriano ha tenido una particular visión de protección del medio ambiente, guiado por una perspectiva antropocéntrica de la garantía del medio ambiente sano para sus ciudadanos.

Evolución normativa

El Ecuador es suscriptor de la mayor parte de instrumentos internacionales en materia de protección del medio ambiente surgidos desde el retorno a la democracia (1979). En este sentido, el legislador ecuatoriano realizó dos importantes reformas a su Carta Magna, en 1983 y 1996 (Morales, 2013: 35-45). La primera incorporó el derecho de los ciudadanos a vivir en un medio ambiente sano y la segunda el desarrollo sustentable.

Sin embargo, la influencia de la Conferencia de Río (1992), así como los procesos del nuevo constitucionalismo en la región (Constitución de Brasil en 1988 y de Co-

1. El régimen aplicable es el del Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Ecuador. Ministerio del Ambiente, «Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Ecuador (SNAP)», disponible en <http://bit.ly/2tZpTZz>.

2. Ministerio del Ambiente, «Parque Nacional Galápagos», disponible en <http://bit.ly/2Q7vTbr>.

3. Ministerio del Ambiente, «Parque Nacional Yasuní», disponible en <http://bit.ly/2sjgUSE>.

lombia en 1991; cf. Terol Becerra, 2015: 35-66), influyeron en la norma fundamental ecuatoriana que fue expedida en 1998, en la que destacó sobre todo el artículo tercero, en el que el Estado tomó como uno de sus deberes primordiales el de «defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente», mientras que en el capítulo correspondiente a los derechos civiles y políticos, se reconoció «el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación» (Pérez, 2008: 15).

Desde la expedición de la Constitución de la República (2008), la visión del constituyente en relación con el medio ambiente se hizo presente de manera integral en la carta constitucional, tanto desde el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, así como de la inclusión de la cosmovisión de los pueblos indígenas en relación con la *Pachamama* (madre naturaleza) (Acosta y Martínez, 2011: 317-330).

La propuesta del constituyente ecuatoriano resultó novedosa además en materia de cambio climático, pues incluyó como obligación estatal la adopción de medidas adecuadas y transversales para su mitigación, todo ello con el propósito de limitar las emisiones de gases de efecto invernadero, la deforestación y la contaminación atmosférica. En consecuencia, la norma ha obligado a que el Estado ecuatoriano, a través de la generación de políticas públicas, genere medidas para la conservación de los bosques y la vegetación y la protección de población en riesgo (Ludeña y Wilk, 2013: 3-9).

La suma de estos factores generó una nueva dinámica sobre el medio ambiente, ya que si bien es cierto se encuentra reconocido el derecho de la ciudadanía a un medio ambiente sano, por otro lado, bajo la visión biocentrista, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos obligó a que la normativa de mejor jerarquía presente una nueva dinámica y, en consecuencia, se reforme bajo estos nuevos parámetros. Muestra de ello son los cuerpos normativos dictados con posterioridad a su entrada en vigor de la nueva Constitución, como la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua de 2014 y su reglamento y el Código Orgánico del Ambiente de 2018, que son analizados en este trabajo como normas de referencia para la protección de los recursos hídricos y del cambio climático.

Los principales cambios en relación con el medio ambiente

El título VII de la Constitución de la República se refiere al «Régimen del Buen Vivir» (o *Sumak Kawsay*) (Radcliffe, 2012) y el capítulo segundo se dedica íntegramente a «Biodiversidad y recursos naturales» (artículos 395 al 415). Este último está compuesto por un total de siete secciones: naturaleza y ambiente; biodiversidad; patrimonio naturales y ecosistemas; recursos naturales; suelo; agua; y biosfera, ecología urbana y energías alternativas.

El constituyente reforzó el reconocimiento de los principios ambientales a nivel constitucional, algunos de los cuales venían reconocidos ya desde la Constitución de

1998, incluyendo ahora la responsabilidad objetiva por daños ambientales, así como la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas, particularidades que se incluyeron por malas experiencias de operadores extranjeros en el país (Buccinaa, Chenea y Gramlich, 2013). Aun más, las acciones legales para perseguir este tipo de daños ambientales en el Ecuador no prescriben. Interesante es también la inclusión de conceptos contemporáneos que se tienen en cuenta sobre todo en la economía circular, como el de la *responsabilidad extendida del productor*.

Se incluye un largo apartado relacionado con los daños ambientales y la responsabilidad que el Estado tendrá al respecto. Además, se establecen a nivel constitucional tanto la consulta previa, como la consulta ambiental (Martínez-Moscoso, Abril y Bermeo, 2019).

En relación con la biodiversidad, el Estado es su titular y se declaró al país como «libre de cultivos y semillas transgénicas» (artículo 400);⁴ no se reconocen derechos de propiedad intelectual sobre productos derivados u obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional (artículo 201).

Con respecto al patrimonio natural y los ecosistemas, el artículo 405 de la Constitución regula el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), el cual se constituyó con el propósito de garantizar la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas, cuya rectoría le corresponde al Estado a través de la Autoridad Ambiental Nacional, radicada en el Ministerio del Ambiente.

La regulación del SNAP se abordará en las siguientes secciones de este artículo: su importancia es radical para la comprensión del régimen de las Áreas de Protección Hídrica, ya que al ser aprobadas bajo la mentada figura, se incorporan al SNAP.

Es importante destacar que una de las mayores discusiones que se ha presentado en la última década en Ecuador ha sido la explotación de sus recursos naturales no renovables, sobre todo petróleo y minería, respectivamente. El primero, si bien es cierto ha sido explotado desde la década de los setenta del siglo pasado y constituye una de las principales fuentes de ingreso del PIB,⁵ la polémica se presentó debido a la iniciativa del expresidente de la República, Rafael Correa Delgado, denominada

4. Conquistas alcanzadas por los movimientos ecologistas inicialmente asociados al gobierno de Rafael Correa Delgado, liderados por Alberto Acosta y Esperanza Martínez, de Acción Ecológica. Particularidades que posteriormente marcaron las distancias entre la autodenominada «Revolución Ciudadana» de Correa con los movimientos ecologistas, a quienes calificó como «ecologistas infantiles». Declaraciones Rafael Correa entre 2007 y 2016, en relación con derechos de defensores de la naturaleza según lo informado en el Tercer Ciclo del Examen Periódico Universal de Ecuador ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, del año 2017. Disponible en descarga directa desde <http://bit.ly/364IoeT>.

5. Datos del PIB en el Ecuador. Banco Mundial, «El Banco Mundial en Ecuador», disponible en <https://www.bancomundial.org/es/country/ecuador>.

Yasuní ITT (Rival, 2010). Esta se basó en la no explotación de una amplia reserva de hidrocarburos que se encuentra en la zona del Parque Nacional Yasuní, que constituye una de las zonas más megadiversas del planeta. La iniciativa buscó reunir fondos a través de donaciones de personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, quienes con su aporte económico evitarían la no explotación de petróleo de esta zona.

No obstante, la iniciativa fracasó, y en septiembre de 2013 el presidente Correa Delgado aplicó el artículo 407 de la Constitución, el cual señala que, aun cuando existe prohibición expresa para la realización de actividad extractiva de recursos no renovables (petróleo o minería) en áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles —caso del Yasuní, pues además de formar parte del SNAP, se han localizado pueblos originarios en aislamiento, tal como los Tagaeri y Taramenane⁶—, se podrá realizar la explotación de manera excepcional siempre y cuando se presenten dos elementos: petición fundamentada del Presidente de la República y declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional (Poder legislativo).⁷

En el caso del Yasuní, estos elementos se presentaron, y pese a la oposición ciudadana, la explotación se inició. Con el propósito de revertir las medidas tomadas por el expresidente Correa Delgado, el actual Gobierno, liderado por Lenin Moreno, convocó a una consulta popular el 4 de febrero de 2018, incluyendo entre las preguntas dos relacionadas con este tema: la primera, sobre el incremento de la zona intangible en al menos 50.000 hectáreas y reducir el área de explotación petrolera autorizada por la Asamblea Nacional en el Yasuní, de 1.030 a 300 hectáreas; la segunda, sobre la modificación del texto del artículo 407 de la Constitución en el sentido de prohibir la instalación de minería metálica en todas sus etapas en áreas protegidas, en zonas intangibles y centros urbanos.

Como se aprecia en los hechos narrados, aspectos técnicos ambientales y antropológicos, respectivamente, que deberían ser tratados de manera objetiva, han sido abordados en Ecuador desde la coyuntura política.

Por último, con fines explicativos para conocer la principal normativa constitucional en relación con la naturaleza y al agua como derecho humano y fundamental, se presentan las siguientes secciones.

6. Declarada Zona Intangible por el Ministerio del Ambiente en 1999, que consta de 758.051 hectáreas de protección.

7. Se deja de manera opcional la celebración de una consulta popular para decidir la explotación. Situación que alarmó a los colectivos ecologistas, para lo cual se creó una plataforma, Yasunidos, los que obtuvieron las firmas necesarias para la realización de una consulta popular sin que, desde la Corte Constitucional y el Consejo Nacional Electoral se les haya dado una respuesta eficaz, por motivos políticos.

La naturaleza como sujeto de derecho

El modelo de desarrollo que sustenta la Constitución de la República del Ecuador mudó hacia uno basado en la cosmovisión andina del Buen Vivir o *Sumak Kawsay*, el que se refiere al derecho de los individuos y de la sociedad para alcanzar su desarrollo en armonía con la naturaleza, bajo los preceptos de la sostenibilidad y sustentabilidad (Unceta, Acosta y Martínez, 2014: 34-56).

Dos elementos sobresalen: el primero, el del Buen Vivir, y el segundo, el reconocimiento a la Naturaleza como sujeto de derechos (pasó de ser reconocida como objeto a un sujeto de derechos) (Ávila Santamaría, 2016). Esta carta constitucional que emerge del neoconstitucionalismo andino reconoció la cosmovisión indígena reflejada en las instituciones de la *Pachamama* y el *Sumak Kawsay*.

La *Pachamama* es reconocida como sujeto del derecho a ser respetada, preservada y restaurada conforme a su ciclo vital. Este reconocimiento representa un cambio en la visión antropocéntrica de los derechos de la naturaleza que la consideran un objeto. En su lugar, se plantea una perspectiva biocéntrica a partir de la filosofía andina para la cual ser humano es parte de una red de conexiones múltiples, en la que las personas son la naturaleza y no únicamente parte de ella (Ávila Santamaría, 2016: 57-59). Sin embargo, existen críticas al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos porque se considera una estrategia retórica sin efectos reales, y diferente de la protección del medio ambiente (Simon, 2013).

Otro concepto que surgió en la Constitución del 2008 es el *Sumak Kawsay* o Buen Vivir, perspectiva crítica a la modernidad que se generó a partir de la visión de los indígenas andinos con el apoyo de movimiento sociales y de la academia occidental. En este sentido, el Buen Vivir representa una crítica a la visión tradicional de desarrollo basado en el crecimiento y el progreso, y en su lugar se pone la calidad de vida, a partir de entender que la comunidad está conformada por elementos no humanos como la *Pachamama* (Gudynas, 2016: 3-10).

El agua como derecho humano y fundamental

El texto constitucional de 2008 fue el primero en reconocer de manera explícita al agua como un derecho humano fundamental, lo cual le otorga una categoría especial y, sobre todo, revela la importancia que se le da en la nueva construcción del Estado, lo cual concuerda con la realidad geográfica del país (Martínez-Moscoso, 2017).

En el artículo 3, numeral primero, se establecen los deberes primordiales del Estado, reconociendo y garantizando, sin discriminación, el goce del agua para sus ciudadanos, entre otros derechos. Luego, se desarrollan, en el capítulo segundo del Título II, los Derechos del Buen Vivir, reconociendo en su artículo 12 el derecho humano al agua como fundamental e irrenunciable.

En el texto constitucional ecuatoriano se otorga al agua la categoría de patrimonio nacional estratégico, caracterizándola de una manera especial y incompatible con su uso o explotación, pues señala que será de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

Al referirse al derecho a la salud (artículo 32), el texto constitucional señala claramente que este derecho se encuentra relacionado con otros que forman parte de ese círculo virtuoso que es el Buen Vivir o *Sumak Kawsay*, entre los cuales se destaca el derecho al agua. Situación confirmada en el numeral segundo del artículo 66, cuando se habla del derecho a la vida digna de las personas, en la que un elemento central es la provisión de agua potable (Martínez-Moscoso, Aguilar y Verdugo, 2018).

Existe una prohibición expresa respecto de la privatización⁸ tanto del agua como de sus fuentes, situación que tuvo que ser regulada en el ejercicio constituyente sobre todo por influencia de las comunidades y pueblos indígenas, así como de montubios, debido a la acumulación del líquido vital por parte de particulares y compañías, quienes dados sus ingentes recursos pudieron almacenar gran cantidad de agua, dejando sin sustento para el riego de los huertos agrícolas de los colectivos más desprotegidos.

El artículo 282 de la mencionada norma señala que «el Estado regulará el uso y manejo del agua de riego para la producción de alimentos, bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental».

La Constitución en su artículo 318 definió al agua como patrimonio nacional estratégico y determinó de forma restrictiva su uso, definido como bien público. La caracterizó como inalienable e imprescriptible, gestionándose de manera pública —gobiernos locales— o comunitaria —asociaciones de usuarios, campesinos, pueblos originarios o indígenas—.

La provisión de agua potable, así como agua de riego, es una responsabilidad exclusiva del Estado ecuatoriano, pues se trata de un sector estratégico (artículos 313 y 314): es de competencia exclusiva de los gobiernos municipales, entre otras, la prestación del servicio de agua potable, alcantarillado y depuración de aguas residuales. Previamente, el Estado se reserva para sí el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos del país, entre los que se encuentra el agua (artículo 313).

Sin embargo, de conformidad con el artículo 260, el ejercicio de las competencias exclusivas —entre las que se encuentran la gestión de los recursos hídricos— no excluirá la concurrencia en la gestión sobre la prestación de servicios públicos, para lo cual se complementará con otros niveles de gobierno. Esta situación también está prevista en la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua

8. «Las luchas sociales contra la privatización de los sectores estratégicos como el agua en varios países, es una evidencia de que amplios sectores —sobre todo populares— están saturados de la explotación privada de bienes públicos que sustentan lo público» (Carpio, 2009: 140).

(LORHUAA) que, en su primer artículo, señala que los recursos hídricos serán gestionados de manera concurrente entre el Gobierno Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

La prestación del servicio de agua potable, alcantarillado y depuración de aguas residuales es una competencia exclusiva de los gobiernos municipales, de acuerdo con la disposición constitucional constante en el artículo 264. El Código Orgánico de Ordenamiento Territorial y Administración Descentralizada de 2010 (COOTAD), en su artículo 55 contempla como competencia exclusiva de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la prestación del servicio de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales y saneamiento ambiental. La misma norma, en el artículo 137, dentro de la regulación para el ejercicio de las competencias de prestación de servicios públicos, definió que los servicios de agua potable, en todas sus fases, la realizarán los municipios, mientras que aquellos que se presten en las parroquias rurales deberán ser coordinados con las juntas parroquiales, lo cual también se encuentra previsto en el último inciso de la LORHUAA.

Cabe señalar que, si bien es cierto, son los gobiernos municipales los encargados de la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento, muchos de ellos a fin de tener un servicio eficaz, eficiente y de calidad, han optado por la prestación a través de las Empresas Públicas Municipales Autónomas, las cuales se fundamentan en la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el COOTAD.

Sin embargo, en los cantones pequeños, debido a su estructura, el servicio se sigue prestando de manera directa por parte del municipio.⁹

Ecuador y el cambio climático

El cambio climático es una condición estructural y transversal a la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, ODS (2015-2030). De tal suerte, se estableció como un objetivo específico al considerar el numeral décimo tercero, con relación a las acciones por el clima (Organización de las Naciones Unidas, 2018).

Si bien es cierto, algunos líderes de las superpotencias minimizan los efectos que produce el cambio climático,¹⁰ es evidente que, en el transcurso de este siglo, el clima

9. El Banco Mundial (2005) señala que en la mayor parte de las cabeceras cantonales el servicio de agua potable sigue prestándolo directamente el municipio «a través de departamentos municipales, cuyo personal se comparte muchas veces con otras actividades y cuyos ingresos y gastos se confunden con los de la caja común del municipio». Con lo cual, es poco el control que se puede tener, así como resulta dificultoso alcanzar eficiencia en la prestación del servicio si la institución no goza de un buen estado financiero que le permita invertir en nueva infraestructura y otorgar un mantenimiento adecuado al sistema.

10. Casa Blanca (Estados Unidos), «Energy & Environment», disponible en <https://www.whitehouse.gov/issues/energy-environment/>.

ha experimentado variantes atípicas, tanto en períodos de sequía como de tormentas y otros fenómenos atmosféricos donde los más pobres y los vulnerables han sido los más afectados debido a la falta de infraestructura adecuada. Las metas de este ODS establecen: el fortalecimiento de la resiliencia y la adaptación a los desastres naturales en los países; la incorporación de políticas y estrategias nacionales para afrontar el cambio climático; y la educación que permita la sensibilización a fin de conseguir la mitigación y adaptación al cambio climático.

A nivel local, el Ecuador ha asumido la protección y garantía de los derechos de la naturaleza en el Plan Nacional de Desarrollo (2017-2021), con el propósito de establecer una respuesta adecuada frente al cambio climático a través de la construcción de territorios seguros y resilientes, la gestión de riesgos y la adaptación al fenómeno (Secretaría Nacional de Planificación, 2018). De manera específica, las políticas asociadas al primer objetivo del plan —garantizar una vida digna con oportunidades iguales para todas las personas—, impulsa una cultura de gestión de riesgos con altos niveles de respuestas frente a emergencias, desastres originados por causas naturales o antrópicas y aquellas vinculadas al cambio climático (Wright, 2012).

Así también, el objetivo tercero —garantizar los derechos de la naturaleza para las actuales y futuras generaciones—, establece la reducción del índice de vulnerabilidad de alta a media frente al cambio climático hasta el año 2021. Del mismo modo, de manera transversal se considera el lineamiento de cohesión territorial, con buenas prácticas ambientales y de diseño urbanístico de adaptación y mitigación a este fenómeno.

Por su parte, a nivel legal, el Libro cuarto del Código Orgánico del Ambiente trata este problema, para lo cual define el marco legal e institucional respecto al ejercicio de acciones necesarias para la adaptación y mitigación al cambio climático por medio de políticas que permitan prevenir y responder a este fenómeno, que el legislador ecuatoriano califica como *antropogénico*, dedicando dos títulos y cuatro capítulos. El CODA considera como prioridades para la gestión del cambio climático el reducir y minimizar aquellas afectaciones que se causen a las personas en situación de riesgos, los grupos de atención prioritaria, la infraestructura de los sectores estratégicos, los sectores productivos, el ecosistema y la biodiversidad. Para todo esto, la Autoridad Ambiental Nacional deberá elaborar y mantener actualizada una Estrategia Nacional en la materia, en la que se coordinará con las entidades intersectoriales y se contará con el apoyo del sector privado, las comunas y comunidades, así como de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Es oportuna la incorporación que hace el CODA respecto a que, en la planificación territorial, exista la obligación de observar criterios de adaptación y mitigación al cambio climático, situación que debe ser coordinada y considerada entre los diferentes niveles de gobierno. Además, la norma señala que las zonas vulnerables o de alto impacto de desastres serán prioritarias para el Estado, todo ello con el propósito

de disminuir su vulnerabilidad; así también, entre las acciones de mitigación se considera la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y el incremento de sumideros de carbono, para lo cual la Autoridad Ambiental realizará el inventario respectivo.

Es lógico que, a nivel normativo, el Ecuador haya considerado al cambio climático como un problema clave al cual debe dar una solución, con el propósito de garantizar los derechos de la naturaleza y el correcto desarrollo de los habitantes que se enfrentan a este fenómeno climático sin precedentes, conduciendo la definición de cómo utilizar sus recursos, su infraestructura y el diseño de las políticas públicas respectivas.

Política de Estado para la adaptación y mitigación al cambio climático

En 2009, el presidente de la República, a través de Decreto Ejecutivo 1815, del 17 de julio de 2009, emitió la «Política de Estado para la adaptación y mitigación al cambio climático», la cual está a cargo del Ministerio del Ambiente. Además, se creó un Comité Interinstitucional de Cambio Climático —integrado en su mayoría por representantes del Ejecutivo a través de sus ministerios—, el que tiene por objetivo gestionar, coordinar y planificar la inclusión de políticas públicas intersectoriales de cambio climático como ejes transversales de política pública en todos los niveles de gobierno y dentro del sector privado.

Resulta importante que las entidades, organismos y empresas del sector público, promuevan la incorporación progresiva tanto de criterios como de acciones para la mitigación y adaptación al cambio climático, así como de desagregación tecnológica, en sus proyectos y programas. Si bien se permite la participación de los representantes de los gobiernos subnacionales en el Comité, estos lo harán solo con voz, pero sin voto, situación que es criticable, pues pone de manifiesto una estructura vertical asociada al modelo hiperpresidencialista que existe en Ecuador.

Las nuevas figuras para la conservación de la biodiversidad en Ecuador

Las áreas protegidas fueron establecidas con el propósito de garantizar la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. A fin de que el sistema se articule de manera apropiada, existen subsistemas: estatal, subnacional (autónomo y descentralizado), comunitario y privado. Por obligación constitucional, al Estado le corresponde la regulación respecto a la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados. En el caso que nos ocupa, el Estado prevé la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico.

Existen cinco categorías que conforman el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), de acuerdo con el Código Orgánico del Ambiente (artículo 41): parque nacional, refugio de vida silvestre, reserva de producción de fauna, área nacional de recreación, y reserva marina. El CODA agrega las áreas especiales para la conservación de la biodiversidad, las cuales son complementarias a las del SNAP, teniendo como propósito asegurar la integridad de los ecosistemas, la funcionalidad de los paisajes, la sostenibilidad de las dinámicas del desarrollo territorial, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales o la recuperación de las áreas que han sido degradadas o se encuentran en proceso de degradación.

Para este efecto, se consideran como áreas especiales para la conservación de la biodiversidad, las siguientes: áreas o sitios reconocidos por instrumentos internacionales ratificados por el Estado; zonas de amortiguamiento ambiental; corredores de conectividad; y servidumbres ecológicas.

Por último, las áreas de protección hídrica, si bien es cierto fueron creadas a partir de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua y su respectivo reglamento, en el CODA no existe una referencia a las mismas, salvo en el artículo 141 de su Reglamento, el cual señala que corresponde a la Autoridad Única del Agua (Secretaría del Agua) la competencia del establecimiento y delimitación de las áreas de protección hídrica, mientras que a la Autoridad Ambiental Nacional le corresponde la integración de la mismas al SNAP una vez creada mediante declaratoria, es decir, un nuevo acto administrativo, que a la fecha ha terminado por entorpecer el proceso pues no existe una correcta coordinación entre las entidades públicas señaladas.

La regulación ambiental en Ecuador

La Constitución del Ecuador fue emblemática al reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos. Pasó de una visión antropocentrista a una biocentrista, a través de la cual se respeta de manera integral la naturaleza: existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, así como su restauración. Así mismo, como se ve en la [tabla 1](#), reconoció una gama de principios que fortalecen la visión biocéntrica de la Constitución.

Si bien la normativa constitucional ecuatoriana evolucionó respecto al reconocimiento de los derechos vinculados al medio ambiente, es importante reconocer que a la par, se aprobó una normativa secundaria a nivel de leyes, acuerdos ministeriales y otras directrices, contribuyendo a que, desde el Estado, se puedan generar políticas que protejan la naturaleza (Sánchez Santillán, 2015). Algunas son la Ley de Gestión Ambiental, la Ley para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, la Ley que Protege a la Biodiversidad en el Ecuador, y el Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente (Albán y otros, 2011). Sin embargo, el aislamiento, la

Tabla 1. Los principios ambientales reconocidos en la Constitución del Ecuador (2018)

Principio	Contenido	Normativa constitucional
Desarrollo sustentable	Conciliar ambiente y desarrollo como conceptos vinculados.	Artículo 395, numeral 1°
Pro-Ambiente	En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”, lo que concuerda con el “principio pro-naturaleza”.	Artículo 395, numeral 4°. Artículo 71, en relación con el Artículo 11, numeral 5°.
Precautorio	Ordena a las autoridades que adopten medidas de protección a favor del ambiente aún en el caso de que la relación de causa a efecto entre la actividad y el daño no se haya establecido científicamente	Artículos 396 y 73.
Prevención	Opera como mandato cuando existe certeza del daño o de la peligrosidad de una actividad.	Artículo 396, numeral 1°
Solidaridad y responsabilidad integral	Tiene la finalidad de vincular en la responsabilidad ambiental a todos quienes intervienen en la cadena productiva, comercial y de consumo. Se lo conoce como “el principio de la cuna a la tumba”.	Artículo 396
Regulación integral	Las políticas de gestión ambiental deben aplicarse de modo integral, que serán de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades en general y de todas de las personas.	Artículo 395, numeral 2°
Tutela efectiva e inversión de la carga de la prueba	Posibilidad de acudir a las autoridades y jueces para obtener tutela efectiva, en materia ambiental, incluyendo medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental. Invierte la carga de la prueba, haciendo una excepción al principio de presunción de inocencia.	Artículo 397, numeral 1° Artículo 87
Imprescriptibilidad de acciones y sanciones por daño ambiental	No caducan jamás ni la acción ni la pena.	Artículo 395
Consulta previa	Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente será consultada a la comunidad.	Artículo 398 Artículo 424

Fuente: Elaboración propia a partir de Constitución del Ecuador 2008

ausencia de coordinación, así como la falta de aplicabilidad respecto a los cambios constitucionales introducidos, y al tratarse principalmente de normativa jerárquicamente inferior a leyes orgánicas, puso en evidencia la necesidad de generar una codificación normativa a nivel ambiental que se encargue de estos asuntos.

El Código Orgánico del Ambiente

Desde el 12 de abril de 2018 se encuentra vigente el Código Orgánico del Ambiente (CODA),¹¹ el que ha tenido un interesante camino para su aprobación, pues en primera instancia parte de su articulado fue sometido a Consulta Prelegislativa (Martí-

11. Se sugiere la utilización de las siglas CODA con el propósito de evitar confusiones con el Código Orgánico Administrativo (COA), que lleva las mismas iniciales y fue expedido el mismo año. Acceso completo al Registro Oficial Suplemento 983 de 12 de abril de 2017, disponible en <http://bit.ly/2MwkmQD>.

nez-Moscoso y Aguilar, 2015) por mandato constitucional y, posterior a ello, fue publicado en abril de 2017. No obstante, su disposición final única otorgó un plazo de doce meses para su entrada en vigencia.

El nuevo marco normativo ambiental tiene por objetivo garantizar a las personas el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como la protección de los derechos de la naturaleza. La normativa ambiental codificó a través de libros los siguientes apartados: Aspectos Preliminares, Régimen Institucional, Patrimonio Natural, Calidad Ambiental, Cambio Climático, Zona Marino Costera, Incentivos Ambientales, y Reparación Integral de Daños Ambientales y Régimen Sancionador.

El régimen de las áreas protegidas

En Ecuador se consideran como mecanismos para la conservación *in situ* el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las áreas especiales, y la gestión de los paisajes naturales. Integrándose en el SNAP los subsistemas estatales, autónomo descentralizado, comunitario y privado. Las áreas protegidas establecen limitaciones de uso y goce a sus propietarios, así como respecto de otros derechos reales, teniendo que ser evaluadas de manera periódica.

Además, es importante destacar los criterios que se toman para la declaratoria de áreas protegidas, entre las que se encuentra: un ecosistema representativo que contribuya a la conectividad ecosistémica; ecosistemas frágiles y amenazados (páramos, humedales, etcétera), que existan especies amenazadas, que genere servicios ecosistémicos (recursos hídricos, por ejemplo), y que contribuya a la protección de valores culturales o espirituales asociados a la biodiversidad.

Si bien es cierto, dentro de las zonas consideradas bajo la protección del SNAP, una de las principales actividades que se realiza en estas zonas es el turismo, debe estar regulado en función de cada plan de manejo. Mientras que, respecto a la realización de obras o proyectos en estas zonas, deberá ser autorizada por la Autoridad Ambiental Nacional, quedando prohibida las actividades extractivas de recursos no renovables.

Por su parte, son medios de conservación y manejo *ex situ*: los viveros, los jardines botánicos, los zoológicos, los centros de cría y reproducción sostenible, los centros de rescate y rehabilitación, los bancos de germoplasma y los acuarios.

La regulación de las Áreas de Protección Hídrica

La Constitución de Ecuador de 2008 reflejó la voluntad del constituyente respecto a una nueva concepción en la relación del Estado con el agua, la misma que se vincula directamente con la efectiva consecución del Buen Vivir o *Sumak Kawsay*.

Dentro de los deberes primordiales del Estado se encuentran precisamente el de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce del derecho al agua para los ciudadanos (artículo 3). Por su parte, dentro de los conocidos como derechos del Buen Vivir se encuentra el derecho al agua, al cual se le da en el artículo 12 la categoría de derecho humano fundamental e irrenunciable, así como la califica como patrimonio nacional estratégico, además le otorga las características de: uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

El mismo cuerpo normativo reconoce al sistema nacional de áreas protegidas, SNAP (artículo 405), como el mecanismo para garantizar la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. Mientras que el Código Orgánico del Ambiente (CODA, artículo 37), las define como espacios prioritarios de conservación y desarrollo sostenible.

Por su parte, la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (LORHUAA), en el capítulo relativo a las garantías preventivas, define a las áreas de protección hídrica como aquellos territorios donde existan fuentes de agua que hayan sido declaradas como de interés público con el propósito de mantenerlas, conservarlas y protegerlas, debido a su importancia al garantizar el abastecimiento de líquido vital para consumo humano o soberanía alimentaria¹² (agua de riego), las mismas que se integrarán a su vez al SNAP.

Mientras que el Reglamento a la LORHUAA, en su artículo 71, define a las áreas de protección hídrica, así como regula el procedimiento para su reconocimiento, siempre y cuando estas sean de interés público, declaradas por la Secretaría del Agua, las cuales cumplen un rol diferente de las comunes áreas de protección ambiental, y no podrán tratarse de las categorías de humedales, bosques y vegetación protectora.

La Ley y las Áreas de Protección Hídrica

Con respecto al tema analizado en el presente trabajo, la norma que regula la materia es la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (LORHUAA), la cual fue expedida el 6 de agosto de 2014, en Registro Oficial Suplemento 305.

Los recursos hídricos son parte del patrimonio natural del Estado. Por su parte, la Ley fue creada con el propósito de garantizar el derecho humano al agua, así también, con el fin de regular y controlar la autorización, gestión, preservación, conservación, restauración, de los recursos hídricos, uso y aprovechamiento del agua. Todo ello bajo la premisa que el agua, además de tratarse de un derecho humano y fundamen-

12. «La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente», artículo 281, Constitución de la República del Ecuador.

tal, tal como lo reconoce la Constitución, es de vital importancia para garantizar el Buen Vivir o *Sumak Kawsay*, así como la correspondiente consecución de otros derechos económicos sociales, culturales y ambientales.

Una de las principales conquistas que tuvieron los movimientos sociales, de manera específica los pueblos y nacionalidades indígenas, así como los colectivos ecologistas, fue la prohibición de la privatización del agua (artículo 6, LORHUAA). Por su parte, su gestión podrá ser realizada de manera pública o comunitaria,¹³ con la consecuente prohibición de la delegación total al sector privado, la gestión indirecta, delegación o externalización de los servicios del ciclo integral del agua, acuerdos comerciales que impongan un régimen económico basado en el lucro para la gestión del agua, la mercantilización de los servicios ambientales sobre el agua con fines de lucro, así como autorizaciones perpetuas o de plazo indefinido.

Dentro de los conceptos a destacar que incluye la LORHUAA, está la gestión integrada de los recursos hídricos, de la cual su responsable es la Autoridad Única del Agua, en este caso la Secretaría del Agua, dependiente del Ejecutivo, cuya gestión debe manejarse con un enfoque ecosistémico y por cuenca o sistemas de cuencas hidrográficas.

La Ley dedica un apartado (artículo 12) a la protección, recuperación y conservación de fuentes, identificando al Estado, a los sistemas comunitarios, a las juntas de agua potable y a las juntas de riego, así como a los consumidores y usuarios, como corresponsables en la protección, recuperación y conservación de las fuentes de agua y del manejo de páramos.

La norma establece que tanto la Autoridad Única del Agua, juntamente con los gobiernos subnacionales, los usuarios, las comunas, los pueblos, etcétera, son los responsables del manejo de las fuentes de agua, así como de su manejo sustentable e integrado, de la protección y conservación de dichas fuentes. Para cumplir con este cometido, la Ley señala que el Estado debe destinar fondos para dicha tarea, ampliando su protección y conservación no solo a las fuentes de agua, sino también a las áreas de influencia.

El legislador estableció tres tipos de formas de conservación y de protección de fuentes de agua: las servidumbres de uso público, las zonas de protección hídrica y las zonas de restricción. En el caso que nos ocupa, la Ley determina que para la protección de las aguas que circulan por los cauces y de los ecosistemas asociados, se establece una zona de protección hídrica.

Resultado novedosa la incorporación que la LORHUAA hace en relación a los de-

13. Existe un régimen de excepción (artículo 7, LORHUAA) a través del cual la iniciativa privada o la economía popular y solidaria —figura reconocida en la Constitución del Ecuador, que regula la participación cooperativista—, en casos de emergencia, o cuando la autoridad competente no tenga las condiciones técnicas o financieras para hacerlo.

rechos de la naturaleza y la conservación del agua. Se establecen los derechos que tiene la naturaleza dentro de los que se encuentra, precisamente, la protección de las fuentes de agua, las zonas de captación, regulación, recarga, afloramiento y cauces naturales de agua, destacando las zonas de nevados, glaciares, páramos, humedales y manglares, además del mantenimiento del caudal ecológico, la preservación del ciclo integral del agua, la protección de las cuencas hidrográficas y la restauración y recuperación de los ecosistemas por efecto de los desequilibrios producidos por la contaminación de las aguas y la erosión de los suelos.

Dentro del Capítulo Sexto de la Ley (Garantías Preventivas), se regulan las Áreas de Protección Hídrica (artículo 78). Uno de los principales méritos que tiene la figura es que, una vez concedida esta categoría, pasan a formar parte del SNAP, es decir, cuentan con la protección constitucional y legal, de manera específica aquella que le concede el artículo 407 de la Constitución de la República, esto es, la prohibición que en dicho territorio se puedan realizar actividades extractivas de recursos no renovables, incluida la explotación forestal. Actividades que podrán ser realizadas de manera excepcional, siempre y cuando exista una petición fundamentada del presidente de la República y, previamente, la correspondiente declaratoria de interés nacional por parte del Legislativo.

Sin embargo, desde el 4 de febrero de 2018, en las áreas protegidas (así como en las áreas de protección hídrica, por añadidura), debido a los resultados de la Consulta Popular planteada por el Presidente de la República, se modificó el texto constitucional, incluyendo una excepción adicional al artículo 407, señalando que se «prohíbe todo tipo de minería metálica en cualquiera de sus fases en áreas protegidas», particularidad no menos importante en el contexto actual ecuatoriano, donde se ha iniciado la exploración y explotación minera en el país, con una férrea oposición por parte de los sectores sociales y movimientos indígenas.

La LORHUAA, define a las áreas de protección hídrica como «territorios donde existan fuentes de agua declaradas como de interés público para su mantenimiento, conservación y protección, que abastezcan el consumo humano o garanticen la soberanía alimentaria».

En el aspecto formal,¹⁴ para el proceso de aprobación de las áreas de protección hídrica participan tres entidades del sector público:

- la Autoridad Única del Agua o Secretaría del Agua;
- la Autoridad Ambiental Nacional o Ministerio del Ambiente; y
- los gobiernos subnacionales.

14. La LORHUAA señala que el procedimiento para la declaratoria de las áreas de protección hídrica se hará en el Reglamento de la LORHUAA, siempre que no se trate de humedales, bosques y vegetación protectores.

El primero, al tratarse del rector en materia de recursos hídricos, el segundo por su repercusión en el ámbito ambiental, así como por la necesaria coordinación que debe existir, ya que el área de protección hídrica que se cree pasará a formar parte del SNAP y los gobiernos autónomos descentralizados (provincial, municipal o parroquial), tanto por las competencias que estos tienen en materia de gestión del agua, además por la planificación territorial que tienen.

Uno de los aspectos fundamentales en estos casos es el categorizar y justificar el interés público que tenga una fuente de agua, todo ello con el propósito de iniciar la correspondiente protección a través de un proceso de áreas de protección hídrica.

Además, la Ley señala que será el Estado el que regule los usos que se puedan dar en las áreas de protección hídrica, con el propósito de tener un adecuado manejo, teniendo presente los usos espirituales que los pueblos y nacionalidades indígenas den a estos territorios. Todo ello con el propósito de guardar armonía dentro de un territorio intercultural y plurinacional como el Ecuador.

El Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos y el procedimiento de aprobación de las Áreas de Protección Hídrica

El Reglamento a la Ley de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, fue dictado a través de Decreto Ejecutivo 650, publicado el 21 de agosto de 2015, en el Registro Oficial Suplemento 483. En esta norma, el Ejecutivo dedicó el Capítulo Tercero, a la «Protección de fuentes de agua».

Ahí se otorgó la competencia a la Secretaría del Agua para que, en cada una de las Demarcaciones Hidrográficas, se realice la respectiva delimitación de fuentes de agua. Desde el punto de vista jurídico, la zona delimitada como fuente de agua pasará a formar parte del dominio hídrico público, develándose ciertos casos en que se tratasen de terrenos privados donde se deberá realizar la compensación respectiva.

Resulta básico que, una vez se cuente con la delimitación, la misma contenga un programa de sostenibilidad de la fuente de agua, la cual será realizada en coordinación con el Ministerio del Ambiente y la Secretaría del Agua, cuyas directrices serán de obligatorio cumplimiento para el gobierno subnacional respectivo. No obstante, además se establecerá un régimen jurídico de área de influencia de la respectiva fuente de agua, en la cual se condicionarán tanto los usos, así como las actividades que podrán realizarse en ella.

Tal como lo señala la LORHUAA, es el Reglamento en su artículo 71 el encargado de regular el procedimiento para la declaración de área de protección hídrica. Se verifican tres parámetros formales. El primer parámetro que señala la norma es que para declarar las áreas de protección hídrica, previamente la Secretaría del Agua debe declarar como de interés público las fuentes de agua respectiva. En segundo lugar, esta condición debe cumplirse si la fuente de agua sirve para el abastecimiento

del consumo de agua o, en su defecto, para la garantía de la soberanía alimentaria, situación que es lógica pues guarda relación con el artículo 86 de la LORHUAA,¹⁵ en el cual se regula la disposición constitucional en relación con la prelación de los destinos o funciones del agua. La tercera característica que debe revisarse a la hora de constituir un área de protección hídrica es que los territorios no deben tratarse de humedales, bosques o vegetación protectora, situación que debe ser verificada por la Autoridad de la Demarcación Hidrográfica correspondiente.

Por su parte, en cuanto al procedimiento de carácter administrativo es competente la Autoridad de Demarcación Hidrográfica, la cual tiene la responsabilidad de realizar una delimitación provisional del área de protección hídrica. Posterior a ello, el expediente de declaratoria provisional debe ser puesto en conocimiento de dos instancias de coordinación: la Autoridad Ambiental Nacional, a quien se solicitará un informe técnico, que resulta decisivo en caso de declararse el área de protección hídrica, pues la misma pasará a formar parte del SNAP, cuya competencia es del Ministerio del Ambiente y, además, se solicitará un informe a los gobiernos subnacionales del territorio en el que se pretende implementar la protección. Además, la delimitación provisional debe ser puesta a consideración de los titulares de inmuebles que se crean afectados por la declaratoria, todo ello con el propósito de escuchar posibles alegaciones en un plazo 30 días.

Una vez que la Autoridad de la Demarcación Hidrográfica pertinente reciba los informes, así como las alegaciones, tendrá un plazo de treinta días para examinarlos y emitir una resolución motivada en la cual acepte o rechace la delimitación definitiva del área de protección hídrica.¹⁶ En caso de aceptarse el área, la respectiva propuesta de resolución contendrá el régimen aplicable al área de protección hídrica, así como las medidas relacionadas a prohibiciones o limitaciones en relación con el uso del suelo, en cuyo caso se consideren incompatibles con las particularidades del área declarada, debido al servicio de agua para consumo humano o a la garantía de la soberanía alimentaria.

Si bien es cierto, la LORHUAA prevé otras formas de resguardo para las zonas de protección hídrica, en caso de que éstas no sean suficientes se podrá usar la figura de las áreas de protección hídrica para la protección de riberas, lechos de ríos, lagos, lagunas, embalses, estuarios y mantos freáticos. De tal forma, se utilizará el procedimiento narrado en líneas precedentes para su respectiva declaratoria.

15. Artículo 86. «Agua y su prelación. De conformidad con la disposición constitucional, el orden de prelación entre los diferentes destinos o funciones del agua es: a) consumo humano; b) riego que garantice la soberanía alimentaria; c) caudal ecológico; y d) actividades productivas.»

16. El Reglamento a la LORHUUA dispone que los procedimientos administrativos para la declaratoria de área de protección hídrica tendrán una duración máxima de tres meses, transcurridos los cuáles sin resolución definitiva, se entenderán caducados.

La puesta en marcha de las áreas de protección hídrica

En abril de 2018, la Secretaría del Agua aprobó el *Manual de procedimientos para la delimitación y establecimiento de áreas de protección hídrica*,¹⁷ instrumento que tiene por propósito estandarizar el procedimiento administrativo para la identificación, delimitación y correspondiente declaratoria de las áreas de protección hídrica. El Manual establece un punto de inicio, la solicitud o petición de parte para la protección de las fuentes de agua y culmina con la resolución administrativa de delimitación.

En el documento se distinguen las responsabilidades de cada una de las instancias de la Secretaría del Agua, desde la máxima autoridad (aprobación del Manual), la Subsecretaría Técnica de Recursos Hídricos que, en lo principal, le corresponde el envío y coordinación con la Autoridad Ambiental Nacional de la operatividad de las resoluciones administrativas de las áreas de protección hídrica, para que pasen a formar parte del SNAP, así como el monitoreo y control de los programas sistemáticos de delimitación de fuentes de agua.

Mientras que, en aplicación de un principio de subsidiariedad, las Demarcaciones Hidrográficas son las responsables de la implementación del programa de delimitación de fuentes de agua y sus respectivas áreas de influencias, de la recepción de las solicitudes para la declaratoria de área de protección hídrica, de la realización del proceso participativo de los terrenos que se encuentren en el área de influencia del área de protección hídrica que será declarada, con el propósito de escuchar las alegaciones respectivas, así como de la elaboración del informe técnico de delimitación y caracterización, para el pronunciamiento de la Autoridad Ambiental Nacional, la emisión de la resolución de delimitación y posterior envío a la Agencia de Regulación y Control del Agua (ARCA).

El Manual detalla catorce pasos a través de los cuales la Secretaría del Agua, a través de sus dependencias correspondientes, deben realizar el proceso de delimitación y establecimiento de áreas de protección hídrica, así como de identificación y delimitación de fuentes de agua y áreas de influencia, incluyendo los responsables y documentos requeridos, en cada uno de los procesos referidos.

El Manual se complementa con seis anexos, con el propósito de estandarizar procedimientos:

- Glosario de términos y abreviaturas utilizados para la declaratoria de áreas de protección hídrica.
- Modelo de solicitud para la delimitación y establecimiento de áreas de protección hídrica.

17. Publicado en Registro Oficial Edición Especial 566, del 2 de octubre de 2018.

- Modelo de oficio sobre establecimiento de áreas de protección hídrica a ser suscrito por la máxima autoridad de la Demarcación Hidrográfica.
- Modelo de informe técnico de delimitación, que contiene los antecedentes y motivación de inicio del trámite, objetivos, informe detallado, observaciones, conclusiones, recomendaciones, el que será suscrito por el Director Técnico de los Recursos Hídricos.
- Acta del proceso participativo como medio de verificación del evento realizado con los propietarios de terrenos que se encuentren en el área de influencia del áreas de protección hídrica.
- Modelo de la resolución administrativa para la delimitación de fuentes de agua y su área de influencia, así como para el establecimiento del áreas de protección hídrica, a ser suscrito por el Subsecretario de la Demarcación Hidrográfica correspondiente.

Los retos que suponen la aplicación de las áreas de protección hídrica

Más allá de un mero trámite burocrático o una simple formalidad, el procedimiento para la declaratoria de este tipo de área de protección requiere no solo de capacidad técnica, sino de voluntad articulada entre distintos actores, pues requiere el informe de la Autoridad Ambiental Nacional (Ministerio del Ambiente y el Agua), así como la coordinación con los respectivos niveles de gobierno.

De manera operativa, le corresponde al titular de la respectiva Demarcación Hidrográfica —existen nueve en Ecuador— el inicio del procedimiento administrativo para la delimitación provisional de área de protección hídrica, sin que pueda referirse a territorio de humedales, bosques y vegetación protectora. Dicho expediente es remitido a la Autoridad Ambiental Nacional, con el propósito de solicitar los informes técnicos del caso, así como la opinión de los respectivos gobiernos autónomos descentralizados (GAD), dependiendo del área territorial. Del mismo modo, se hará conocer a los propietarios de los terrenos posiblemente afectados con la medida para que presenten sus alegaciones.

Resulta fundamental que, una vez aprobada la propuesta, se establezca en el mismo instrumento el régimen que regule el uso de las fuentes de agua y zonas de influencia, así como excluir la realización de determinadas actividades que resulten incompatibles con el área de protección hídrica formada, esto es, que afecten al servicio al consumo humano o a la soberanía alimentaria. Respetando siempre los usos espirituales que los pueblos y nacionalidades indígenas tengan respecto a las fuentes de agua existentes.

El 3 de diciembre de 2018 fue una fecha emblemática pues Ecuador creó su primera área de protección hídrica, denominada Ponce-Paluquillo, en la cual participaron

como gestores principales la Secretaría del Agua y el Fondo para la Protección del Agua del Distrito Metropolitano de Quito (FONAG).

El áreas de protección hídrica tiene 4.260,63 hectáreas y fue posible gracias al aporte de la familia Ponce Gangotena y a las Juntas Administradoras de Agua Potable y Riego, de San José del Tablón Alto, respectivamente, así como a algunas asociaciones de agricultores de la zona. Ponce-Paluguillo beneficia de manera directa a la parroquia Pifo y, de manera indirecta, a toda la población del Distrito Metropolitano de Quito (sistema Papallacta).

Dentro del derecho comparado, no se identifica una normativa de la misma categoría que la ecuatoriana a través de la cual se brinde un marco de protección en ese sentido; de manera genérica, se regula el desarrollo sostenible de cuencas y macrocuencas (Colombia), los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional (Argentina), así como también hay disposiciones generales contenidas en otros instrumentos que prevén la protección de los recursos hídricos (Brasil), o incluso la soberanía alimentaria (Bolivia).

El área de protección hídrica Ponce-Paluguillo no solo es la primera del Ecuador, sino de Sudamérica y es un ejemplo claro de cómo la gobernanza de los recursos naturales es posible con la comunión de voluntades entre lo público, lo privado y bajo el liderazgo y coordinación del tercer sector. A partir de ahí, como se muestra en la [tabla 2](#), Ecuador ha avanzado en la constitución de nuevas áreas de protección hídrica y en sus compromisos de conservación del ambiente y la protección de las aguas.

Tabla 2. La creación de Áreas de Protección Hídrica en el Ecuador.

Fecha de publicación	Denominación APH	Provincia	Norma
26 de diciembre de 2018	Ponce Paluguillo	Pichincha (Demarcación Hidrográfica Esmeraldas)	Acuerdo 250, Registro Oficial 394.
17 de enero de 2019	Pueblo Kayambi	Pichincha (Demarcación Hidrográfica Esmeraldas)	Acuerdo 259, Registro Oficial 408.
11 de abril de 2019	Chini-Comuna Indígena de Déleg	Cañar (Demarcación Hidrográfica Santiago)	Acuerdo 278, Registro Oficial 466

Fuente: Elaboración propia a partir de Registro Oficial del Ecuador

Conclusiones

Se puede decir que el Ecuador, además de su compromiso jurídico con el medio ambiente de las últimas décadas, ha realizado innovadoras incorporaciones a su texto constitucional que han marcado cambios en el derecho ambiental, entre ellos: el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, la obligación estatal de adopción de medidas para la mitigación del cambio climático, así como declarar al agua como derecho humano y fundamental.

Debido a ello, su normativa secundaria, con el propósito de garantizar el abastecimiento del agua tanto para consumo humano y soberanía alimentaria (agricultura y ganadería), concibió a las áreas de protección hídrica como una figura reforzada —al integrarse al sistema nacional de áreas protegidas—, la cual busca, entre otras finalidades, mantener, conservar y proteger las fuentes de agua, frente a las consecuencias de estrés hídrico que puedan presentarse frente al cambio climático.

Sin embargo, el mecanismo de las áreas de protección hídrica aún adolece de problemas para su total implementación, pues en más de cinco años desde la vigencia de la LORHUAA, tan solo se han declarado tres territorios como área de protección hídrica, con la consecuente incorporación al SNAP, evidenciando sobre todo obstáculos institucionales, entre la coordinación de la Secretaría del Agua —quién las declara— y el Ministerio del Ambiente —quién las registra—, pese a que los dos organismos dependen del Gobierno Central.

Resulta curioso que, en menos de un semestre (2018-2019), se crearon las únicas áreas de protección hídrica y con posterioridad a ello no se ha continuado con su implementación. A la vez, el fenómeno coincide con la decisión del Gobierno Central de incentivar la exploración y explotación de recursos naturales no renovables (minería metálica).

Coincidencia o no, las áreas de protección hídrica no solo se configuran como mecanismos eficientes para la garantía de abastecimiento de agua para consumo y soberanía alimentaria frente a los efectos del cambio climático, sino que, dadas sus características de incorporación al SNAP, funcionan también como potentes mecanismos de defensa contra la actividad extractiva.

Referencias

- ACOSTA, Alberto y Esperanza Martínez (2011). *La naturaleza con derechos. De la Filosofía a la Política*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg.
- ALBÁN, María Amparo, Daniel Barragán, René Bedón, Ricardo Crespo, Hugo Echeverría, María Eugenia Hidalgo, Gabriela Muñoz y Sofía Suárez (2011). *Ecuador ambiental 1996-2011: Un recorrido propositivo*. Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, CEDA.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Rosa Luxemburg.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (2016). *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- BUCCINAA, Stacie, Douglas Chenea y Jeffrey Gramlich (2013). «Accounting for the environmental impacts of Texaco's operations in Ecuador: Chevron's contin-

- gent environmental liability disclosures». *Accounting Forum*, 37 (2): 110-123. DOI [10.1016/j.accfor.2013.04.003](https://doi.org/10.1016/j.accfor.2013.04.003) 110-123.
- CARPIO, Patricio (2009). «El Buen Vivir, más allá del desarrollo». En *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo* (pp. 115-148). Quito: Ediciones Abya-Yala.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2013). *Manual de normas y jurisprudencia de derechos de la naturaleza y ambiente*. Quito: Defensoría del Pueblo del Ecuador.
- GUDYNAS, Eduardo (2016). «Los derechos de la naturaleza ante los extractivismos sudamericanos». Curso Flacso-Clacso. Disponible en <http://bit.ly/2tbcGMC>.
- LUDEÑA, Carlos y David Wilk (2013). *Ecuador: Mitigación y adaptación al cambio climático. Marco de la preparación de la Estrategia 2012-2017 del BID en Ecuador*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- MARTÍNEZ-MOSCOSO, Andrés (2017). *El derecho al agua en el Ecuador. Una visión desde la Ciencia Política y el Derecho Público*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- . (2019). «El nuevo marco jurídico en materia ambiental en Ecuador. Estudio sobre el Código Orgánico del Ambiente». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 89: 1-32. Disponible en <http://bit.ly/2Q2viYg>.
- MARTÍNEZ-MOSCOSO, Andrés, Adriana Abril y Francisco Bermeo (2019). *El acceso a la justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas al derecho del medio ambiente sano en Ecuador. Caso Río Blanco*. Santiago de Chile: CEJA.
- MARTÍNEZ-MOSCOSO, Andrés y Víctor Aguilar (2015). «La consulta prelegislativa y la participación de los titulares de derechos colectivos: ¿Mito o realidad? Análisis del caso de la Ley de Aguas». *OBETS* 10 (2): 335-368. DOI [10.14198/OBETS2015.10.2.03](https://doi.org/10.14198/OBETS2015.10.2.03).
- MARTÍNEZ-MOSCOSO, Andrés, Víctor Aguilar y Teodoro Verdugo (2018). «The Vital Minimum Amount of Drinking Water Required in Ecuador». *Resources* 7 (1): 15. DOI: [10.3390/resources7010015](https://doi.org/10.3390/resources7010015).
- MORALES, Manuel (2013). *El derecho ambiental en el Ecuador*. Quito: Corporación de Gestión y Derecho Ambiental ECOLEX.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2018). *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2018*. Nueva York: ONU.
- PÉREZ, Efraín (2008). *Derecho ambiental. Introducción*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- RADCLIFFE, Sarah (2012). «Development for a postneoliberal era? Sumak kawsay, living well and the limits to decolonisation in Ecuador». *Geoforum* 43 (2): 240-249. DOI: [10.1016/j.geoforum.2011.09.003](https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2011.09.003).
- RIVAL, Laura (2010). «Ecuador's Yasuní-ITT Initiative: The old and new values of petroleum». *Ecological Economics* 70 (2): 358-365. DOI [10.1016/j.ecolecon.2010.09.007](https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2010.09.007).
- SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN (2018). *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida*. Quito: Senplades.
- SÁNCHEZ SANTILLÁN, David (2015). *Estudio introductorio del derecho ambiental nacional e internacional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- SIMON, Farith (2013). «Derechos de la naturaleza: ¿Innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?». *Iuris Dictio*, 13 (15): 9-38. Disponible en <http://bit.ly/2teUyBx>.
- TEROL BECERRA, Manuel José (2015). *El neoconstitucionalismo latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- UNCETA, Koldo, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (2014). *Desarrollo, postcrecimiento y Buen Vivir*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- WRIGHT, Claire (2012). «¿De la seguridad nacional a la gestión de riesgos? El uso político de los regímenes de excepción en Bolivia, Ecuador y Perú». Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Disponible en <http://hdl.handle.net/10366/121232>.

Reconocimiento

Este trabajo se elaboró en el marco del proyecto Diuc-UCuenca Semilla «Propuesta metodológica para medir el Derecho Humano al Agua. Aplicación piloto en el cantón Cuenca».

Sobre el autor

ANDRÉS MARTÍNEZ-MOSCO es doctor en Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad de Alicante. Es profesor e investigador titular, coordinador del Grupo Water Law and Management Lab de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas y director de Posgrados e Investigaciones de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca. Su correo electrónico es andres.martinez@ucuenca.edu.ec.  <https://orcid.org/0000-0002-8952-0680>.

