

FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES

SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE MAESTRIA

ESPECIALIZACIÓN ESTUDIOS AMBIENTALES

CONVOCATORIA 2002 - 2004

**REFLEXIONES SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA POSESIÓN EN UN
BOSQUE PROTECTOR, EN EL ECUADOR**

MARIA CRISTINA PUENTE SALINAS

QUITO, MARZO 2007

FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES

SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE MAESTRIA

ESPECIALIZACIÓN ESTUDIOS AMBIENTALES

CONVOCATORIA 2002 - 2004

**REFLEXIONES SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA POSESIÓN EN UN
BOSQUE PROTECTOR, EN EL ECUADOR**

MARIA CRISTINA PUENTE SALINAS

DIRECTOR DE TESIS:

TEODORO BUSTAMANTE PONCE

LECTORES:

HERNÀN CALISTO

RICARDO CRESPO

QUITO, MARZO 2007

INDICE

SÍNTESIS	IV
INTRODUCCIÓN	2
CAPITULO I	
UNA HISTORIA CON ARGUMENTOS AMBIENTALES.....	
1.1 UN PREDIO	11
1.2. LA SITUACIÓN LEGAL DE UN BOSQUE PROTECTOR PRIVADO.	17
1.3.UN CONFLICTO.....	19
1.3.1. <i>Algunos elementos de la historia regional</i>	19
1.3.2. <i>La problemática del bosque San Francisco</i>	23
1.3.3. <i>Un resultado</i>	35
CAPÍTULO II.....	
LA UBICACIÓN DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD.....	
2.1. ALGUNAS DEFINICIONES	37
2.2. CARACTERES GENERALES DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	39
2.2.1. <i>Es un Derecho individual</i>	39
2.2.2. <i>Lo “absoluto” de la propiedad, a partir del derecho romano</i>	40
2.2.3. <i>Es un derecho excluyente, exclusivo</i>	41
2.2.4. <i>Es un derecho perpetuo</i>	42
2.2.5. <i>Abstracción y elasticidad</i>	42
2.2.6. <i>El “fin social” del derecho de propiedad</i>	42
2.3. EL DERECHO DE LA PROPIEDAD DESDE SUS ORÍGENES HASTA LA ACTUALIDAD, UN BREVE REPASO HISTÓRICO.	48
2.4. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN EN EL SISTEMA ECUATORIANO	54
2.4.1. <i>Marco normativo</i>	55

2.4.2. Restricciones al derecho de la propiedad	59
2.4.3. Limitaciones al dominio y sus posible componentes	61
2.4.4. La figura de la posesión como una limitación al dominio	63
2.4.5. La propiedad y la posesión en el derecho agrario	66

CAPÍTULO III

LA LEGISLACIÓN DE LOS BOSQUES Y VEGETACIÓN PROTECTORES PRIVADOS EN EL ECUADOR, Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS VINCULADAS A LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

3.1. LEY FORESTAL Y DE CONSERVACIÓN DE ÁREAS NATURALES Y VIDA SILVESTRE	77
3.2. EL CONCEPTO DE BOSQUE PROTECTOR	79
3.3. MARCO INSTITUCIONAL	85

CAPÍTULO IV.....

ALGUNAS PREGUNTAS SOBRE EL DERECHO Y EL AMBIENTE.....

4.1. LA PROPIEDAD Y SU FUNCIÓN “AMBIENTAL”	92
4.1.1. Algo de la discusión.....	93
4.1.2. Notas prácticas sobre la importancia de la función ecológica de la propiedad.....	101
4.2. EL ESPÍRITU DE LAS LEYES Y LAS LEYES EN LA PRÁCTICA	103
4.3. CONFLICTO LEGAL: ¿PODEMOS ARMAR UN CAOS CON LAS MEJORES LEYES?	104

CAPÍTULO V

ALGUNAS INICIATIVAS LATINOAMERICANAS EN TORNO A LA FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD.....

5.1. EL CASO DE COSTA RICA	107
5.2. EL CASO DE COLOMBIA.....	110

5.3. EL CASO DE BOLIVIA.....	114
5.4. COMENTARIOS SOBRE LOS CASOS ANALIZADOS	117
5.5. LA REFORMA ¿PUEDE VENIR DESDE LA JURISPRUDENCIA?	119

CAPÍTULO VI.....

CONCLUSIONES 121

Importancia de trabajar con derechos de propiedad definidos y su potencial para acciones de conservación	121
La relevancia de la dimensión social de la propiedad	122
Debilidad en la construcción de la función social de la propiedad... ..	124
La compleja red de competencias dispersas impide que los conflictos tengan una resolución.	125
Respecto al nivel legal en el cual se establece la función ambiental de la propiedad	126
El Vacío Terreno de la Sociología del Derecho.	128
En este contexto ¿Cuán eficaz es la legislación como instrumento de conservación?	129
Sobre la compleja dinámica social del derecho	130
A manera de recomendaciones	132

BIBLIOGRAFÍA 136

SÍNTESIS

El presente trabajo consiste en utilizar un caso concreto, el de un bosque protector, el cual se constituye en eje de una serie de conflictos que mezclan diversas figuras jurídicas y dimensiones de los derechos de personas sobre la tierra. Todo este material ha sido contrastado con una reflexión teórica sobre los derechos de propiedad y la posesión y el estudio de tres dinámicas latinoamericanas por las cuales se ha desarrollado instituciones conocidas como posesión y propiedad ecológicas, formas concretas de desarrollar la dimensión ambiental de la propiedad. Estos tres elementos nos han permitido plantear preguntas sobre las posibilidades de desarrollar el concepto de función ambiental de la propiedad para el caso de nuestro país, el Ecuador.

Dicha reflexión nos ha llevado a ciertos temas referidos con los problemas generales del funcionamiento de un sistema legal y algunos aspectos que en este caso concreto conducen a una situación en la cual no se está logrando garantizar ni los elementos de seguridad jurídica, ni las dimensiones sociales menos aún las ambientales de la legislación.

Al ser esta una tesis que se ubica en un terreno entre el derecho y las dinámicas socio ambientales, hemos identificado la necesidad de retomar las preguntas centrales de la sociología ambiental. De hecho, además de las conclusiones específicas sobre temas legales, uno de los principales resultados de este trabajo es la necesidad de plantear los problemas de reforma legal sobre temas ambientales desde la perspectiva de los procesos sociales asociados al funcionamiento de los sistemas legales: cultura jurídica, dinámica de las instituciones, condiciones y mecánica de la litigación. Se trata en esta dimensión de un trabajo inicial pero que creemos puede contribuir al desarrollo de esta perspectiva y motivar a que se profundice más en el estudio del aspecto sociológico de las leyes y los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

REFLEXIONES SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA POSESION EN UN BOSQUE PROTECTOR, EN EL ECUADOR ¹

En la vida diaria, es común encontrarnos con situaciones relacionadas con el derecho de propiedad. Así, somos dueños de una casa, utilizamos nuestro automóvil, podemos vender mercancías y endosar cheques. Lo curioso de esto es que el significado de estas acciones -vínculos de dominio-, en la mayoría de los casos, pasa totalmente desapercibido. Y llegamos al extremo de asumir como “comunes y triviales” cierto tipo de prácticas (como, el asegurar una caja fuerte, que no es sino reiterar el dominio que sobre ella se tiene, sin que esté en nuestras manos -siempre junto a nosotros- o nos movilizemos con ella a cada momento). Algo similar ocurre respecto de las prerrogativas que el “ser dueños” nos concede: pensamos que por poseer la escritura de un terreno, podemos hacer con él lo que queramos, sin considerar condiciones, por ejemplo, de carácter social o ambiental. La cotidianidad nos ha inculcado una especie de “prepotencia” respecto de lo que asumimos –intuitiva, legal o materialmente- que es nuestro. Esto, debido a que desde la ley se ha concebido –históricamente-² a la propiedad como un derecho absoluto.

En la presente investigación se ubicarán los límites que existen, hoy, a este “absolutismo” para, a partir de una actualización del concepto de la propiedad, llegar a convertirla en una herramienta útil para la conservación y el uso sustentable de la tierra y sus recursos, en especial forestales. Para ello, se analizarán los distintos momentos de la relación hombre – naturaleza – otros hombres, el concepto de derechos y deberes, la institución de la propiedad y, finalmente, la aplicación práctica de este análisis general a un caso concreto.

¹ La parte introductoria de este trabajo, así como el esquema de conclusiones y recomendaciones, ha tenido como base el documento “Las limitaciones al derecho de propiedad privada como elemento del desarrollo y manejo forestal. La propiedad y la posesión – diagnóstico de un caso ecuatoriano”, presentado en el IV Congreso Iberoamericano de Derecho Ambiental-Forestal. Santiago de Chile, noviembre de 2003.

² Esto, como herencia del derecho romano.

Si bien de Derecho Ambiental, es una rama bastante nueva del Derecho, no debemos perder de vista que en mas de una de las diferentes ramas del derecho tenemos implícitas y explícitas consideraciones de tipo ambiental, y esto, viene dado desde los orígenes mismos del derecho, como es el caso de las regulaciones sobre la utilización de la propiedad o las llamadas “propiedades especiales”. De hecho, toda relación con la naturaleza (y, con todos sus recursos) es ya una relación ambiental y tiene implicaciones ambientales. La más antigua de estas relaciones es la de uso, disfrute y goce que a su vez son las facultades propias de un dueño.

En nuestros días, el medio ambiente ha adquirido particular importancia para nuestro país, debido al gran patrimonio de recursos, bienes y servicios ambientales que el Ecuador posee ³. En armonía con las tendencias universales, hemos armado estrategias de desarrollo que incluyen al ambiente –su uso sostenible y conservación en varios casos- como un eje transversal y que van de la mano con la búsqueda de una seguridad jurídica global. El derecho de propiedad ha sido visto de una manera bivalente, mas de una vez relativizado, limitado y puesto en segundo plano por consideraciones económicas, sociales y/o ambientales, es decir, por el llamado bien común. Sin embargo en otras ocasiones se ha propuesto como herramienta central para diseñar e implementar políticas ambientales.

INTRODUCCIÓN

Todo sistema normativo se caracteriza por la determinación de facultades y de responsabilidades de sus sujetos. En sociedades que se encuentran reguladas por sistemas de derecho, un considerable número de relaciones humanas son objeto de normas específicas que determinan su tipo, características, condiciones y resultados en el campo de lo jurídico.

³ Así por ejemplo, el Ecuador “alberga aproximadamente 25 000 especies de plantas vasculares, de las cuales el 20% son endémicas, una fauna extremadamente diversa que incluye 402 especies de anfibios, 380 de reptiles, 1559 de aves y 324 de mamíferos; adicionalmente, por su alta concentración de especies y endemismo, posee tres de los puntos calientes (hot spots) considerados de alta prioridad a nivel mundial para la conservación”. Informe Interno a la Secretaria del Convenio de Diversidad Biológica sobre la aplicación del artículo 6, febrero de 1998. INEFAN, consultado en www.biodiv.org/doc/world/ec-nr-01-es.pdf

Dicha intervención se extiende a diferentes escenarios, como por ejemplo el de las interacciones entre personas y medio ambiente, y puede traducirse a su vez en hechos o en omisiones y de ambos nacen, en el campo de las normas, derechos y obligaciones.⁴

La relación entre el medio ambiente y los seres humanos, en tanto sujetos jurídicos, ha respondido a tres momentos diferenciados: **uno**, en el que la naturaleza es únicamente un bien y los hombres sus posibles propietarios, en este momento, el concepto “naturaleza” hace relación al ambiente que rodea a los seres vivos, y del cual el hombre puede servirse para su sustento y sobrevivencia, así como para la satisfacción de sus necesidades elementales; **dos**, en el que la naturaleza, sin dejar de ser un bien, es protegida por el ordenamiento jurídico pues se reconoce su valor intrínseco, como por ejemplo, el caso de nuestra Constitución Política, en la cual se la protege en miras a procurar una calidad de vida para los ecuatorianos; y **tres**, el momento en que se reconoce al medio ambiente un carácter subjetivo, y se lo mira como titular de derechos⁵, siendo sujeto de protección no en función de lo que significa para los seres humanos, sino como un organismo viviente, con dinámicas y procedimientos autónomos, y que representa una individualidad propia, un personaje mas en el escenario del planeta.

Por tanto, si bien los elementos físicos de la naturaleza han sido, en las diferentes épocas, objetos del derecho, no siempre lo fueron de conservación,⁶ lo que contribuye a explicar los niveles de destrucción, la degradación y la contaminación que

⁴ Santander, M., Enrique, *Instituciones del derecho ambiental*, Ecoediciones, Bogotá, 2003.

⁵ La corriente doctrinaria más radical en esta postura es la llamada “ecología profunda” El autor más significativo de esta escuela es Naess (1973). Esta escuela se incluye dentro de las tendencias del Biocentrismo Moderno. La ecología profunda plantea, postula que todas las cosas en la biosfera, tanto vivas como inanimadas tienen el mismo derecho a la existencia y a alcanzar las formas individuales de realización, y que esto a su vez contribuye a la realización de las demás cosas, en tanto que la biosfera es un complejo sistema de interrelaciones mutuamente dependientes.

⁶ A efectos del presente estudio, entenderemos como conservación “el manejo del uso humano de organismos y ecosistemas, con el fin de garantizar la sustentabilidad de dicho uso. Aparte del uso sostenible, la conservación incluye protección y mantenimiento”. IUCN-centro de Derecho Ambiental. La Convención de la Diversidad Biológica: Una Guía Explicativa. Primera edición en español. UICN-SUR. Quito, 1993.p.9.

hoy presenciamos; adicionalmente, toda una ideología antropocéntrica ha acentuado la relación de ‘dominio’ (incluso apoyado en un mandato divino) que el hombre ostenta frente a la naturaleza, lo cual hace que en esta relación desigual exista una parte débil: la naturaleza.

El problema tradicional, a efectos de concordar las facultades y obligaciones de los sujetos, radica en que el medio ambiente es y ha sido considerado un objeto del derecho, regido básicamente por la figura de la propiedad, en lo que respecta a su estado y condiciones particulares de uso, goce y disfrute.⁷ Si bien existen referencias a normas que en la antigüedad protegían el uso y explotación de ciertos recursos naturales, las mismas tuvieron como fundamento consideraciones más de carácter económico social que ecológico. Su función principal era la de regular el acceso a dichos recursos no desde una perspectiva de conservación, en sentido estricto, sino más bien desde la óptica del agotamiento del recurso y, por tanto, desequilibrio en las economías locales de ese entonces, basadas en un alto grado en prácticas agrarias primarias.

Con el advenimiento del derecho ambiental, esta realidad comienza a experimentar un proceso de modificación: la naturaleza no puede ser sólo un ‘bien’ en su acepción más elemental, es necesario que de ser objeto únicamente de propiedad lo sea también de protección, al reconocerla como quizá la única fuente proveedora de servicios y recursos necesarios para la permanencia de la vida en el planeta. Todo este razonamiento no es gratuito; de hecho, desde el lado de la economía, evidenciamos además sofisticados análisis que traen temas como el de costo de oportunidad, las tasas de descuento y las *externalidades*.⁸ Todo esto configura un círculo que legitima el cambio de visión respecto de la naturaleza: existe entonces una reacción en la que la sociedad, a través del legislador, reconoce la gravedad del fenómeno del agotamiento y extinción de los recursos naturales.

⁷ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978; Larrea Holguín, Juan, *Derecho civil del Ecuador*, tomo VI, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1985.

⁸ Aguilera Klink, Federico (editor), *Economía de los recursos naturales. Un enfoque institucional*, Fundación Argentaria, Visor Distribuciones, Madrid, 1995.

Este surgimiento de un *proceso conservacionista* no fue instantáneo, tuvo que aparecer como reacción al tratamiento que se dio a los actos y hechos humanos en las distintas épocas: así vemos que en un principio, marcado por el apareamiento del derecho romano básicamente, instituciones como la del dominio priman por sobre cualquier otra, privilegiándose el interés individual-particular por sobre el colectivo. Posteriormente y con una visión más de índole agrario, cobijada bajo el título de cumplimiento de la finalidad social de la propiedad –esto, en el caso del Ecuador se ubica a mediados del siglo XX-, se regula el uso, la tenencia y las formas de explotación de los predios rústicos-agrícolas, por lo que se consideró legítima la utilización de la tierra y sus recursos (independientemente de la forma y mecanismos que para ello de utilicen), siempre y cuando éstos se encuentren a disposición del usuario o su dueño no los esté ocupando debidamente (tal es el caso de los predios baldíos que no son aprovechados o habitados, o del cambio en los usos del suelo).

Existe en Ecuador —y puede decirse que hasta la fecha— un sistema de derechos de propiedad con regulaciones paralelas: unas, sobre predios urbanos (en general) y, otras, sobre predios rústicos (públicos y privados, tanto los unos como los otros) que difieren del tratamiento de la propiedad privada en general.

En un tercer momento⁹ se evidencia que el tema de fondo cambia y se agrega una variable de calidad: la cuestión principal no es tanto el beneficio social y económico que la tierra puede entregar a las personas, sino el tipo de servicios que ésta brinda;¹⁰ su valor y sus recursos no están sólo en la satisfacción de necesidades productivas de índole colectivo, sino también en las diversas formas como puede satisfacer dichas necesidades, acordes con las características particulares del ecosistema y con las funciones que éste cumple, en términos de equilibrio ecológico. A fin de cuentas, el ambiente es también un bien colectivo y, por ende, requiere ser regulado.¹¹

⁹ Este tercer momento, en el Ecuador lo podemos ubicar en la década del 90’.

¹⁰ Conesa, Vítora, *Guía metodológica para la evaluación del impacto ambiental*, Editorial Mundi-Prensa, Barcelona, 1997; Mitchell, B., *La gestión de recursos y del medio ambiente*, versión española de Gómez D. y Gasco G., Editorial Mundi-Prensa, Madrid, 1999.

¹¹ Aguilera Klink, Federico, “El fin de la tragedia de los comunales”, en *Ecología Política*, No. 3, 1992.

Vemos que la historia de la relación propiedad-medio ambiente y de la institución del dominio en sí, pese a ser una de las más afianzadas en nuestras legislaciones, ha experimentado varios momentos, algunos de ellos favorecedores del uso destructivo y otros débiles pretensores de incorporar prácticas conservacionistas: un ejemplo de ello tenemos en la legislación agraria, la que en sus génesis, intencionalmente, propició los monocultivos y el aprovechamiento agresivo de los suelos, mediante el empleo de fertilizantes y pesticidas; todo esto, ya que dicha ley promulgaba la necesidad de que la tierra produzca y que a su vez pueda ser entregada a quien la utilizaba de forma “productiva”.

Las políticas de Estado, nacionales y regionales, han tenido un eje común: el fortalecimiento del agro vía titulación y adjudicación de tierras a campesinos y grupos comunales siempre y cuando se comprometían a mantener un uso acorde con la conocida “función social” de la tierra. Esto se refleja y constata en el pensamiento alrededor de la “Colonización”. Quizá detrás de todo esto no existieron malas intenciones; en todo caso, el desconocimiento de las funciones ecológicas y bióticas de la naturaleza puede justificar, en parte, el uso destructivo que de ella se hizo.

Se evidencia aquí el debate, inacabado hasta la fecha, sobre las “bondades” de la propiedad privada versus la propiedad estatal. La pregunta central de este debate es ¿cuál de estos dos tipos de propiedad es el mejor, el más aconsejable y el menos costoso, para conservar y proteger la naturaleza, y sus recursos? ¿Es el estado un administrador eficiente? O en su defecto ¿son los particulares –por el hecho de estar ligada su propiedad a la naturaleza- los llamados a realizar labores de conservación?. La respuesta a estas interrogantes pasa por una gama de posibilidades a favor y en contra de ambos modos de propiedad. Nuestro sistema legal, de igual forma, privilegia en ciertos casos la propiedad privada, y en otros la pública, con lo cual no es posible tampoco desde la normativa dar una respuesta al debate planteado.

Una vez superado en parte este fenómeno de ‘ignorancia’ y asumiendo que existe un acuerdo entre los individuos respecto del valor intrínseco de los recursos naturales, nace en la relación ciudadanos-Estado un vínculo particular entre el derecho

público (administrativo-derecho ambiental) y el derecho privado (básicamente en el campo civil). Nos encontramos frente a un, más bien frecuente, paralelismo normativo: sobre un objeto determinado existen varios intereses y más de un cuerpo normativo que va a ser aplicado e interpretado. La norma debiera cumplir un papel fundamental: es la llamada a combinar y a hacer compatible el sinnúmero de posibles situaciones y contradicciones que en la práctica pueden aparecer. La norma justificaría su utilidad en la búsqueda de una relación de coherencia del sistema legal positivo con los preceptos generales del derecho, y para esto la mejor vía no es la de crear nuevas leyes, sino seguir un proceso riguroso y sistemático para armonizar y reformar las ya existentes.

Esta perspectiva jurídica *per se* no puede agotar el análisis de una realidad socioeconómica con implicaciones que rebasan los hipotéticos normativos. Es en este campo donde de forma más concreta se muestra el divorcio entre el mundo real y el mundo de la ley. Nos encontramos con que la exégesis normativa no es suficiente para dilucidar y explicar el problema real de oposición entre las normas civiles y ambientales.

Como ejemplo de lo antes mencionado, tenemos el caso de los actos posesorios, a los que la ley califica como lícitos en función del principio general de la buena fe y que, desde otro campo de análisis, pueden constituirse en actos atentatorios contra la naturaleza, en términos de conservación —lo que es título para poseer agrariamente (el aprovechamiento de la madera del bosque, por ejemplo) se traduce en la destrucción de un ecosistema—, pudiendo llegar incluso a tipificarse como actos delictivos, desde el ámbito de los delitos penales.¹²

A este problema, de factores incompatibles, se suma el de la débil institucionalidad estatal. Si bien Ecuador ha sido uno de los primeros países en implantar reformas tanto estructurales¹³ como normativas en materia de conservación y

¹² Actos que incluso se encuentran tipificados como delitos ambientales en el Código Penal Ecuatoriano. Capítulo agregado por el artículo 2 de la Ley 99-49, publicada en el Registro Oficial 2 de 25 de enero de 2000 y consta de una serie de disposiciones incorporadas a continuación del artículo 437.

¹³ Esto se verifica con la conformación del Ministerio del Medio Ambiente (octubre de 1996) y del Instituto Ecuatoriano Forestal y de Áreas Naturales y Vida Silvestre (noviembre de 1996).

derechos ambientales (así, la Constitución ecuatoriana es una de las pioneras en Latinoamérica en lo que a reconocimiento de derechos de tercera generación se refiere¹⁴), éstas no son plenamente verificables y aplicadas en los hechos.

Por otro lado y complementariamente al análisis teórico, en la práctica los ciudadanos se encuentran a diario con dificultades al tratar de armonizar –y sin tener plena conciencia y conocimiento de ello- las normas civiles, administrativas, ambientales y procesales con lo cotidiano. Uno de los mas claros ejemplos de dicha dificultad, esta signada por el tema de las regulaciones agrarias versus el tema de la conservación, en el que los diferentes actores (sean propietarios, tenedores, poseedores o invasores) ven en más de un cuerpo legal el “amparo a sus derechos” y a su vez, el “castigo” a las acciones de los otros sujetos involucrados.

Concluyendo, parece ser indispensable desde esta mirada inicial, plantear reformas a las regulaciones que en la legislación civil existen sobre la posesión, en función de una armonización completa con el concepto de conservación.

Esto es verdaderamente necesario y urgente, más aún cuando, como parte del fenómeno globalizador, vemos acercarse la consolidación de novedosos “mercados ambientales transnacionales”,¹⁵ que no sólo servirán para el comercio de la tierra y los bosques, sino que cotizarán los servicios ambientales que éstos prestan a sus usuarios y que, hasta la fecha, no han sido plenamente cotizados y negociados —sin perder de vista ciertos casos puntuales como el de los contratos de reforestación firmados con PROFAFOR, en los cuales esta compañía se reserva los derechos y propiedad del carbono absorbido y fijado por las plantaciones efectuadas mientras que el propietario de la tierra puede hacer uso de la madera y de los productos no maderables bajo determinadas condiciones técnicas y sin ninguna contraprestación, operación en la cual Ecuador tiene ya una experiencia—. Los caminos por los cuales lograr estos avances no son sencillos ni abiertos; están marcados por una serie de intereses y posiciones incluso

¹⁴ Incluidos en el capítulo referente a los derechos colectivos, artículos 86 al 91.

¹⁵ CONAMA, Repertorio de instrumentos económicos para la gestión ambiental, Santiago de Chile, 1998.

contrapuestos¹⁶, no obstante, no es posible cerrarse al planteamiento de soluciones que en determinado momento constituirán aportes para lograr esta “armonización” tan elemental en nuestra legislación y, consecuentemente, en las prácticas diarias.

Para lograr este objetivo se requiere previamente hacer un análisis, a grosso modo, no sólo jurídico, sino socio-jurídico de las normas rectoras de la propiedad y la posesión en el Ecuador, un análisis que reúna y combine la legislación ordinaria con la especial; defina sus caracteres particulares (como sistema de derechos), y abra un espacio adecuado a la posibilidad de reformularlas, sin que esto implique necesariamente la expedición de nuevos cuerpos legales.¹⁷ Dicho análisis tiene como punto de partida la presentación de un caso en particular en el cual se hizo palpable esta descoordinación entre legislación ambiental y civil.

Partiendo de una realidad local, y sin pretender agotar el análisis propio que cada país deba realizar sobre su situación en términos de legislación y normativa ambiental-forestal, puede además justificarse la necesidad de promover una ley marco –en principio, de carácter regional- con la cual se puedan regular aspectos específicos vinculados con el dominio-propiedad, con las facultades dominicales, con los usos y cuidados del suelo y con las formas mediante las cuales puede fomentarse la conservación, tanto desde la propuesta pública como desde la iniciativa privada. Esto último como medida jurídico-política que pueda ser parte de un proceso por el cual los Estados implementen reformas a su legislación nacional y así concilien esfuerzos en pro de la sustentabilidad de sus planes de gobierno y manejo de recursos.

¹⁶ Por dar un ejemplo, en el caso citado de los contratos firmados con PROFAFOR, uno de los principales opositores es Acción Ecológica: una de sus críticas puntuales recae sobre el hecho de que *“En Ecuador las plantaciones forestales no contribuyen a la absorción de carbono. Al contrario, determinan un incremento neto de liberación de carbono por la pérdida de la cobertura vegetal original y porque con el aumento de la temperatura los suelos a la vez emiten el carbono absorbido... En el caso de PROFAFOR (...) se considera que en el mejor de los casos una plantación de árboles podría absorber 80 Tn C/ha, mientras que por la destrucción del páramo se liberaría más de 1000 Tn C/ha (Vidal, 1999)”*. Boletín Alerta No. 96, septiembre de 2000. En: www.accionecologica.org/descargas/alertas/bosques/Alerta%2096-Plantaciones%20de%20arboles%20cono.doc

¹⁷ Hablamos de un análisis grosso modo, ya que un análisis completo, requeriría un estudio demasiado extenso, que rebasaría la órbita propuesta para el desarrollo del presente trabajo.

El siguiente, es un estudio de la situación del “Bosque y Vegetación Protectores San Francisco”, predio que adquirió dicha categoría en 1995 y que nos servirá para ejemplificar tanto la cantidad de circunstancias y problemas que, en torno al ordenamiento jurídico, puede tener una propiedad privada declarada como área de conservación, como las diferentes “respuestas” que los actores involucrados han dado a cada situación, desde su posición de “víctimas” o “victimarios”¹⁸. Dichos elementos son, entre otros, el tiempo de inicio y la continuidad de los conflictos legales, las particularidades ambientales de la zona del predio, la dinámica de ocupación de dicha región, los cambios en la legislación agraria y ambiental, y las diversas jurisdicciones que recaen y se superponen sobre el predio.

En este esfuerzo de comparar la estructura de la legislación con la dinámica de los hechos sociales, nos estamos acercando a los terrenos de la Sociología del Derecho. Sin embargo si bien los trabajos de Weber¹⁹, Bourdieu²⁰ y de Robles²¹ permiten identificar las complejas relaciones que existen entre el desarrollo de la norma jurídica, y la dinámica de la realidad social que ella pretende regular, en este trabajo nos limitaremos a contrastar, norma y realidad social, dejando para otros la tarea de la discusión más general de estas complejas relaciones.

¹⁸ Estos adjetivos, con los que se podría calificar a los involucrados, no son excluyente entre los involucrados en el presente caso. Usamos estas palabras sin pretender hacer juicios morales, sino para recoger cierta tendencia moralizante en el debate y en la perspectiva a discutir. Todo, a fin de cuentas, depende del lente con el cual se miren y evalúen las diferentes posiciones.

¹⁹ Max Weber, *Ensayos de Sociología Contemporánea*, Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 1972.

²⁰ Pierre Bourdieu, *La Fuerza del derecho*, Ed. Uniandes, Instituto Pensar: Siglo de Hombres Editores, Bogotá, 2000

²¹ Gregorio Robles, *Sociología del Derecho*, 2ª Edición, Civitas, Navarra, 1997.

CAPITULO I

UNA HISTORIA CON ARGUMENTOS AMBIENTALES

1.1 UN PREDIO

El Bosque y Vegetación Protectores “San Francisco” está ubicado entre los kilómetros 83,5 y 85 de la vía Quito – La Independencia, perteneciente a la parroquia Mindo, cantón San Miguel de los Bancos, al Noroccidente de la Provincia de Pichincha, con una superficie calculada de 208,29 ha. aproximadamente y una altitud de 1.410 m.s.n.m. Tiene acceso frontal a la carretera mencionada y se encuentra a 5 minutos del recinto San José de Saloya y a 10 minutos de la cabecera cantonal, San Miguel de los Bancos.

Se extiende desde los 300 msnm y su cota máxima se ubica entre los 1800 y 2000 msnm, su temperatura promedio es de 18° a 24° C, se registran precipitaciones promedias anuales entre 2000 a 4000 mm. La alta pluviosidad es la consecuencia de una superposición de lluvias de origen convencional en las partes bajas y adyacentes, y de lluvias de tipo orográfico originadas por vientos que son obligados a ascender por estas vertientes y serranías. Se registran únicamente dos meses ecológicamente secos (julio y agosto), el resto del año permanece con lluvias.

El predio esta constituido por un bosque alterado debido a la tala selectiva de especies maderables, no existen manchas boscosas con elevada presencia de individuos, sino más bien se encuentran dispersos en la zona. La vegetación herbácea y epifita es la de mayor importancia en lo que se refiere a endemismo y riqueza; esta vegetación se encuentra tanto en árboles como en potreros y bosque.

En términos generales, los suelos de este tipo de formaciones tienen un limitado valor para las actividades agrícolas y ganaderas, sin embargo, sus bosques tienen un buen potencial para su ordenación forestal, entre otros factores por la diversidad de

especies maderables que en él habitan¹, lo que se justifica en el hecho de que, debido a la alta humedad, se desarrollan plagas que destruyen las plantaciones y los pastizales que alimentan al ganado, además, el mantenimiento necesario de la tierra para evitar que las especies pioneras invadan el suelo cultivado, resulta muy costoso. Otro factor adverso es la topografía ya que predominan vertientes largas que se dirigen hacia profundos y estrechos valles cuyos ríos corren rápida y turbulentamente sobre las rocas y cantos rodados, los cuales se hallan separados por afiladas lomas en forma de V invertida, creando una superficie local muy accidentada.

En el bosque propiamente dicho, por las condiciones de pendientes no se han realizado labores de explotación maderera, conservándose allí de manera significativa las especies típicas de la zona. En las zonas planas, la propiedad fue destinada a la producción ganadera, por lo que la vegetación de la zona está disturbada con especies introducidas –principalmente pastos forrajeros- y muy poco de la vegetación propia del lugar; este tipo de cobertura vegetal representa un 40% de la superficie total del área.²

Por lo anotado, las vías idóneas para su manejo racional son el ordenamiento forestal -ya que el bosque es un potencial productor de madera-, el ecoturismo y la reforestación con especies prometedoras.³

Según el Plan de Manejo Ambiental de “San Francisco”, los recursos que pueden ser utilizados sustentablemente en el bosque protector son los siguientes:

- Alta diversidad de flora que incluye especies forestales no maderables que viven en asociación en los diferentes estratos del bosque.

¹ En un estudio realizado, se pudo comprobar, entre otros datos, que la altura media de las especies forestales (entre ellas el colca, guabo, aguacatillo, canelo, fierro, achotillo, entre otras) encontradas en el predio estuvo entre los 14,73 y 18,79 mts., con un volumen promedio entre 1,05 y 1,84 m³ y un diámetro entre 0,28 y 0,42 mts. Peritaje Forestal realizado por el Ingeniero Antonio Tisalema, dentro del juicio de prescripción adquisitiva de Dominio No. 140-97, tramitado en el Juzgado Vigésimo Segundo de lo Civil de Pichincha. Este peritaje se lo realizó entre el 9 de septiembre y el 15 de octubre de 2002. Estos datos, a la fecha, no han tenido cambios considerables.

² Plan de Manejo del Bosque y Vegetación Protectores “ San Francisco”, estudios previos a la declaratoria de la categoría de protección, 1994,

³ Tal es el caso del laurel, el cual ha sido probado y se han obtenido buenos resultados con su cultivo.

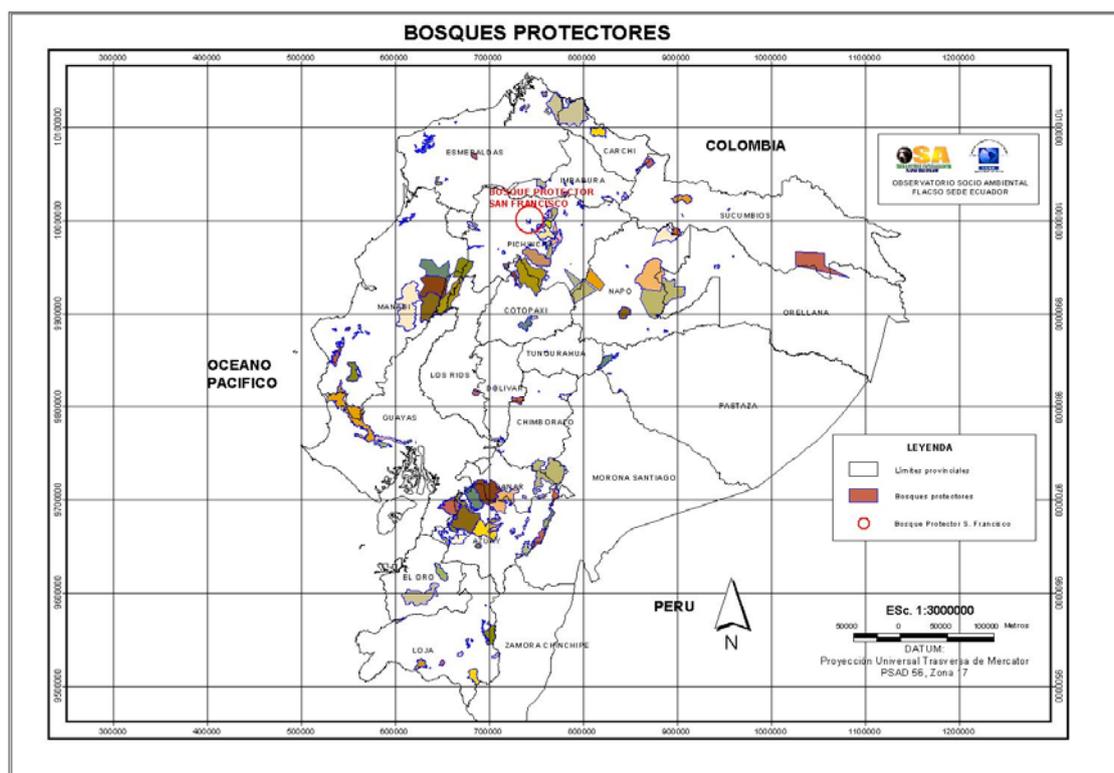
- Diversidad de fauna terrestre, presencia de especies amenazadas y en peligro de extinción que pueden ser investigadas.
- Presencia de ecosistemas en estado relativamente prístino.
- Recursos hídricos y fauna acuática poco conocida que puede ser manejada.
- Condiciones para la investigación y el ecoturismo.
- Superficie para programas agroforestales y silvopastoriles en las zonas de pastizales.

Estas características son las que posibilitan el manejo integrado del bosque protector, encaminado a conservarlo y a preservar su fauna, flora y los diferentes hábitats que en el se encuentran.

Ahora bien, la zona materia de estudio –y sus alrededores-, ha sido a partir de mediados del siglo XX un sector dedicado a la producción agro-ganadera, encontrándose hasta la fecha un número considerable de fincas especializadas en dichas actividades. Esta particularidad toma un cauce distinto hace aproximadamente unos 10 años, debido a la realización de una serie de estudios e investigaciones que rescatan la importancia ecológica que el sector reviste por ser albergue natural de miles de especies nativas. Esto trajo consigo el cambio –en mas de un predio- de las actividades económicas tradicionales en actividades turísticas, ecoturísticas y de conservación (Salazar, 1998). Todos los factores antes mencionados⁴, fueron los que motivaron la solicitud por parte de los propietarios para que su predio sea incluido dentro de una categoría de protección.⁵

⁴ Con excepción del paso del Oleoducto de Crudos Pesados, por el interior del predio, lo cual aconteció a partir del año 2003.

⁵ El bosque también se encuadra entre las llamadas tierras forestales, que son “... aquellas que por sus condiciones naturales, ubicación, o por no ser aptas para la explotación agropecuaria, deben ser destinadas al cultivo de especies maderables y arbustivas, a la conservación de la vegetación protectora, inclusive la herbácea y la que así se considere mediante estudios de clasificación de suelos, de conformidad con los requerimientos e interés público y de conservación del medio ambiente”. Artículo 8 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre.



Mapa 1. Bosques Protectores. Ubicación Geográfica del Bosque Protector San Francisco

En el caso que revisamos, previo el cumplimiento de los requerimientos administrativos, técnicos y legales establecidos en la normativa vigente a 1994⁶, el Bosque y Vegetación Protectores “San Francisco”, adquirió esta categoría mediante Resolución No. 066 emitida por el Director Ejecutivo del INEFAN el 28 de noviembre de 1994, publicada en el Registro Oficial No. 620 del 25 de enero de 1995, y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley Forestal y en los artículos 2 y 9 literal c) de la Ley de Creación del INEFAN.

Posteriormente, y al amparo de lo dispuesto en la Resolución No. 066, el bosque fue inscrito (con el número 1 –uno-) en el Registro Forestal del Ministerio del Ambiente. Conviene puntualizar que pese a ordenarse en dicha Resolución la

⁶ Esto es, la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, el Reglamento de Aplicación de dicha Ley, La Ley de Creación del INEFAN (Instituto Ecuatoriano Forestal y de Áreas Natrales y Vida Silvestre), y el Informe Técnico emitido por la Comisión Interinstitucional, conformada por delegados del INEFAN y del entonces INERHI (Instituto Nacional de Recursos Hídricos).

inscripción de la declaratoria del bosque protector en el Registro de la Propiedad, nunca fue realizada sino hasta el año 2001, en el que se pudo efectivizar. Esto, debido a que la forma en la cual se clasifican los predios en las distintas instituciones públicas es, en la práctica, diferente e incompatible. Así, por una parte el Registro de la Propiedad lleva nota de los linderos y superficies de los lotes en metros, kilómetros y hectáreas; mientras que por otra, el órgano administrativo que expidió la Resolución⁷, singulariza los terrenos con la utilización de coordenadas geográficas, sin que se pueda, al menos a primera vista, identificar si los datos incluidos en las declaratorias se corresponden con los de los predios inscritos en el Registro de la Propiedad. Este es un problema adicional que dificulta el reconocimiento de la categoría de protección por las autoridades competentes. A continuación, reproducimos las partes pertinentes de los documentos mencionados, que nos permiten visualizar sus diferencias y cómo estas influyen en la práctica:

TEXTO DE LA DECLARATORIA DE BOSQUE PROTECTOR

“... UBICACIÓN GEOGRÁFICA:

El área, objeto de la presente resolución, se encuentra ubicada en la microcuenca del río Chaluayacu Chico, subcuenca del río Pachijal del cual es tributario, dentro de las siguientes coordenadas:

Norte: Latitud norte 0° 01'19'' y 78° 48'30'' de longitud occidental

Este: Latitud norte 0° 00'21'' y 78°48'03'' de longitud occidental

Sur: Latitud norte 0° 00'08'' y 78°48'42'' de longitud occidental

Oeste: Latitud norte 0° 00'81'' y 78°48'42'' de longitud occidental ...”

TEXTO DE LA ESCRITURA DEL BIEN

“... inmueble denominado San Francisco, parroquia de San Miguel de los Bancos, Cantón Quito, provincia de Pichincha.- Los linderos generales en donde se hallan fincados los derechos y acciones referidos en estos antecedentes son: NORTE, terrenos de propiedad de la Cooperativa El Progreso en parte y en otra del señor Angel Erazo, en mil sesenta y

⁷ En la actualidad el Ministerio del Ambiente es el ente responsable de la materia. La resolución a la que se hace referencia es la dictada por el INEFAN.

nueve metros, aproximadamente; SUR, carretera que conduce a San Miguel de los Bancos-Puerto Quito en mil quinientos metros; ESTE, propiedad de Jorge Erazo, en una extensión aproximada de dos mil trescientos cuarenta y cinco; y , OESTE, con propiedad del señor Jorge Cruz y Celín Morales o herederos, en una extensión aproximada de dos mil dieciocho metros. Con una superficie total de ciento noventa y tres hectáreas, más o menos⁸”.

En igual forma, tanto los funcionarios del Ministerio del Ambiente a quienes se acudió en el 2001, como los del Registro de la Propiedad, ignoraban que debía existir un registro forestal escrito, y que los predios incluidos en el mismo gozarían de protección especial por pertenecer al régimen forestal nacional. Si bien esta era la realidad al año 2001, si tomamos en cuenta que la Ley Forestal data de 1981, tenemos dos décadas en que no existía un mecanismo previsto para la diferenciación de este tipo de predios, situación que se agrava al considerarse que, a efectos de transferencias o traspaso de dominio, inscripción de limitaciones al dominio y prohibiciones de enajenar, así como constitución de gravámenes –todos estos, actos y negocios de carácter eminentemente civil, y no necesariamente ambiental- lo único que se reconoce como válido es la certificación emitida por el Registrador de la Propiedad, quedando relegada la categoría de protección a un segundo plano.

Es apenas en 1999 que el Ministerio del Ambiente, mediante acuerdo, regula la situación⁹, lo que tampoco significó su puesta en vigencia de inmediato. Un año después, el 20 de diciembre de 2000, el entonces Ministro del Ambiente emite una resolución que regula el mecanismo del registro forestal, y la forma y requisitos necesarios para la inscripción de *“predios que comprendan bosques nativos, plantaciones forestales y los bosques y vegetación protectores de dominio privado o comunitario”*¹⁰

⁸ Escritura de Compraventa del bien descrito, 8 de noviembre de 1999, Notaría Cuarta del Cantón Quito.

⁹ Están sujetos al régimen forestal los bosques nativos, las plantaciones forestales y los bosque y vegetación protectores de dominio privado o comunitario, que se encuentren inscritos en el Registro Forestal. Acuerdo Ministerial No 156, publicado en el Registro Oficial No. 329, de 30 de noviembre de 1999.

¹⁰ Acuerdo Ministerial No. 104, de 21 de Diciembre de 2000.

En la actualidad, “San Francisco” se encuentra bajo la jurisdicción del Distrito Forestal Pichincha, perteneciente al Ministerio del Ambiente, cuyas oficinas tienen su sede en Santo Domingo de los Colorados, y que es la entidad competente para conocer sobre procesos y denuncias por infracciones administrativas a La ley Forestal y a la Ley de Gestión Ambiental. Para salvar el tema de la distancia geográfica como impedimento para el control y supervisión administrativos, el Ministerio ha abierto en San Miguel de los Bancos una oficina técnica, la misma que hace las veces de la Institución administrativa y conoce sobre los trámites locales que se inician.

1.2. LA SITUACIÓN LEGAL DE UN BOSQUE PROTECTOR PRIVADO.

Desde el punto de vista jurídico, la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre¹¹ del Ecuador y su reglamento, son la base legal que rige esta categoría de conservación privada. Esta norma regula, en su contenido, los siguientes aspectos de relevancia para el análisis en curso:

La caracterización de las formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que pueden sujetarse a la categoría de bosque y vegetación protectores.

- La autoridad competente tanto para la declaración como para regular a estas áreas.
- Las condiciones de manejo sostenible.
- Las regulaciones de contratación, producción y aprovechamiento forestales.
- Los incentivos tributarios para actividades de explotación forestal
- La protección y control forestales.
- La posibilidad de financiamiento del Estado a la actividad forestal; y
- Las infracciones a la Ley y su forma de juzgamiento.

En este marco, la actividad forestal aparece como totalmente protegida y garantizada por el Estado; pero, queda un tanto a la deriva el tema de la conservación

¹¹ Artículos varios de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre.

frente al del aprovechamiento maderero (lo que ha suscitado tensiones entre los sectores explotadores y conservacionistas o ecologistas, quienes reclaman la adecuada utilización de los recursos y la actividad estatal para evitar devastaciones en masa), y en general el uso cotidiano que se da a tierras de importancia y valor ecológico.

Se han emitido normativas específicas reguladoras de este aspecto, las cuales – lastimosamente- en la práctica se aplican de forma selectiva y poco rigurosa, ya que la institucionalidad del Ministerio del ramo ha sido cuestionada y no se encuentra lo suficientemente fortalecida para tomar políticas serias y emprender en un control sucesivo y constante.

Por otra parte, los límites que implica esta categoría de manejo y protección están a la fecha señalados en el Libro III del Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria (TULAS)¹², cuyo artículo 20 restringe las actividades permitidas en estas zonas, (...) *previa autorización del Ministerio de Ambiente o la dependencia correspondiente de éste* (...) a:¹³

- La aperturas de franjas cortafuegos;
- Control fitosanitario;
- Fomento de la flora y fauna silvestres;
- Ejecución de obras públicas consideradas prioritarias;
- Manejo forestal sustentable siempre y cuando no se perjudique las funciones establecidas en el artículo 16¹⁴, conforme al respectivo Plan de Manejo Integral.
- Científicas, turísticas y recreacionales.

¹² El Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria-TULAS publicado en el 2003 y su libro III derogó al entonces vigente Reglamento a la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre. El texto del actual artículo 20 del TULAS es casi idéntico al del artículo 15 del reglamento derogado.

¹³ Artículo 20 del Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria.

¹⁴ El artículo 16 del TULAS menciona que las funciones de los bosques y vegetación protectores *son las de conservar el agua, el suelo, la flora y la fauna silvestre.*

1.3.UN CONFLICTO

1.3.1. Algunos elementos de la historia regional

Desde comienzos del siglo XX, las tierras pertenecientes a la zona del noroccidente de la provincia de Pichincha, son ocupadas de forma individual y relativamente ordenada, por personas oriundas en especial de la ciudad de Quito, quienes se las distribuyen en lotes de diversa dimensión y emplean medidas antiguas para ello (una de las más usadas, es la que hace referencia a caballerías y cuabras¹⁵). Esta distribución bastante aleatoria fue posible debido a que la zona estaba completamente deshabitada, y las autoridades locales no tenían, en los hechos, potestad o jurisdicción sobre la misma. Al ser una zona despoblada, no utilizada, “virgen”, cubierta por bosque nublado, de difícil acceso y con dificultades para ser trabajada, carecía de importancia económica para estos propietarios originarios. No habían caminos, senderos o carreteras. La realidad de la zona fue esta, hasta entrada la segunda mitad de siglo.

A fines de los 60's, la única forma de traslado para llegar a la zona era a pie, o en mula. El acceso vehicular era imposible, el viaje duraba alrededor de 3 días. Se construye entonces la Vía Lloa-Mindo, la que incluía grandes tramos de empalizadas y empedrado. Quizá por estas razones, es que la “colonización” de estas tierras no fue conflictiva en su inicio, ya que el acceso a la zona era restringido. Posteriormente, durante la prefectura de Patricio Romero Barberis (1979) se abre la carretera Quito-Tandayapa, por la cual era posible entrar a Mindo, avanzar a Los Bancos, y llegar hasta Puerto Quito. Esta era una carretera también de tercer orden.

Las personas a quienes se contrataba como trabajadores de las fincas, fueron llevados especialmente de la sierra a cuidar o laborar en la zona; poco a poco ellos amplían sus horizontes de trabajo y económicos, lo cual coincide con la apertura de la

¹⁵ Una cuadra equivale a 10 000 metros. Una caballería se define como medida de superficie. Equivale a 3,8758 áreas = de 100 pies de ancho por 200 de largo = 1104 varas de largo por 552 de ancho = 6094,08 varas cuadradas = 42 hectáreas, 79 áreas, 53 centiáreas y una fracción = 42,79531 hectáreas . (http://www.colson.edu.mx/testamentos/diccionario_montane.html).

nueva carretera, que a su vez propicia la explotación y comercialización de la madera (la llamada “montaña propia” y la de propiedad ajena). En 1963, con la expedición de la Ley de Reforma Agraria y Colonización, se acelera la deforestación y el apropiamiento de las tierras con y sin dueño, y se dan dos tipos de asentamientos: por un lado, los propietarios vuelven la mirada a sus predios y se posesionan de lo suyo, y por otro, los trabajadores, contratistas y jornaleros, ven abierta la posibilidad de adueñarse de las tierras por ellos trabajadas.

Se intensifica entonces el aprovechamiento forestal, desvastándose en principio todos los árboles del bosque primario. Paralelamente, se va ampliando la frontera agrícola (debido a que tanto dueños como poseedores al tumbar la madera para venderla, comienzan a poblar los predios y se ubican en los sitios mas propicios iniciar cultivos de pasto, útiles para la ganadería). Empieza entonces una real explotación del bosque, que termina con grandes extensiones de bosque primario. Esto se da durante unos 20 años aproximadamente, y en diferentes sitios.

El Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización - IERAC comienza con la adjudicación de títulos a fin de regularizar la tenencia de los suelos (a propietarios y poseedores). Como mencionamos anteriormente, estas tierras por su extensión, casi no tenían límites; es por ello y ante la imposibilidad física de establecer linderos, que los primeros propietarios en su momento permitieron a los trabajadores que “se hagan dueños” de la parte de atrás de sus fincas y se forman las cooperativas agrícolas (con unas extensiones entre 20 y 30 hectáreas). Los predios mayores titularizados (de 200 a 3000 y hasta 5000 has) se manejaban bajo la lógica de una explotación de autosustento, con poca ganadería, y cuyas actividades estaban dirigidas en lo principal a cubrir las necesidades de los propietarios y extenderse –en algunos casos- como fincas agro-ganaderas.

Al inicio de estas actividades, existió un uso racional del suelo, encontrándose fincas tipo granja doméstica integral, en las que las diferentes actividades se vinculaban entre si (así, el abono del ganado es utilizado como fertilizante para los cultivos, y hay parcelas de productos a ser consumidos esencialmente por los habitantes de estas

granjas y vendidos a los vecinos cercanos). Es con la apertura de la carretera que se ve facilitada la explotación y compra/venta de mayor variedad de víveres. A partir de los 70', se da paso a una explotación parcial del bosque secundario (dejándose a salvo pequeños relictos de bosque primario). La mayor parte de bosques quedan convertidos en pastizales. Por parte del gobierno central, se incentiva políticas de crédito para el fomento de la ganadería y, en particular, la industria de los lácteos; esta región es partícipe del auge de la explotación ganadero/ pecuaria, dedicada en especial a la producción de leche y derivados, con apoyo incluso de la Cooperación Internacional Suiza, que en 1978 transfiere tecnologías de producción de quesos a la localidad de Pueblo Nuevo (infraestructura, equipos y conocimientos tanto teóricos como empíricos)

En 1980 arranca la “Quesería de Pueblo Nuevo”. Los moradores-ganaderos se organizan y recolectan la leche de sus fincas para esta actividad, convirtiéndose en la fuente de ingresos de la mayor parte de familias de la zona. Esta actividad la alternan con el cultivo esporádico de naranjilla y abacá. Hay intentos por introducir cultivos intensivos, como los de café y plátano, pero todos fracasan, principalmente por falta de tecnología y por las condiciones de la zona; la región es muy húmeda, se necesita del uso permanente de funguicidas y plaguicidas, por lo que no son actividades rentables.

Desde el punto de vista político-administrativo, la localidad de Mindo desde su conformación fue organizada como parroquia de Quito, una de las más antiguas del noroccidente, pero por cuestiones de logística, relacionadas con el trazo para apertura de caminos, todas las actividades que requerían de movilización y tránsito son redireccionadas hacia Los Bancos: se cuenta que la gente que iba a la costa, “hacia tambo” en Los Bancos, para descansar y alimentarse; los lugareños al ver esto, colocaron bancos de madera, para facilitar el reposo de los transitantes; de ahí la expresión del lugar de “llegamos a los bancos”¹⁶. Este asentamiento no existía con jurisdicción propia, sino era sólo un lugar de paso hacia la costa del país. Es con la influencia de la carretera que empieza a crecer, mientras Mindo se estanca. Los Bancos

¹⁶ Anécdota contada por los moradores del lugar, de padres a hijos.

serán posteriormente declarado parroquia civil rural del cantón Quito en 1971¹⁷ y luego cantón en 1991¹⁸.

Resumiendo, los primeros colonos¹⁹ llegaron hace cuatro o cinco décadas²⁰ a la zona, en busca de tierras deshabitadas, posesionándose de las que estaban sin dueño, adquiriendo por compra aquellas que si tenían un dueño, y trayendo a sus familias y trabajadores a vivir en ellas. Un número importante de estos colonos pertenecía a la milicia, ya que por la naturaleza de su profesión varios soldados y oficiales debían acceder a la zona y la conocían. Los primeros asentamientos humanos se circunscriben a las poblaciones de Nono y Tandayapa, lugares por los cuales cruzaba la carretera empedrada. Luego de esto, se conforman los poblados de San José de Saloya, Mindo y San Miguel de Los Bancos²¹. A inicios de los 90', se comienzan los trabajos para la construcción de la carretera asfaltada La zona, en términos generales, se habitó por dos tipos de colonos: unos, los de residencia permanente, que son minoría; y otros, los de tránsito o de paso, que buscan trabajos ocasionales en el lugar.

Entre las décadas de los 80' y 90', la situación y conflictividad social de esta área era ya compleja debido tanto a las actividades agropecuarias como a la deforestación y sobreexplotación de los bosques, para obtener madera, actividades que eran realizadas por propietarios, usufructuarios, arrendadores, poseedores e invasores de los predios. Esto ocurrió principalmente debido a que los lotes de la zona eran de extensiones bastante grandes, lo cual dificultaba la vigilancia y cuidado de los mismos por parte de los propietarios. Al no contar con recursos suficientes los predios eran vulnerables a las acciones de invasores y precaristas, quienes aprovechaban de los recursos naturales que allí existían, sin pensar siquiera en alguna forma de retribución

¹⁷ Mediante Ordenanza de Parroquialización de San Miguel de los Bancos, publicada en el Registro Oficial No. 195 de 2 de abril de 1971

¹⁸ Esto, mediante Ley de Creación del Cantón San Miguel de Los Bancos, publicada en el Registro Oficial No. 622 de 14 de febrero de 1991. Entre los fundamentos de dicha ley se señala “*Que la parroquia San Miguel de los Bancos ... ha alcanzado un notable desarrollo, especialmente, en lo urbanístico, comercial, poblacional y agrícola*”

¹⁹ Al hablar de la zona, nos referimos en general al noroccidente de la provincia de Pichincha, esto es los actuales cantones San Miguel de los Bancos y Pedro Vicente Maldonado.

²⁰ Puede decirse que para la década de los 60' la zona comenzó a ser poblada por colonos migrantes.

²¹ Desmembrándola de la parroquia Mindo.

para los propietarios, y más bien con la idea de que dichas tierras les sean adjudicadas una vez que demostraban a las autoridades agrarias la realización de trabajos y cultivos en los terrenos. Esta es una breve explicación del por qué los problemas y conflictos sobre la tenencia de las tierras han sido y son muy comunes en el área de estudio.

A todo esto, se suman las actividades de los propietarios, traducidas en acelerados y poco cuidadosos niveles de cultivo, que arrasaron con extensas zonas para habilitarlas con cultivos cíclicos cortos y principalmente para establecer potreros para el engorde de ganado y la producción lechera.²²

Lo que históricamente se buscó —y hasta la actualidad— en la mayoría de los casos, fue una rentabilidad de la tierra a corto plazo y sin mayor esfuerzo,²³ con el agravante de que a quienes lo hacen no les es posible darse cuenta que el suelo de estas zonas se agota rápidamente y entran en un inmediato proceso de improductividad. De seguirse con este ritmo de deforestación, el bosque, en tanto captador de agua, desaparecerá dentro de algunos años, ya que la regeneración natural se hace cada vez más difícil, debido a la modificación de las condiciones naturales para su establecimiento y desarrollo.²⁴ Esto, entre otras consecuencias, reduciría la provisión de agua a las zonas de San Miguel de los Bancos, Pedro Vicente Maldonado, y Puerto Quito.

1.3.2. La problemática del bosque San Francisco

Ahora, procedamos a sintetizar el conflicto en torno al cual se debaten propietarios y poseedores del bosque “San Francisco”, cuyo origen se remonta hacia los años 60’, y empieza con una antigua relación laboral que devino en disputa común de tierras.

²² En la actualidad, la zona es conocida por su producción de lácteos, en general.

²³ Pese a que más de un estudio ha tratado de comprobar que deforestar —sin un manejo sostenible del recurso— no es lo más económicamente rentable”, hasta hoy encontramos casos de explotación sin planes de manejo. Ver: Pablo Salazar et. al. *Outlook for Forest Sustainable Development in the Northwest Ecuador*, USAID, Quito, 1998.

²⁴ Carlson, P. y Añazco, M., *Establecimiento y manejo de prácticas agroforestales en la sierra ecuatoriana*, RED, Quito, 1990; Salazar, op. cit.

Los primeros propietarios de la familia (dos generaciones atrás de los actuales) centraron sus actividades en el manejo silvo-pastoril, para lo que debían contratar campesinos y obreros del lugar como se acostumbraba (López, 2000)²⁵. A la muerte de los primeros propietarios, a fines de la década de los 50', el predio es heredado por sus hijos (ocho hermanos, en partes iguales). Estos, a su vez, realizan entre sí la compra de sus derechos y acciones, hasta que finalmente se consolida casi la totalidad de la propiedad en los padres de la actual dueña. Son ellos quienes se encargan del cuidado de la finca y de la continuación en las actividades ganaderas. Se contrata a una trabajadora para que se encargue del cuidado de la finca, quien a su vez, con permiso de los dueños, lleva consigo a su familia para que le acompañen y vivan en el predio. Con el paso del tiempo, estos familiares de la trabajadora terminan siendo empleados del “San Francisco”, con tareas y jornales específicos.

Para fines de los 70' la entonces finca cuenta con unas 40 hectáreas de pastizales (elefante, saboya y gramalote), y un promedio de 50 animales (entre vacas y toros). San Francisco entregaba entonces leche para la quesería de Pueblo Nuevo, pero con rendimientos, y en cantidades bastantes pobres (entre 4 a 6 litros diarios de leche, por vaca). A esto se suma la falta de tecnología e inversión en la finca que no permite despunte como hato ganadero. A esta época, además. Empieza el deterioro de la economía familiar desde 1979, año en el que el propietario de San Francisco sufre de hemiplejía. Para solventar las necesidades de tratamiento de su enfermedad, se vende paulatinamente el ganado, hasta que en 1986 este señor fallece. Seguidamente, enferma su esposa y la situación de la finca –como ganadera- decae por completo, hasta 1991 en que muere ella también. A dicha fecha, en la finca no queda ya ganado de los propietarios, pero si existen algunas cabezas de ganado de propiedad de los trabajadores. Es en este año que los familiares de la cuidadora original (quién también fallece) deciden reclamar la adjudicación del predio, en su favor, argumentándose poseedores legitimados para ello, al amparo de la entonces Ley de Reforma Agraria. El fundamento para dicha petición fue, a decir de ellos, el haber trabajado por su cuenta y

²⁵ López nos describe de forma clara las dinámicas socio-laborales propias de la región.

con sus recursos alrededor de 60 hectáreas del predio, extensión respecto de la cual recaía su petición.

Por ese mismo tiempo, los propietarios actuales, con apoyo de profesionales de la materia identifican el valor, en términos ambientales (principalmente por la existencia de bosque ligeramente intervenido en aproximadamente unas 157 hectáreas del predio, características morfológicas y presencia de especies de flora y fauna propias de la región) del predio, y deciden iniciar los trámites correspondientes para solicitar al INEFAN²⁶ la declaratoria de su propiedad como bosque y vegetación protectores, contándose con los correspondientes estudios de agua, suelo, y componentes de fauna y flora²⁷.

Posterior a la declaratoria, y para cumplir con los compromisos y acuerdos establecidos en el Plan de Manejo del bosque, los propietarios debían dejar la tierra libre de actividades productivas incompatibles con su nuevo estatus de protección. Para esto, se comunicó a los familiares de los ex trabajadores sobre la existencia de la declaratoria y se les conminó a abandonar el predio. Pero, esto es tomado como un abuso por parte de los dueños y es así que dos de los sobrevivientes de la primera cuidadora (su conviviente y uno de sus hijos) se muestran renuentes a aceptar esta solicitud, y piden les sean primero liquidados sus haberes laborales.

En el caso del conviviente de la cuidadora, la situación fue clara: él reclamaba le sean reconocidos sus años de trabajo y se le pague, sea en dinero o en tierras, por ello; es decir se trata de un reclamo en el plano laboral. Con el hijo de la cuidadora, la situación fue distinta, y el reclamo se planteó desde una perspectiva agraria. Esta persona se amparó en la figura de poseedor-precarista y reclamó los derechos que a su condición le concede la ley, esto es, o el que se le adjudiquen parte de las tierras del predio, ó a obtener por vía de la prescripción adquisitiva de dominio parte de la finca que, a su juicio, correspondía al 60% del total del predio. Estas acciones las emprende

²⁶ Entidad competente, a la fecha de la solicitud; posteriormente, será fusionado al Ministerio del Ambiente.

²⁷ Estos estudios los realizó la Comisión Interinstitucional, conformada por delegados del INEFAN y del INERHI y fueron previos a la declaratoria de “San Francisco” como bosque protector.

con el apoyo de otro familiar (el esposo de una de sus hijas); ambos, reclaman supuestos derechos posesorios, alegando la realización de trabajos, obras y sembríos en el predio el que, a su decir, estuvo abandonado por más de 20 años.

De su lado, los propietarios en todo momento han alegado siempre que el hijo de la cuidadora no es sino un ex trabajador (y por tanto, mero tenedor)- y su yerno sólo uno más de los cohabitantes en una parte de la antigua hacienda, destinada a la familia de la antigua cuidadora, por parte de los dueños que en aquel entonces la contrataron; y que siempre estuvieron al pendiente del cuidado y mantenimiento de la antigua finca, actual bosque protector. Los resultados de este conflicto de tierras, en términos ambientales, han sido verdaderamente graves, la estrategia de los “poseedores” en el conflicto los ha llevado a una agresiva deforestación a lo que se suma la acción de la lluvia, del viento y de la gravedad. Es así como se ha erosionado gran parte del suelo. En ecosistemas tan frágiles como éste, los procesos de erosión pueden ser muy peligrosos e incluso pueden causar pérdidas de vida humanas por la inestabilidad de los taludes. Su recuperación es cada vez más lenta y costosa. A esto se suma el alto valor biológico del área, por ser habitado y ser corredor natural de paso para un número amplio de especies de flora y fauna.²⁸ El bosque protector San Francisco se encuentra formando *ecotonos* entre la vegetación húmeda tropical de la costa y la vegetación húmeda de neblina con incidencia de ciertas especies andinas.

En la actualidad, la mayoría del predio corresponde a pastizales con árboles de sombra distribuidos en las partes planas y de poca pendiente. Otra parte y la más pequeña corresponden a monocultivos de naranjilla en suelos de pendiente moderada, realizados por los poseedores en su totalidad. En las partes más pendientes, por lo general en la cuenca de los ríos que atraviesan el predio, se encuentran los bosques intervenidos con tala selectiva de maderas y bosques secundarios.

²⁸ Por ejemplo, en un estudio realizado en se determinó que existen en la zona catorce especies forestales nativas, así el Picus (*Ficus spp.*), el copal (*Dacryodes peruviana*), el mayo (*Brownea érate*), el colca (*Conoctegia centronioides*), el arrayán (*Eugenia spp*), entre otras; y 22 especies de aves de las cuales al menos cuatro se encuentran en la categoría II de CITES (especies que no necesariamente están en peligro de extinción, pero sus poblaciones han disminuido tanto que se consideran amenazadas). Reformulación del Plan de Manejo Integral del Bosque y Vegetación Protectores San Francisco, enero 2004.

Hay que puntualizar que años atrás y para facilitar el cultivo de la naranjilla²⁹ se utilizaron en forma sistemática químicos para el control de plagas y engrosamiento de la fruta, los que contaminaron los lechos de agua; esto se realizó sin ningún asesoramiento técnico previo. Adicionalmente, se halla atravesado por un tramo del Oleoducto de Crudos Pesados (OCP)³⁰, en una extensión de 1200 metros aproximadamente), lo que también ha significado entre otros impactos, una pérdida de belleza escénica del bosque.

Desde el punto de vista de los propietarios, sus intentos por recuperar el bosque en su totalidad, han debido enfrentar varios inconvenientes, entre ellos la existencia de más de un actor involucrado en el ámbito de lo estatal y lo privado (principalmente autoridades locales y nacionales, y poseedores asentados en una parte del predio). En más de una ocasión se han suscitado conflictos de toda índole en lo que a uso y aprovechamiento de la tierra se refiere, de ahí que existan trámites de varios tipos (administrativos y judiciales) en los cuales ha sido notorio el problema que existe en torno a definir la competencia de las autoridades. Sólo a modo de ejemplo, y haciendo una revisión rápida, en las acciones encausadas respecto del bosque han intervenido: el Distrito Forestal, la Oficina Técnica del Ministerio del Ambiente, la Policía Nacional, el juez de lo Civil, el jefe de la Agencia de Aguas, el director del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA), entre los más representativos.

Esto no es sino una muestra de la desarmonía que existe entre las diversas leyes secundarias llamadas a regular el bosque y las actividades que en éste se realizan. A esto puede agregarse el tema de la organización territorial, parte de las líneas definidoras de la competencia. Al existir diversas jerarquías en cada institución, su organización para efectos de administración no siempre coincide con la ubicación del predio, por lo que los usuarios del sistema se deben trasladar a sitios alejados sea en pro de reclamar sus derechos o cumplir sus obligaciones.

²⁹ Este cultivo es apreciado en la zona ya que al ser de ciclo corto y de producción considerable, puede traducirse en importantes réditos económicos para quien lo realiza.

³⁰ Para lo cual debió instrumentarse un contrato entre OCP Ltda., el Estado ecuatoriano y los propietarios del predio, mediante escritura pública, para constituir servidumbre de paso —llamado a estos efectos derecho de vía (DDV)— en favor de OCP Ltda., en que se especifica que el área que va a ser utilizada del bosque será de 25 hectáreas aproximadamente (1 km x 25m), y conforme a las disposiciones y regulaciones específicas tanto para diseño como para construcción y operación del OCP.

Para concluir, y a modo de ejemplo, a continuación se enuncian algunos de los trámites administrativos y judiciales iniciados tanto por los propietarios, como por los poseedores, en reclamo de sus derechos y pretensiones:

Acciones administrativas:

1. Solicitud de afectación ante el IERAC (Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización, entidad competente entonces), al amparo de los artículos 38 y siguientes de la Ley de Reforma Agraria y Colonización. En 1991 dos de los antiguos trabajadores de la finca, inician esta acción solicitando se les adjudique 80 hectáreas de terreno. Esta acción es declarada nula, debido a que no se cito con la misma a los propietarios del predio, pese a conocerse sus domicilios.

2. Segunda solicitud de afectación ante el INDA (Instituto de Desarrollo Agrario, ex IERAC), al amparo de la Ley de Desarrollo Agrario. 1993. Luego de la anulación del proceso iniciado ante el IERAC, los poseedores vuelven a interponer la petición de adjudicación. Luego de haberse presentados las pruebas correspondientes, tanto por los dueños como por los poseedores, el IERAC institucionalmente se transforma en el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, y los tramites pendientes cambian también de jurisdicción. En el cambio de oficinas, el expediente es confundido, lo cual imposibilitó su continuación. Dicho expediente será encontrado varios años después, y la causa fue archivada por falta de impulso.

3. Denuncia por tala indiscriminada presentada ante el INEFAN Instituto Ecuatoriano Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre). En 1999, los propietarios denuncian la tala del bosque, ocasionada por los poseedores, ante el entonces INEFAN; se realiza la investigación correspondiente, y se logra incautar una cantidad considerable de madera. La sanción impuesta fue de un millón de sucres, valor que nunca pudo cobrarse al infractor, ya que el organismo competente no tiene jurisdicción coactiva.

4. Segunda denuncia por tala ilegal. 2000. Los propietarios comprueban que se continúa con la destrucción del bosque San Francisco, y denuncian estos hechos ante el Ministerio del Ambiente. La resolución del Distrito Forestal Pichincha fue la de condenar al infractor al pago de treinta y cinco mil dólares, que equivalían al costo por la tala y destrucción de 27 hectáreas del bosque protector. Dicha Resolución fue ratificada en apelación. No obstante, se interpuso un recurso extraordinario de revisión, ya que en el proceso no existía constancia de la notificación del fallo de primera instancia al infractor. Este recurso fue favorable a los denunciados y quedó sin efecto la multa antes señalada.

5. Denuncia de captación ilegal de aguas (en contra del poseedor), 2000. Solicitud de concesión del derecho de uso de aguas (planteada por ambas partes), 2000, y Denuncia por Contaminación de Aguas (en contra del poseedor), 2000. Estas tres acciones fueron interpuestas ante la Agencia de Aguas del Cantón Quito, y posteriormente trasladadas al Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH). En ninguno de los casos se llegó a obtener una resolución definitiva, sea por problemas técnicos o por demora en los trámites. Por ejemplo, se realizó una inspección al lugar de los hechos, luego de lo cual el funcionario-perito a cargo debía emitir un informe respecto de lo observado en dicha diligencia. Transcurrieron más de 6 meses hasta que el perito designado entregue su informe al CNRH.

En estos tres casos fue donde más claramente se experimentó lo engorroso del sistema de pruebas que la jurisdicción administrativa prevé para acciones en las que es necesario realizar estudios de carácter técnico. A modo de ejemplo, podemos citar que previo a la realización de los estudios técnicos, es necesario que la parte interesada brinde las “facilidades” suficientes a los funcionarios a cargo de los estudios, esto es de dotarles de movilización, alimentación y elementos necesarios para la diligencia, lo cual parecería lógico pensar debe estar a cargo de la institución pública de la cual son parte, y no correr por costo del usuario.

6. Solicitud de concesión de vías y caminos interiores ante el Ministerio de Obras Públicas (planteada por ambas partes). 2000. Al rectificarse la carretera vieja, se

alteró el curso de la vía de tránsito, por lo que el bosque San Francisco tuvo que ceder una parte de su terreno para el paso de la nueva vía y a su vez porciones de la anterior carretera quedaron dentro de los actuales linderos del bosque, pero como tierras sin dueño. Esto hace que los propietarios soliciten el uso privativo de estos tramos para su predio; pero, de forma verbal, se les comunicó que no era posible disponer tal concesión ya que dichos tramos en su momento fueron públicos y por tanto quedaba el derecho de los usuarios a que sigan transitando por ellos.

7. Solicitud de exoneración del pago del impuesto predial (en favor de los propietarios). En el año 2001 y luego de una revisión de los incentivos existentes para las actividades de conservación en la Ley Forestal, se solicitó a la Dirección de Avalúos y Catastros la exoneración del pago del impuesto predial del Bosque San Francisco.

En un principio, dicha solicitud fue recibida con normalidad, pero cuando los propietarios pidieron una respuesta por escrito que certifique la exoneración correspondiente, la administración argumentó –de forma verbal- que sólo podría darse esta exoneración respecto de las partes del predio que no se encuentren en disputa y que correspondan a bosque primario. Para ello, resultaba necesario realizar una inspección física del predio, diligencia que no pudo hacerse por falta de recursos y de tiempo tanto de los propietarios como de los funcionarios municipales. De allí, que hasta la fecha, se continúa pagando el 100% del impuesto predial del Bosque.

8. Denuncia por Invasión ante el INDA (en contra de trabajadores contratados por los poseedores). En el año 2001, los poseedores contrataron a una familia, como sus trabajadores, y los ubicaron en la antigua casa de la Hacienda San Francisco (hoy bosque protector) Dichas personas tuvieron altercados con los trabajadores del actual predio, frente a quienes se presentaron como poseedores de la casa antigua. Con este antecedente, los propietarios denunciaron ante el INDA la invasión de dichas personas en el predio y por tanto solicitaron su desalojo. Esta petición fue atendida y los contratistas fueron desalojados, ya que no se logró probar la supuesta relación de trabajo existente.

Algunas acciones judiciales:

1. Diligencias previas de inspección judicial (por ambas partes, cuando sintieron afectados sus derechos y violentada su posesión o propiedad).

De estas diligencias, únicamente se ha conseguido dejar sentados ciertos elementos de carácter probatorio para justificar las pretensiones tanto de poseedores como de propietarios. Al no realizárselas con citación a todas las partes involucradas, su eficacia procesal dentro de un juicio se ve disminuida.

2. Juicios de amparo posesorio (iniciado por los poseedores).

De este tipo de juicio, se han iniciado tres en contra de los propietarios (en los años 1998, 2000 y 2001), y debido a la naturaleza y requisitos de la acción (es protectoria y no requiere sino de probar que una persona ha habitado en un lugar por más de un año), los tres juicios han tenido un restado favorable para los demandantes – poseedores.

3. Juicio de Prescripción Adquisitiva de Dominio (en contra de los propietarios). Este juicio se inició por parte de un poseedor, argumentándose que ha trabajado y estado a cuidado del predio por más de 15 años ininterrumpidos, que no ha reconocido dominio ajeno y que el total del predio que reclama es de 170 hectáreas. Este juicio lo ganó el poseedor en primera instancia, y se encuentra a la fecha, en espera de la sentencia de apelación. Este juicio se inició en 1997, pero debido a una serie de vicios formales, fue anulado a fojas de la citación³¹, y a partir de ese momento los propietarios pudieron intervenir como parte procesal legitimada dentro del litigio.

4. Juicio de Reivindicación (iniciado dentro de la acción de prescripción adquisitiva de dominio, por parte de los propietarios). Debido a que el juicio ordinario posibilita la reconvención o “contrademanda”³², en el juicio de Prescripción adquisitiva

³¹ Esto significa que todo lo actuado hasta antes de la citación fue considerado válido. Esto permitió que se cite de forma legal a los demandados (herederos del propietario de la finca) y que los actuales propietarios se presente como tales en el juicio.

³² La llamada “contrademanda” es una nueva demanda en sí. De allí que la lógica procesal es la siguiente: 1. el actor presenta su demanda, 2. El demandado puede a) contestarla e interpone sus excepciones, b) no

se reconvino al poseedor con la reivindicación del predio, en el año 2002. Al ser un mismo proceso, se encuentra también pendiente la resolución de apelación.

5. Juicio de Reivindicación (iniciado por los actuales propietarios contra uno de los poseedores), 2001. Esta acción se inició debido a que el otro poseedor –quien no inició el juicio de prescripción adquisitiva- no se encontraba como parte de aquella acción. Al haberse declarado esta persona poseedor , y tener identificada una zona determinada como de su posesión, entonces es procedente que los actuales dueños “reivindiquen” la parte de su predio en manos de dicha persona.

6. Juicio por Violación de domicilio (en contra de los propietarios).1999. Este juicio penal, fue interpuesto por el poseedor del predio. Acusó a los dueños de haber violentado las seguridades de una casa en la que él vive. Este juicio cuenta con sobreseimiento provisional y está en espera del definitivo.

7. Juicio por destrucción de bosque (en contra de los poseedores). 2000. Este juicio se inició por parte del Ministerio del Ambiente, teniendo como antecedente las resoluciones del Distrito Forestal Pichincha que sancionaron por la destrucción del bosque y tala ilegal a poseedor. Sin embargo, debido a que el juez competente para la causa se hallaba en Pedro Vicente Maldonado, las gestiones que el Ministerio debió realizar para la prosecución del juicio no fueron hechas, quedándose en estado de abandono.

Presentamos, a continuación, un detalle gráfico de acciones administrativas y judiciales que, en diversos momentos, se han realizado:

contestarla, y c) reconvir o contrademandar, que implica una acción nueva. 3. Frente a esto, el inicial actor se ve casi obligado a contestar esta nueva demanda y proponer sus excepciones. Por este mecanismo se pueden resolver cuestiones conexas, vinculadas a un mismo derecho, en un solo proceso, sin que sea necesario abrir un expediente nuevo. Esta figura en Derecho se conoce con el nombre de “Economía procesal”.

1.3.3. Un resultado

Como hemos mencionado, los procesos de carácter administrativo y judicial en torno a este predio han sido quizá todos los posibles aplicables al caso. Tanto los propietarios como los poseedores han emprendido acciones para afianzar, en ambos casos, dichas calidades.

Algunos de los procesos en vía administrativa se han resuelto en forma favorable para el estado ecuatoriano y se puede decir que, en parte, para los propietarios.³³ Otros, en cambio, han quedado inconclusos debido a las diferentes complicaciones técnicas y logísticas que presentaron, como fue el hecho de la imposibilidad de realizar ciertos tipos de peritajes especializados por el alto costo de los mismos. Los procesos civiles, están aún pendientes de resolución; y los de tipo penal han concluido. Es en la esfera de lo civil en donde principalmente se ubica la problemática que motiva esta investigación: nace de la consideración del predio como tierra rural, del aparente abandono del mismo por parte de sus propietarios, de la consideración de poseedor como una categoría que genera derechos, del desconocimiento de la categoría de bosque protector por parte de los poseedores, y de la poca operatividad e incluso inacción por parte de las autoridades estatales frente a los conflictos aquí presentados.

Ninguno de las acciones vinculadas con el tema ambiental y de conservación ha rendido frutos visibles. Toda la resolución del conflicto se centra en las sentencias de carácter civil que se lleguen a dictar sea a favor de los propietarios o de los poseedores. Debido al largo tiempo transcurrido sin respuesta efectiva por parte de las autoridades, el bosque permanece en compás de espera, ya que entre otras cosas, no es posible redefinir de forma plena su Plan de Manejo hasta que la situación legal del bosque se haya solucionado.

³³ Decimos que en parte a los propietarios porque hasta la fecha no existe una resolución de autoridad competente que haya amparado alguno de los posibles derechos que los propietarios pudieran reclamar. Las dos sanciones administrativas emitidas no han sido eficaces, la una porque es. Prácticamente incobrable y la otra porque fue declarada nula.

Visto de forma crítica, podría sugerirse que la utilización de los trámites de declaratoria de bosque protector de tierras privadas se ha entendido en más de un caso como el medio idóneo para “despojar” de sus derechos a poseedores y trabajadores de tierras no aprovechadas. Esta posición es válida siempre y cuando haga referencia a tierras cuya vocación sea la agricultura o la ganadería y en las que existan muestras del desarrollo de actividades productivas que estén apoyando al desarrollo de sus ocupantes.

Pero, de otra parte, en suelos que mantienen cobertura vegetal, relictos de bosque primario y/o secundario, y una riqueza de flora y fauna considerable, no hay que simplificar el análisis a términos de derechos civiles. Hay que incluir los derechos ambientales que son también derechos humanos y que engloban no a dos o tres personas sino a la colectividad entera. Para esto, la legislación no brinda herramientas eficaces, y el único instrumento normativo que hace las veces de “paraguas” a la luz del cual han de realizarse la ponderación entre el bienestar individual y el bien común, es la constitución Política. En un capítulo posterior, analizaremos las normas relacionadas con la protección del ambiente y consecuente consagración de los derechos ambientales como derechos humanos en la legislación positiva.

CAPÍTULO II

LA UBICACIÓN DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD

A fin de reflexionar sobre este proceso revisaremos desde la doctrina, el concepto de derecho de propiedad, en el cual se detallarán sus características y peculiaridades, para luego analizar su papel y funciones en la legislación ecuatoriana actual.

2.1. ALGUNAS DEFINICIONES

La propiedad se define –en términos generales- como un derecho real, esto es, que implica una “relación jurídica inmediata y directa entre una persona y una cosa”; es, además, un derecho principal, que tiene como objeto bienes muebles e inmuebles. A esto se añade que “todo derecho real es susceptible de posesión”.¹ Desde que en la época romana la definición de Justiniano de que el *dominium* era una *plena in re potestas*, apareció la necesidad de precisar este concepto tan vago. Comenzó a precisarse dicho concepto, a partir de las facultades que la propiedad otorga a sus titulares, y nació² la famosa definición recibida unánimemente en las Escuelas de que *dominun est ius utendi abutendi re sua quatemus iuris ratio partitur*.³ Con el paso de los siglos, esta definición pareció ser muy incompleta. Es por esto que los juristas concluyeron que no era lo más correcto definir a la propiedad en relación con las facultades que otorga, sino que hay que mirar más hacia la esencia del derecho, como tal. Así, Puig Peña puntualiza –refiriéndose al criterio de Ruggiero- que

Como consecuencia de estas críticas, se abandonó definitivamente el sistema antiguo, y se definió a la propiedad haciendo solo referencia a un *abstracto señorío* que

¹ Mazeaud, H., et. Al, *Lecciones de Derecho Civil*, parte segunda, volumen IV, traducción de Alcalá – Zamora y Castillo L., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, pp.6.

² La época de las escuelas se ubica con posterioridad a la redacción del Corpus Iuris Civiles y la muerte del emperador Justiniano (565 d.C.)

³ Que se traduce en el aforismo tan comúnmente utilizado al momento de definir la propiedad, hasta nuestros días, y que es “El dominio es el derecho de usar, gozar y disponer de la propiedad hasta donde la razón y el derecho lo permiten”.

tiene el hombre sobre las cosas sujetas a su dominio, a *una pertenencia ideal de la cosa a su propietario*... El éxito de esta nueva orientación se debe a ... dos órdenes de consideraciones: la primera, que las clásicas facultades dominicales no son, en realidad, más que simples manifestaciones de esa plenitud de señorío general, característico del dominio, y la segunda, que una de las singularidades más salientes de este es la elasticidad; es decir, la aptitud que goza de ensancharse o de reducirse hasta el mínimo, de modo tal, que el poder del dueño puede llegar a ese poco menos que la nada, sin que, no obstante, esa reducción llegue a destruir totalmente el vínculo de pertenencia que sujeta la cosa a la persona.⁴

En relación a lo expuesto, tenemos que los diversos autores clásicos han definido a al propiedad desde perspectivas similares y haciendo uso de definiciones tanto analíticas –en relación a las facultades- como sintéticas –vinculadas con la naturaleza del derecho, o al denominado “contenido esencial” -. Citaremos a continuación algunos ejemplos:

Alessandri Somarriva lo conceptualiza

“... la propiedad es el derecho que confiere al sujeto el poder mas amplio sobre una cosa; en principio, lo faculta para apropiarse de forma exclusiva, de todas las utilidades que el bien es capaz de proporcionar.”⁵

Claro Solar, habla de propiedad y menciona que:

“... en el sentido propio de esta palabra, la propiedad expresa la idea del poder jurídico más completo de la persona sobre una cosa; y es, por lo tanto el derecho real en virtud d el cual una cosa se halla sometida, de una manera absoluta y exclusiva, a la voluntad y acción de una persona. Este derecho, cuando es perfecto y completo, encierra eminentemente (sic) todos los otros derechos reales, que pueden ser considerados como simples emanaciones suyas.”⁶

⁴ Federico Puig Peña, Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II, Derechos Reales, 3ª edición, Ediciones Pirámide, Madrid, 1976, pp.26 .

⁵ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, tomo II, De los bienes, 2ª edición, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1957, pp. 135

⁶ Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen III, De los bienes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, pp 325.

Al hablar de la propiedad privada *in strictu sensu*, Valencia Zea califica que

“... la propiedad privada representa el imperio de la libertad, esto es, el dominio más completo de la voluntad sobre las cosas. Es más: el propietario no solo tiene libertad o dominio sobre las cosas existentes, sino, especialmente, la de producir más cosas. Esta libertad implica la necesidad de otra libertad complementaria: la de comprar fuerza de trabajo.”⁷

Como podemos observar, las definiciones que se hacen del derecho de propiedad no son excluyentes, sino más bien responden a una concepción original, a la cual se añaden ciertos elementos, propios de la tendencia jurídico-doctrinaria de cada autor.

El factor invariable en las definiciones, constituye el reconocimiento de un derecho “especial”, particular, acompañado de atributos y facultades, que no necesitan ser ejercidas continuamente para ser consideradas o excluidas del derecho en estudio.

2.2. CARACTERES GENERALES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Luego de revisar el concepto de propiedad, vemos que le distinguen una serie de características propias, las cuales configuran su particular naturaleza y esencia; entre las principales y de relevancia para el presente estudio, tenemos las siguientes:⁸

2.2.1. Es un Derecho individual

Esto, por oposición a los diferentes tipos de “propiedad colectiva” y de derechos colectivos existentes; y porque el fundamento de su existencia, post revolución francesa, buscaba por todos los medios eliminar la propiedad común/colectiva, de la cual todos y nadie eran propietarios. La propiedad se constituye entonces en el derecho que mejor

⁷ Arturo Valencia Zea, Derecho Civil, tomo II, Derechos Reales, Editorial Temis, Bogotá, 1980, pp. 138.

⁸ Dichas características son necesarias para hablar de propiedad, como derecho. Sin embargo, pueden sufrir modificaciones cualitativas según y cómo se entienda o ejerza, por parte del titular, el dominio sobre un bien determinado.

representa la calidad de ciudadano libre y capaz de ejercer por si mismo sus prerrogativas frente a los demás individuos y al Estado. De igual forma, para que la propiedad sea el “distintivo” de los sujetos entre si, debía referirse a un solo titular, respecto de quien el ejercicio del derecho estaba permitido, frente a los otros, sobre quienes recayó la obligación de respetarlo. No hay que olvidar sin embargo, que el la actualidad perviven y se han creado formas colectivas de propiedad, mediante las cuales el derecho de propiedad sobre un bien puede ser ejercido por colectivos, como es el caso de las tierras ancestrales, comunales, de pueblos y nacionalidades indígenas y/o afroecuatorianas en nuestro país, ó el de la propiedad horizontal en lo que a áreas comunes se refiere.⁹

2.2.2. Lo “absoluto” de la propiedad, a partir del derecho romano

Este carácter tenía su sentido particular en el marco de las relaciones entre ciudadanos, en las “ciudades romanas”. La propiedad no solo era un derecho de las personas, sino que era prácticamente condición *sine qua non* para ser persona, para ser ciudadano. Sólo quienes tenían bienes podían ser sujetos de derecho. Esta particularidad definió a la propiedad durante largas épocas, y no es sino, hasta un par de siglos atrás,¹⁰ en que el tener posesiones materiales deja de ser indispensable para el reconocimiento de la ciudadanía y por ende de los derechos políticos de hombres y mujeres, como el de participar en los actos y negocios jurídicos, decisiones civiles y políticas de los estados.

Desde otra entrada, se entiende como “absoluto” a la plenitud de la propiedad. Es decir que todos los derechos que alguien puede tener sobre algo los tiene cuando es propietario de esa cosa. La propiedad se caracteriza también en este contexto por su universalidad, lo cual significa que es oponible frente a cualquier otra persona, y en

⁹ En este punto, es necesario recordar que el enfoque dado al presente estudio tiene como objetivo delimitar únicamente el alcance de la propiedad privada individual y su relación y potencialidades para la conservación.

¹⁰ Recordemos que, por ejemplo, en las primeras constituciones republicanas del Ecuador, uno de los requisitos exigidos para ser ciudadano era tener bienes de fortuna, y no trabajar bajo dependencia de un patrono. Estos requisitos propios del sistema censitario fueron suprimidos en la Constitución de 1861.

cualquier circunstancia, y se convierte en la mas amplia y perfecta de las relaciones jurídicas del hombre con el mundo exterior.¹¹

Dado que los objetos –materiales e inmateriales- son esenciales para la supervivencia de los seres humanos, la posibilidad de acceder y/o disponer o no de éstos coloca a las personas en situaciones de asimetría que son las bases de formas de dominación de unos sobre otros. De esto, se explica que en todas las instancias de la vida del hombre su relación con los otros esta condicionada por la propiedad. Tan es así, que inclusive se convierte en sinónimo y manifestación de poder, llegándose al extremo, como en los tiempos de la esclavitud, de tener dominio incluso sobre las personas lo cual distinguía al amo del resto de hombres y ciudadanos. Recordemos también que la propiedad sobre la tierra fue decisoria en cuanto a determinar el poderío económico, social y político.

2.2.3. Es un derecho excluyente, exclusivo

Al ser la propiedad un derecho oponible a los “otros”, y tener una connotación de derecho absoluto,¹² su titular es, en principio, el único que puede ejercer sobre la cosa –objeto del derecho- las atribuciones que ésta lleva consigo; pero este principio puede ser restringido, sea por la voluntad del propietario, o por la ley que confiere a otras personas las atribuciones del derecho de la propiedad, como por ejemplo en el caso de servidumbres legales. Las costumbres particulares suelen también constituirse en limitaciones de facto a las facultades del titular de la propiedad.

¹¹ La propiedad tiene también una dimensión en la relación de cada persona consigo misma, pues si se entiende que existe una relación de propiedad sobre el propio cuerpo y sus actos, ésta es la base para hacer posible la “venta del trabajo. Dicha idea de la propiedad sobre el propio cuerpo es de todas maneras generadora de un intenso debate actual en torno a los temas de la bioética, por ejemplo en los caso de compra/venta de órganos, o del arriendo de útero. Este debate muestra el principal límite –ético- del dominio sobre el propio cuerpo.

¹² Sin olvidar que este carácter absoluto es una herencia directa del derecho romano. Si bien en la fecha ya no se puede hablar de un derecho de propiedad como “absoluto”, durante varias décadas fue un elemento esencial y consustancial a dicho concepto. Hoy, existe una evolución que mira a la propiedad como sinónimo de poder y no se limita solo a las cosas o bienes materiales, sino también a los intangibles y que representan dominio sobre los conocimientos, y los avances de la ciencia y técnica, cuyo valor cada día es más alto en el mercado.

2.2.4. Es un derecho perpetuo

La perpetuidad del dominio viene dada porque se entiende que no está sujeto a límites de tiempo y puede durar cuanto dure la cosa; no tiene caducidad y subsiste independientemente de que se haga o no uso de él. Y no desaparece ni se transfiere sino cuando su titular ha realizado actos eficaces y voluntarios para disponer de su derecho. Contrario a esta tendencia, aparecen las corrientes socializadoras del derecho, que no permiten esta inacción de los propietarios, “castigándolos” con la pérdida de su propiedad cuando no están haciendo uso de ella o el uso que le dan no es conforme a lograr el bienestar de la sociedad.¹³

2.2.5. Abstracción y elasticidad

Como vimos en párrafos anteriores, el derecho de propiedad responde a una abstracción de poderío de su titular, y no resulta vulnerado por el uso o no-uso que de él haga quien lo ostenta. Este derecho no pierde su naturaleza por no ser ejercido constantemente, y permanece inmutable respecto de terceros.¹⁴

2.2.6. El “fin social” del derecho de propiedad

Mucho se ha escrito, sobre la finalidad que la “propiedad” en tanto derecho debe cumplir. Esta característica aparece a raíz de la ruptura entre los conceptos romanistas y modernos de propiedad. La finalidad social de la propiedad está básicamente dirigida a regular el uso que de los bienes inmuebles hagan los particulares, atendiendo a que la distribución de la riqueza entre las personas no es igualitaria, existen diferencias entre lo que un propietario y los demás individuos pueden hacer respecto de un bien, y que la tierra (entendida como la fuente primaria de bienes para la supervivencia) no puede servir únicamente al interés de su dueño, sino al del resto de personas con las que convive.

¹³ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, op. cit. pp. 139.

¹⁴ Salvo que la autoridad competente haya declarado la prescripción adquisitiva de dominio. En este caso, la inacción del titular de la propiedad es valorada frente a la acción de un tercero que aparece como dueño del bien en su posesión. Se “castiga” al propietario que no ejerce plenamente su derecho, pero atendiendo más a la finalidad social de la propiedad y no a su inactividad.

El debate se centra en torno al tema de lo público y privado, del interés particular frente al bien común, y se resuelve atribuyendo a la propiedad una “finalidad social”, que garantice la satisfacción de al menos las necesidades básicas de las personas, sin desconocer la titularidad de los dueños de la misma. *El propietario, es decir el detentador de la riqueza tiene, por este hecho, una función social que cumplir; y en la medida en que cumpla esa misión sus actos como propietario pueden ser protegidos*¹⁵. Pese a todo esto, el debate es inconcluso y se retoma cada vez que en la práctica salen a la luz los intereses públicos y privados relacionados con el tema de propiedad.

Hay que destacar que esta perspectiva difiere de las otras características del derecho de propiedad arriba mencionadas, y que el elemento diferenciador (pese a ser uno solo) entre la “función social” de la propiedad y su carácter individual, exclusivista, es el reconocimiento de otros sujetos en la relación de dominio, quienes no participan directamente de ella pero pueden condicionarla, limitarla, dar origen a regulaciones e incluso oponerse a su estatuto.

Es en este contexto que podemos analizar la relación existente entre el proceso de Reforma Agraria, y desarrollo del “estado social de derecho”. Los procesos de reforma implicaron condicionamientos del derecho de propiedad. Se exigió que la tierra se encuentre bajo cultivo y producción, según determinados parámetros: una limitación en cuanto a la extensión de las tierras (establecimientos de superficies expropiación agrarias máximas, prohibición de latifundios), supresión de formas de precarismo, de tierras no productivas, adjudicación de predios rústicos a campesinos (sea por deudas laborales o por “presión demográfica¹⁶”). El establecer dichos condicionamientos y dar respuesta a la problemática social, pone de manifiesto el rol del estado como regulador de las relaciones privadas, consecuente con su carácter de social.

¹⁵ León Duguít, *La transformación del Estado*, Librería Española y Extranjera Príncipe, Madrid 1924

¹⁶ Esto ocurría cuando en una zona determinada existían habitantes que no contaban con tierra para subsistir, frente a otras personas dueñas de extensas propiedades. Lo interesante de esta causal es que no estaba relacionada con el actuar del propietario, sino que dependía de las condiciones sociales de su entorno, y fue el argumento legal utilizado en buena parte de las expropiaciones que se dieron luego de “tomar” de tierras en varias provincias centrales de la sierra ecuatoriana.

Para nuestro análisis, es particularmente importante el concepto de “uso adecuado” de la tierra. Es en función de éste, que las personas se ven obligadas a adoptar conductas u omitirlas, y estas conductas están determinadas sea por las características propias de la tierra, por decisiones de las autoridades competentes, por disposición de las normas y regulaciones vigentes, y finalmente por sus propios intereses y motivaciones. Cuando el interés individual va conforme a lo dispuesto en la ley, y en consonancia con el interés colectivo, dichas conductas por lo general no son objetadas. Pero, en el caso de que el uso que se haga de un predio es ilegal, o censurado por la colectividad, o existen discordancias en las leyes se producen una serie de acciones que presionan al dueño a modificar ese uso.

Esto en realidad es el esquema ideal. En la práctica, en el Ecuador nos topamos con dos problemas: por una parte, el uso deseable que las leyes establecen e imponen puede tener muy fuertes sesgos y no reflejar adecuadamente el uso óptimo de una determinada superficie de tierra. El caso más evidente de lo dicho es la necesidad de deforestar parte de un predio para poder reclamar su adjudicación.

Por otra parte, el proceso por el cual se argumentó la función social de la tierra fue a través del conflicto agrario, es decir a través de los procesos por los cuales campesinos y otros interesados tomaban tierras, iniciaban juicios, y se movilizaban solicitando la afectación de los predios. Esto significa que la determinación de la función social de la propiedad pasa por la dinámica del conflicto y como es lógico, el resultado final dependerá de la correlación de fuerzas entre las partes, su capacidad de movilizar apoyos y alianzas políticas y las gestiones de intermediación legal.

Existe otra perspectiva que introduce la dimensión social de la propiedad y esta es la que se refiere a la zonificación del uso del suelo. En los sistemas consolidados de administración del territorio el goce que el propietario tiene sobre sus tierras está condicionado al cumplimiento de los parámetros de la zonificación vigente. Este instrumento tiene un enorme potencial para el manejo ambiental del territorio y puede combinarse con sistemas tributarios que estimulen determinados usos del suelo. En el

caso del Ecuador los esfuerzos por constituir sistemas de regulación del uso del suelo agrario han sido enormemente fragmentarios e incipientes. Una de esas formas fue la declaración de zonas de patrimonio forestal del estado, las mismas que supuestamente estaban destinadas exclusivamente a la explotación forestal sustentable. Este propósito no ha sido cumplido en prácticamente ninguno de los bloques reservados a este fin.

Este repaso analítico no se completa, si no consideramos la discusión profunda que divide la conceptualización de función social desde el razonamiento jurídico y que puede enunciarse así: a) el derecho de propiedad tiene una función social; y b) el derecho de propiedad es en si una función social. Este debate, que nace con Duguit,

“(…) desató amplia polémica ya que personas sobresalientes de la vida política sostuvieron que ello conducía al desconocimiento mismo del derecho, aduciendo que la utilización del verbo ser en lugar del verbo tener (...) llevaba a una socialización sin límites de la propiedad privada”¹⁷.

Como podemos observar, el punto central es la consideración o no, del derecho de propiedad como un derecho subjetivo, lo cual a decir de Duguit no es suficiente para explicar el rol que frente a la sociedad tiene este derecho y su titular. Así autores como Eugenia Ponce de León, interpretando a Duguit, señala que el propietario

“... lejos de ser el árbitro exclusivo y libérrimo del destino de sus bienes (...) pasa a convertirse en un funcionario, en el sentido que tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que ocupa en ella. De ahí que pueda llegar a firmarse que la propiedad no es el derecho subjetivo del propietario, sino la función social del tenedor de la riqueza”.¹⁸

La misma autora nos presenta un ejemplo de una posición doctrinaria discordante, la del autor colombiano Ernesto Peña Quiñónez, quien al hablar sobre la inclusión de esta figura en la Constitución Colombiana de 1938 señala que

¹⁷ Comentario realizado por Eugenia Ponce de León, Régimen Constitucional de la Propiedad, en *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, 2 000, p.465.

¹⁸ Op. cit. p. 466.

“... el significado de la reforma (...) no fue pretender hacer de cada propietario un funcionario social o público, ni a la propiedad como institución exclusiva del derecho público, sino someter el interés privado a la necesidad pública, estableciendo unas obligaciones de tipo social para cada propietario...”¹⁹

Como podemos deducir, este “debate” es otro de los tantos inacabados en lo que al derecho de propiedad se refiere. La función social (si el derecho de propiedad la “tiene” o si “es” una función social) dependerá y se enmarca en las concepciones que se consideren como principios programáticos, rectores de la normativa y del Estado al cual pertenezcan, al momento de elaborar tanto los documentos constitucionales como la legislación secundaria

El siguiente aspecto doctrinal adicional que no podemos dejar de abordar, y que será más ampliamente revisado en los capítulos IV y V de esta investigación, es el que nace de una vertiente que poco a poco va tomando forma en la doctrina jurídica a nivel de Latinoamérica, y que nos habla ya no sólo de la “función social” sino de una “función ecológica” de la propiedad.

El proceso al cual nos referimos se vincula con una larga historia institucional latinoamericana que tiene repercusiones sobre el medio ambiente y que ha sido documentada, por ejemplo, por Reynaldo Muñoz Cabrera. En su artículo “La función social y ecológica de la propiedad”²⁰, hace un recuento desde la conquista hasta la época republicana en Colombia, de las formas que existieron para regular el acceso, el uso y la propiedad de la tierra, en las diferentes etapas históricas y según los regímenes dominantes.

Respecto al concepto jurídico mismo de la “función ecológica de la propiedad”, nonos ha sido posible encontrar una doctrina armada, y esto tiene bastante sentido y explicación. El término “ecológico”, según el Diccionario de la Real Academia de la

¹⁹ Op. cit. Referencia a la obra de Ernesto Peña Quiñones. *El Derecho de Bienes*, Bogotá, 1995, p. 523.

²⁰ Reynaldo Muñoz Cabrera, La función social y ecológica de la propiedad, en *Lecturas sobre el Medio Ambiente*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000, pp.76 yss.

Lengua, se enuncia como *relativo a la ecología*, y entre las acepciones de ecología está la de *(d)efensa y protección de la naturaleza y del medio ambiente*.²¹

Es en el ámbito de la Biología donde más se habla de la “función ecológica” de los diferentes elementos de un ecosistema, pudiendo entenderse como el conjunto de procesos a través de los cuales se mantiene un flujo de energía y de nutrientes y que incluye la evolución de mecanismos de regulación de estos procesos

La dinámica propia del mundo natural relativa al flujo de energía y materia, y la organización de estos flujos, no puede ser objeto de regulación jurídica de manera inmediata, puesto que los procesos ecológicos son esencialmente de interacción entre componentes de muy diversas escalas del mundo natural. No podemos establecer derechos sobre los ecosistemas, a pesar de que sí podamos hacerlo respecto a componentes de ellos.

De esta relación surge una dimensión adicional y es que la forma en que se usen esos componentes del ecosistema sobre los cuales sí es posible establecer derechos²², tendrá repercusiones sobre procesos mayores a los cuales podemos reconocerles una dimensión ecológica. Por ejemplo, el uso forestal de un predio repercute favorablemente en la retención de suelos, evapo-transpiración, manejo de cuencas, conservación de la biodiversidad, etc. Es a ésta repercusión que busca referirse la idea de la “función ecológica” de la propiedad. Este efecto puede ser pensado de manera analógica a las consecuencias sociales de los diversos usos del suelo; es por ello que a veces se piensa que la función ecológica no es más que una extensión de la función social de la propiedad.

Para concluir, podemos señalar los siguientes elementos:

²¹ Página web: www.rae.es

²² Como sabemos, la idea de establecer derechos va ligada a una serie de características, como son la de uso exclusivo/exclusión a los otros en el uso, posibilidad de enajenar, disponer, entre otras

- El término “función ecológica de la propiedad” es relativamente nuevo. Se halla expresamente consagrado sólo en una Constitución de América Latina (la de Colombia)

- La “función ecológica de la propiedad”, como figura autónoma, no es una construcción propia del Derecho. Su más remoto origen lo encontramos en la idea de protección y defensa del medio ambiente, lo cual va ligado al concepto mismo de ecología.

- Es por esto que la elaboración doctrinaria del concepto de “función ecológica” asociado a una figura del derecho como tal, es una tarea pendiente. Cabe aquí preguntar cuál podría ser el rumbo más adecuado para iniciar esta construcción, ya que la misma puede hacerse desde consideraciones que subjetivizan a la naturaleza y sus componentes, o desde posiciones más moderadas, comprendiendo al entorno como parte de los bienes sobre los cuales los seres humanos tenemos derechos.

2.3. EL DERECHO DE LA PROPIEDAD DESDE SUS ORÍGENES HASTA LA ACTUALIDAD, UN BREVE REPASO HISTÓRICO.

Para realizar un breve recorrido histórico del tratamiento que en las diferentes épocas se ha dado a la propiedad, debemos partir desde las referencias más remotas con las que hoy contamos. Vemos entonces que en un primer momento, en la época primitiva, debido a la existencia de poblaciones nómadas -que no concebían la idea de ciudades o asentamientos permanentes-, es difícil hablar de propiedad sobre la tierra. Existe un aprovechamiento –uso- de sus bienes, pero es temporal, pasajero. No obstante, la propiedad se individualiza respecto de otro tipo de bienes (las armas, los vestidos, los adornos), pero dicha individualización es muy sutil y predomina la visión de un comunitarismo, concentrado *sea en el grupo familiar extenso o en el organismo familiar reducido.*

En la transición entre el nomadismo, la caza y el pastoreo hacia pueblos básicamente agricultores, comienzan a aparecer las primeras formas de propiedad de la

tierra. Entonces, las dos formas en que la propiedad de inmuebles se hace palpable son, de una parte, referidas a la propiedad del grupo humano, de la “población”, sin diferenciar las distintas familias; y, de otro lado, la propiedad del núcleo familiar propiamente dicho. Más allá de esta distinción, no existe una propiedad individual sobre las tierras. Por tanto, en esta época, hablaremos siempre de propiedad colectiva o común.

Revisemos entonces la época romana. Si bien existen varios criterios entre los romanistas sobre cual fue la naturaleza de la propiedad que Roma conoció, al parecer en un principio surgió una pequeña propiedad privada, que abarcaba únicamente los bienes de carácter familiar y estuvo *concentrada materialmente en un lindero territorial corto (huerto familiar) y circunscrita a las cosas muebles (familia pecuniaque, esclavos y ganado)*.²³ La tierra restante continuaba utilizándose de forma colectiva, como en la edad primitiva; se piensa que es a partir de esta pequeña propiedad que comienza la expansión de la propiedad privada individual.

No obstante, es indiscutible que a partir de las XII Tablas, la propiedad aparece individualizada por completo y diferenciada para los ciudadanos romanos *–ius civile-* y para el “resto del mundo” *–ius gentium-*. Al hablar de los ciudadanos, la propiedad era un derecho exclusivo de los romanos libres y no podía recaer sobre los bienes de la provincia romana. Mientras que para los gentiles, se reservaba una especie de propiedad indirecta, protegida por el pretor (propiedad bonitaria)²⁴ y que no respondía a la concepción de derecho civil. Esta diferenciación desaparece por completo en la época

²³ Federico Puig Peña, Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II, Derechos Reales, 3ª edición, Ediciones Pirámide, Madrid, 1976, pp 54

²⁴ La propiedad bonitaria o pretoriana consistía en la transmisión de la cosa *res mancipi*, simplemente por tradición. No se requería el cumplimiento de formalidades del derecho civil *mancipatio* o *in iure cessio* y sin embargo producía todos sus efectos dicha tradición o entrega material del bien. Jugo un papel muy importante en la constitución de este tipo de propiedad el pretor, quien “desformalizó” la venta, excluyéndola de las formas solemnes del Derecho Civil. Por tanto, el propietario bonitario era el que tenía la posesión y todos los atributos de la propiedad, derecho de servirse de la cosa y obtener sus frutos, pero a los ojos del derecho civil no era propietario, no podía emplear los modos de enajenación “mancipatio”, “in iure cessio” o legado “per vindicationem”; solo podía usar el “traditio” y si manumitía al esclavo de quien solo era propietario bonitario, hacía de él un latino juniano y no ciudadano romano. Concluimos pues que la propiedad bonitaria se configuraba cuando faltaba alguno de los requisitos exigidos por el derecho civil, y, con el paso del tiempo y por medio de la figura de la usucapión (para nuestra legislación, la prescripción adquisitiva) se podía convertir en propiedad quiritaria –completa-.

de Justiniano, quien unifica el régimen en base al derecho pretorio y, así, se concibe el inicio de la propiedad como actualmente la concebimos.

Durante al edad media, es marcada la influencia de las legislaciones bárbaras y de la organización feudal sobre el derecho de propiedad, sobretodo referido a bienes inmuebles –raíces. Existe una directa relación entre propiedad y soberanía, y se identifica a este derecho con el poder político de los reyes frente a los señores feudales. Es así que la tierra es cedida por el rey al señor feudal²⁵ quien, a su vez, al verse imposibilitado de cultivarla –más por razones socio-culturales– la “concesiona” a los vasallos, quienes a cambio debían pagar un canon que cubría tanto el “derecho” a vivir en esas tierras como el de “usarlas”, siempre y cuando se restituyan sus frutos al señor feudal.²⁶

Para la edad moderna, la propiedad arrastra su connotación político-social. Esto, se constituyó en un problema ha ser resuelto y para ello fue necesario quitarle su relación directa con la soberanía del mandatario, y su división práctica (entre el derecho del señor feudal y el del vasallo, más conocidos como dominio eminente y dominio útil). La solución se dio desde dos vertientes: para abolir el vínculo soberano, se abolió a la nobleza y se instituyó la monarquía absoluta; y para unificar a la propiedad, se reconoció poco a poco que el verdadero titular de la tierra era quien tenía el dominio útil sobre ella. Así, hasta llegar a la Revolución Francesa con la cual se exterminó los

²⁵ El rey, cede la tierra como si fuese suya, como un premio a los servicios de guerra prestados por el señor feudal.

²⁶ “El antiguo derecho de Francia –anterior a la revolución- conoció un sistema muy diferente de la propiedad romana, al menos en cuanto a la propiedad de los predios. En el régimen feudal, la tierra –con la excepción de los alodios- se concedía por el señor feudal, ya fuera a un noble (contrato de feudo), ya fuera a un pechero (contrato de censo). Por lo tanto, no es objeto, como en el derecho romano, de un derecho exclusivo, sino de varios derechos: el derecho del señor feudal (dominio directo o eminente), y el derecho del concesionario (dominio útil). El dominio útil lleva consigo el derecho de cultivar y el de recoger los frutos. La situación no es, sin embargo, la de arrendatario y arrendador: el concesionario no tenía un derecho real, sino un derecho personal. No era tampoco la de usufructuario y nudo propietario, porque el usufructo es un derecho temporal, mientras que la concesión se convirtió rápidamente en perpetua. El dominio eminente confiere al señor feudal el derecho a percibir un derecho de *laudemio* en caso de transmisión del bien a los herederos del concesionario o a un adquirente: y, cuando se trata de un censo, el derecho de percibir algunas pensiones. El titular del dominio útil y el del dominio eminente obtenían pues, tanto uno como el otro, algunas ventajas del fundo: pero ninguno de ellos obtenía todos los provechos unidos al derecho de la propiedad”. Mazeaud, *op.cit.*, pp.14.

últimos resquicios de propiedad feudal suprimiéndose las cargas que aun pesaban sobre los antiguos vasallos.²⁷

Como vemos, históricamente, el derecho de propiedad nos remonta hacia sus orígenes colectivos desde el clan y la tribu hasta llegar al derecho romano, que la considera un derecho absoluto; luego, el derecho francés, en el cual las prerrogativas sobre los inmuebles están referidas al dominio eminente y al dominio útil, con lo que evidenciamos que en un principio no era un derecho absoluto ni excluyente -hasta que se produjo la supresión del dominio eminente- lo que en un principio fue de todos, dentro del proceso de refinamiento, avance y jerarquización de los derechos terminó definiéndose como un derecho individual, personal.

Hoy este derecho, persigue objetivos que van desde su “socialización” hasta la justificación de la utilidad de las privatizaciones como salida al fenómeno del desgaste y agotamiento de los bienes. No se ha resuelto aun el debate sobre si la ubicación del derecho de propiedad es una cuestión de interés privado o público. Lo que la legislación nos muestra, son varias diferencias entre la propiedad privada, la propiedad pública y la propiedad colectiva, pero existen aún bienes sobre los cuales no llega a establecerse qué tipo de relación con su “sujeto” es la que ostenta (en términos de titular / bien), como el caso de los bienes públicos –un parque, por ejemplo- en el que el bien es propiedad de la colectividad, lo administra el estado, desde la autoridad competente, y es usado por un número pequeño de personas; o el de los conocimientos ancestrales, en los que no ha sido posible llegar a un acuerdo sobre a quien pertenecen efectivamente ni respecto de los ingresos, en términos económicos, que pueden generarse con su industrialización y puesta en el mercado. Parece ser que este proceso encuentra su lógica en la dimensión global de los recursos, en general, y en la satisfacción de necesidades cada vez más apremiantes y puntuales. El fenómeno de la apropiación y de la redistribución inequitativa de la riqueza encuentra en este ámbito un fuerte opositor: el interés colectivo, el bien común.

²⁷ Dichas cargas se referían a cánones vitalicios y perpetuos, que eran una especie de pago por la titularidad sobre la tierra adquirida y que fuera del señor feudal.

Continuando con este análisis, todos conocemos que las diferentes formas de propiedad generan obligaciones para con el Estado, principalmente de carácter tributario, con fundamento en el rol de protección y tutela que cumple la administración frente a sus administrados. En la medida en que el propietario se acoge a la protección del estado, éste le garantiza sus derechos, lo cual permite que en las relaciones de propiedad en concreto se puedan “excluir” a otras personas del ejercicio de las facultades y prerrogativas que lleva implícitas, lo cual va acompañado de la sanción para las diferentes formas de intromisión de terceros en el ejercicio del dominio. Nos encontramos, por tanto, frente a una relación caracterizada por la capacidad de excluir a los otros de la misma, para viabilizar el ejercicio pleno de un solo individuo; y esto es posible a través de la intervención del ente regulador de la sociedad, que asume el papel de garantizador de derechos.

Recordemos en este punto, el artículo de Garret Hardin –biólogo-, llamado “La tragedia de los comunes”.²⁸ En este texto, Hardin analiza la complejidad de la existencia de bienes que son de propiedad común, de todos, situación que, a su criterio, se convierte en una tragedia debido a que al no existir un titular o un ente regulador del uso de dichos bienes, los individuos que a ellos tienen acceso pueden utilizarlos indiscriminadamente hasta provocar su agotamiento e incluso extinción. Ante esta tragedia, el autor encuentra solo dos soluciones posibles: una, el empleo de recurso “éticos y morales” que logran detener y racionar las necesidades de los involucrados, siempre en función del bienestar de todos; y dos, la definición, ubicación e individualización de los derechos de propiedad, llegando a hablar de la privatización de los bienes para que puedan ser manejados, controlados y racionados por un único dueño.

Sin embargo, esta posición no tarda en ser rebatida, desde el lado de la economía. Otros autores reconocen que el problema al cual alude Hardin no es el de la propiedad común, sino el de la ausencia de propiedad y que, por tanto, lo mejor que puede hacerse para solucionarlo es reconocer que la propiedad de dichos bienes tiene que ser de todos, en un ambiente de reciprocidad y con normas claras. Hasta la fecha, no se ha podido llegar a una posición de consenso respecto de los bienes de propiedad

²⁸ Hardin, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, 1968, nº 162, p. 1243-1248.

común. Este es uno de los mas claros ejemplos de cómo los problemas y debates relacionados con la propiedad son actuales, permanentes y no han concluido²⁹.

Hoy, el redimensionamiento del derecho de propiedad continúa: cada vez más, los ordenamientos jurídicos a nivel mundial promocionan una propiedad universal, de todos, rescatándose así los valores del sentido comunitario de la originaria propiedad del clan: no obstante, en ciertos sectores de la doctrina se defiende aún el valor del derecho de propiedad como un derecho natural, innato, originario, anterior a la sociedad, cuyos componentes escapan del análisis sobre bien común o el interés colectivo. Estamos en un momento en que coexiste una perspectiva que ve en la privatización total la solución para incrementar la racionalidad del uso de los recursos naturales, mientras hay otras perspectivas que enfatizan la necesidad y la conveniencia de reforzar las perspectivas en torno a lo colectivo.

En los tiempos modernos, el más importante, más completo y más extendido de los derechos reales es el de propiedad, que concede un mayor número de prerrogativas a su titular. Frente a éste, existen otros derechos más restringidos, como el de uso o el de usufructo, los cuales están contenidos dentro del derecho de propiedad. Concomitantemente, la propiedad puede ser limitada, situación que evidencia la ruptura del carácter absoluto del derecho y de la inclusión de conceptos como los de bien común, interés colectivo y función social.

En este punto, resulta necesario destacar las restricciones –respecto del derecho de propiedad, en particular- responden a una lógica reguladora, que busca el equilibrio entre las prerrogativas y las obligaciones existentes para sus titulares. Dicha lógica equilibrante, se integra al fundamento de la existencia de una institución reguladora, como es el caso del Estado, el cual asume el rol de organizar y reglar de las relaciones e

²⁹ Este conflicto, no es otro que el que opuso en el siglo XIX al utilitarismo individualizante del pensamiento sobre todo anglosajón (Smith, Locke, Mill) por un lado y el otro, de tipo socialista encabezado por Marx, en el sentido opuesto

interacciones de los individuos y, por tanto, es de quien “emanan” tanto los derechos como las obligaciones.³⁰

En el ámbito del derecho de propiedad, esta intervención-regulación adquiere relevancia ya que cumple una importante función, que es la de reconocer la existencia de valores colectivos que no pueden verse sacrificados frente a los intereses individuales. El estado no solo se limita a determinar las condiciones del ejercicio y reconocimiento del derecho de propiedad, sino que inclusive toma parte en las relaciones humanas interviniendo, por ejemplo, como un propietario más cuyos bienes administra y usa en función de la satisfacción de necesidades básicas de sus miembros; o como un tercero dirimente y solucionador de conflictos; actúa además regulando la generación de riqueza, determinando las líneas o políticas dentro de las cuales se deben manejar los bienes que son de su propiedad y de propiedad colectiva o común y, finalmente, representando el interés de la sociedad frente al de cada uno de sus miembros.

Concluyendo, todas las corrientes tienden a reconocer una función social a la propiedad y propugnan porque se conforme en torno al interés general. Un caso extremo de esta perspectiva es Adam Smith según quien el bien de la comunidad se logra a través de la regulación del mercado, de la persecución que cada individuo realiza de su bien individual y egoísta.

2.4. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN EN EL SISTEMA ECUATORIANO

La institución de la propiedad en del derecho nacional, está recogida en normas constitucionales y secundarias. Revisaremos las principales, a continuación:

³⁰ Sin olvidar que, en el caso de ciertos derechos –como los derechos humanos o de primera generación– el rol que el Estado cumple no es el de creador o instaurador de los mismos, sino más bien de reconocedor y garantizador de su existencia; de ahí que se afirma que este especial tipo de derechos son anteriores al Estado y, por tanto, no necesitan de su reconocimiento formal para existir, estar garantizados y ser vinculantes.

2.4.1. Marco normativo

La Constitución Política vigente,³¹ trata sobre el tema de la propiedad al hablar de los derechos civiles, mencionando que:

“Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

...23. El derecho a la propiedad, en los términos que señala la ley;”

Posteriormente, en su artículo 30, enmarca a la propiedad dentro del grupo de los derechos económicos, sociales y culturales³² y le otorga tutela bajo las siguientes condiciones:

“La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía.

Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo.”

Además encontramos normas que hacen relación a la finalidad que el derecho de propiedad -respecto de bienes inmuebles, principalmente- debe cumplir. Tal es el caso del artículo 32, que menciona:

“Para hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley.”

Estas disposiciones dan el marco normativo general dentro del cual debe entenderse a la propiedad como un derecho humano, reconocido y garantizado

³¹ Este instrumento normativo ha sido catalogado como “de avanzada” en el tratamiento de las garantías respecto de los derechos humanos. Así, como principios generales reconoce: que el “mas alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos”, que los derechos que en ella se recogen, así como en instrumentos internacionales “... serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”, y que “las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”. Artículos 16 al 21.

³² También conocidos como derechos de tercera generación

constitucionalmente, vinculado a una “función social” –en la que debemos entender se incluye lo económico y, obviamente, lo ambiental- y que tiene como contrapeso la necesidad de que existan mecanismos que permitan tanto su protección como su limitación.

Sin estos supuesto básicos, no es posible hablar de propiedad en términos equitativos; la protección constitucional a este derecho tiene sentido en la medida en que lo que verdaderamente se está protegiendo es a los sujetos que la ostentan –a quienes llamamos titulares o propietarios- y sus relaciones con los demás sujetos “no titulares”; si dejamos a la voluntad individual de los dueños el regular sus relaciones frente a “terceros”, caeríamos en arbitrariedades y abusos por parte de aquellos. Todo esto da sentido al rol fundamental que el Estado desempeña como rector de las conductas de sus ciudadanos.

Siguiendo la jerarquía normativa de la pirámide kelseniana, dentro de la legislación secundaria el cuerpo normativo nacional que define al derecho de propiedad y a la posesión es, por excelencia, el Código Civil.

Tenemos que en su artículo 618 señala:

“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar, y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.”³³

De otra parte, al referirse a la posesión, este Código la describe como

“...la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre.

³³ Un ejemplo de esta “división” de la propiedad, lo tenemos en el caso de la constitución de usufructos, figura por la que el propietario se ve impedido de disfrutar de su bien, pero mantiene la facultad de enajenarlo, debiendo en caso de transmisión entregar dicho bien al nuevo propietario pero manteniéndose el gravamen –usufructo- antes constituido.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo”³⁴.

No pretendemos profundizar en el estudio dogmático de la posesión, no obstante de estos conceptos, podemos desprender algunos aspectos de importancia dentro de esta investigación, a saber:

- Para el Código Civil, los elementos de la posesión –y no necesariamente del dominio- son dos; por una parte el animo de señor y dueño (elemento subjetivo-*animus*) y por otra la tenencia material de la cosa (elemento objetivo-*corpus*). Sin estos dos componentes, no podemos hablar de posesión sino únicamente de mera tenencia.³⁵ Esto, trae un problema considerable, que es el de probar el *animus*, de lo cual no puede existir un registro material plenamente objetivo; pero, esto a su vez es una ventaja para el poseedor que tiene el bien, ya que al estar *en su poder* se le exime de la prueba física de la posesión, porque se presume el dominio del bien –teniendo como respaldo la presunción de existencia del elemento subjetivo-; en estas circunstancias, el propietario se encuentra en “desventaja” ya que tiene que probar su dominio, puesto que el *corpus* podría estar en manos de persona distinta de él.
- La distinción entre la propiedad y la posesión se reduce a una “*antitesis entre el hecho y el derecho*”³⁶ en tanto la primera tiene un estatus normativo-legal definido y, la segunda –al estar contenida en la propiedad- no es sino una exteriorización material de las facultades que un propietario puede tener.
- Al parecer, lo que diferencia a la propiedad de la posesión es una suerte de lo “más” frente a lo “menos”, esto es, en la medida en que una persona es dueño, puede poseer un bien, pero no necesariamente lo

³⁴ Artículo 734 del Código Civil.

³⁵ La mera tenencia implica la posesión física de un bien, pero reconociendo la existencia de un dueño, a nombre de quien se lo maneja, trabaja o cuida. Artículo 748 del Código Civil

³⁶ Claro Solar, op. cit., pp. 414.

contrario. Dicho de otra manera, la propiedad implica todas aquellas “acciones eficaces” que el propietario puede realizar, con sus respectivos efectos jurídicos; mientras que la posesión si bien le permite al poseedor ciertas de dichas acciones, no todas surten los mismos efectos que si las realizara el propietario, o incluso algunas pueden luego de “surtir efectos” ser revertidas.

- La posesión, tal y como la comprende el sistema ecuatoriano, es un hecho, es decir, una situación *de facto*, una apariencia de dominio que, sin embargo, está amparada por las normas y la convierte en una situación bastante favorable, frente a la del propietario.
- Consecuentemente, la posesión es un simple poder material, esto es, una relación entre un sujeto y una cosa.
- La posesión es siempre “a nombre propio”, cosa que no ocurre con la mera tenencia,³⁷ que implica el reconocimiento de otra persona, el uso de los bienes “a nombre ajeno” o, lo que es lo mismo, reconociendo dominio ajeno.
- El rol del Estado es importante tanto como protector y garantizador de la propiedad como limitador de la misma. Así, es el Estado quien a través de sus leyes pueden imponer restricciones o limitaciones al goce pleno del derecho de propiedad. Todo esto, con fundamento en la necesidad de regular, mas que la relación sujeto-bienes, la convivencia armónica entre los distintos sujetos en la sociedad, de tal modo que los derechos de uno no se superpongan u opongan a los de los demás individuos.

Luego de revisar estas disposiciones legales y analizarlas, en su contexto, nos encontramos entonces con un régimen que conceptualiza a la propiedad como un derecho, respecto del cual se identifica por un lado un componente subjetivo (titular) y por otro uno objetivo (bien); a estos dos los une un vínculo jurídico que es al mismo tiempo protegido, garantizado y susceptible de limitaciones y restricciones.

³⁷ Ver nota 28. Artículo 748 del Código Civil.

La forma en que el Estado —que ostenta la calidad de protector y garantizador— puede limitar o restringir este derecho, está en función de la existencia de intereses que rebasan la esfera privada de los individuos y determina su conducta en sociedad.

2.4.2. Restricciones al derecho de la propiedad

Desde sus inicios, las restricciones jurídicas al derecho de propiedad vinieron dadas en función del exceso —en el uso y explotación, y no necesariamente en términos ambientales— de los bienes de la naturaleza (recursos, suelo, agua, cultivos y ganado) y de la garantía de protección que el Estado otorga a la propiedad privada.³⁸

Al partir del concepto de propiedad, vemos que las restricciones se aplican respecto de la utilización del bien, que afectan las facultades propias del dominio³⁹ (esto es el uso, usufructo o habitación, o la disponibilidad de enajenarlo). En la práctica, dichas limitaciones son de varias clases (en función del objeto, de las facultades, de la finalidad, etc.) y ‘afectan’ a distintos aspectos de la propiedad, incluso pueden ser no sólo individuales, sino también colectivas —así, por ejemplo en casos de servidumbres de acueducto—, siempre y cuando se respeten los principios generales del derecho.

Figuran como las restricciones al dominio más comunes: la constitución de usufructos y de servidumbres, la propiedad fiduciaria y las limitaciones de tipo administrativo y en función de la utilidad pública, entre las cuales está, por ejemplo, la zonificación y el ordenamiento territorial⁴⁰.

³⁸ Así, la Constitución ecuatoriana, en su artículo 30, señala que (la) propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía”.

³⁹ La doctrina incluso ha llegado a hablar de *dominio imperfecto* cuando alguna de sus facultades propias se ven limitadas, gravadas o restringidas. Véase Adroque, Manuel, *El derecho de propiedad en la actualidad. Introducción a sus nuevas expresiones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

⁴⁰ Un antecedente interesante —y el primero del que se tiene historia en América— de las formas de limitación de tipo administrativo, con fines de conservación, constituye la Endangered Species Act, de 1973, ley norteamericana por la que se reconoció el valor ambiental, científico, técnico, económico y educativo de ciertas especies y hábitats de vida silvestre, y se determinó una serie de acciones para protegerlos, como la adquisición y destino de tierras para conservación, se limitó el comercio, caza, venta, importación, exportación, transporte y oferta de estas especies, se regularizó las relaciones interestatales para la ejecución de actividades científicas, se dio normas para el manejo de especies en cautiverio, entre otros aspectos importantes. Esta normativa contiene además definiciones a ser utilizadas a efectos de su aplicación, y sanciones civiles y pecuniarias para su incumplimiento.

Las servidumbres ambientales en concreto han sido utilizadas con cierta expectativa, como un mecanismo para garantizar la permanencia de los servicios ambientales de ciertas propiedades. En rigor, no son sino la aplicación de las servidumbres comunes del derecho civil a las que se ha agregado una connotación de carácter ambiental. Para su constitución es igualmente necesario un acto de voluntad tanto del propietario del previo que se obliga como del que se beneficia de la servidumbre. Podríamos pensar que el beneficio en el caso de servidumbres ecológicas no está limitado al de quien lo recibe directamente, sino que se extiende como los procesos ecológicos de manera difusa. Por todo esto, es correcto afirmar que constituyen además un mecanismo de conservación privada.

En este punto, podemos al tema estrictamente jurídico sumarle el económico:⁴¹ se pueden establecer límites a la propiedad, siempre y cuando tengan como contrapartida una retribución cuantificable, para lo cual es indispensable fomentar y utilizar metodologías de valoración, aplicables tanto para recursos como para servicios ambientales. Incluso, conviene señalar que, para el caso de restricciones al derecho de propiedad disociadas de preocupaciones ambientales, el legislador ha ideado “fórmulas” útiles para dar un valor a la incomodidad que dicha limitación causa efectivamente al propietario; así, para cuantificar el costo de una servidumbre, lo que se acostumbra es medir la extensión del terreno a ser “cedido” y, en base a los avalúos catastral y comercial del bien, se paga al dueño por la parte proporcional del terreno afectado.

Similar solución se ha dado para los casos de expropiaciones. En efecto, cuando hay alguna razón superior por la cual una persona es privada de su derecho de propiedad se supone que el estado en representación del conjunto de los ciudadanos debe resarcir al propietario por el perjuicio que se le causa al menoscabar su derecho de propiedad. Esta lógica, sin embargo, se ha cumplido en el Ecuador de una manera muy deformada. La primera causal de ésta es que el sistema de avalúo y por lo tanto de tributación de los predios rústicos está a una apreciable distancia de los precios de mercado, por lo cual

⁴¹ No hay que olvidar que más de un autor ubica a la indeterminación de los derechos de propiedad como una *externalidad* negativa, dentro de la lógica económica.

los valores pagados por concepto de expropiación son muy bajos. A esto hay que agregar que los procedimientos legales son largos y engorrosos y que con frecuencia el estado no dispone de los recursos para pagar expropiaciones. El caso más extremo de este problema lo vemos en la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales⁴² la cual prevé que los predios de propiedad privada que se incluyan en áreas protegidas estatales serán expropiados con el respectivo pago. Hasta el día de hoy no se ha expropiado ningún predio de esta calidad.

Cierto es que no existe hasta la fecha uniformidad en el tratamiento de lo que a aplicación de valores monetarios y su equivalencia en intangibles se refiere, pero por lo mismo hay que comenzar a hacerlo;⁴³ existen algunos instrumentos específicos, como por ejemplo formas contractuales cuya eficacia ya ha sido comprobada, tratados y convenios internacionales, normativas y directrices regionales, entre otros, que podrían dar luces a la institucionalización de mecanismos en los que se privilegien las características propias de los diversos ecosistemas al momento de cuantificar su costo, en dinero. Y todo esto a efectos de realizar ‘negociaciones’ que puedan convertirse en incentivos para la conservación y de crear tasas que sean susceptibles de cobro a los usuarios de los bienes conservados y servicios otorgados.

2.4.3. Limitaciones al dominio y sus posible componentes

Previo a analizar la situación de los límites al dominio y su eminente utilidad como herramientas de conservación, señalemos ciertos puntos importantes: Uno, al hablar de estas restricciones, no hay que olvidar que están siempre en relación con las ‘facultades’ a las que el dominio concede derechos, y no otras, y esto porque en este campo nos encontraremos con más de un caso de limitación en función de derechos reales que, como es sabido, sólo pueden ser concedidos en razón de la norma expresa

⁴² Art. 73.- “Las tierras y recursos naturales de propiedad privada comprendidos dentro de los límites de áreas naturales serán expropiados o revertirán al dominio del estado de acuerdo con las leyes de la materia”

⁴³ Xavier Izco, et.al., Caja de herramientas para valoración ambiental de ecosistemas forestales, UICN, Quito, 2002.

que los determina.⁴⁴ Dos, las limitaciones no sólo nacen de actos de autoridad, sino que también pueden provenir de actos privados; otra cosa diferente es que, dada su naturaleza, adquieran relevancia y puedan llegar a catalogarse como de orden público, como en algún momento se entendió al cumplimiento de la finalidad social de la tierra. Por último, es necesario que estas limitaciones sean publicitadas, a efectos de definir su oponibilidad frente a terceros para afianzar su eficacia y descartar el desconocimiento frente a la posibilidad de actos o hechos que las vulneren.

Desde esta visión, un tema importante es el de la definición de derechos de propiedad. Así, en el noroccidente de Pichincha, los casos de conflictos por derechos sobre los diferentes predios son abundantes, debido a que en la gran mayoría de ellos perviven e incluso conviven propietarios, poseedores y tenedores; una de las consecuencias de esto constituye la imposibilidad de utilizar dichos derechos como herramientas reguladoras del posible mercado ambiental que en la región pudiera iniciarse.⁴⁵ Si en principio la facultad de limitar el dominio está en manos del propietario, al ocurrir que su derecho esta siendo disputado por otra persona, no se puede ejercer plenamente dicha prerrogativa, ya que no existe la certeza respecto de los resultados que, finalizados los conflictos, se logren. La seguridad jurídica y la definición de hechos y derechos es indispensable si se quiere operar limitaciones a la propiedad que surjan desde la iniciativa o voluntad privada: sin esta seguridad jurídica, no se puede “negociar” o “pactar” en igualdad de condiciones y por tanto el potencial mercado ambiental no cuenta con las garantías básicas para su desarrollo y expansión.

Adentrándonos un poco en lo que a limitaciones del dominio se refiere, vemos que desde la perspectiva del derecho ambiental éstas tienen sentido siempre en función de un objetivo de conservación o de provisión de bienes y servicios ambientales. Para ello resultan muy útiles las herramientas que la valoración ambiental nos proporciona, a fin de determinar la manera eficiente de intervenir sobre el dominio para que las acciones sean adecuadas y coordinadas con fines de conservación, teniendo en cuenta

⁴⁴ Es por demás conocido el principio *numerus clausus* en lo que a derechos reales se refiere y que significa, que no existen mas derechos reales que aquellos expresamente señalados por la ley.

⁴⁵ Bruce Mitchell,, *La gestión de recursos y del medio ambiente*, versión española de Gómez D. y Gasco G., Editorial Mundi-Prensa, Madrid, 1999.

que los bosques, y en general todo ecosistema, no sólo están compuestos por árboles, sino que incluyen una extensa gama de recursos de la naturaleza.⁴⁶ Pero, todo lo anteriormente dicho carece de sentido si, el derecho de propiedad como tal, no está claramente definido en la práctica, y lo que usualmente existe es una “ausencia de propiedad”, situación en la que resulta imposible hablar de limitación al dominio. Esto justifica una vez más la importancia que la definición de los derechos de propiedad tiene, pues con la certeza jurídica de que existe un bien determinado, un propietario “responsable” de ese bien, y un conjunto de derechos y deberes del propietario, es posible intervenir sobre dicha propiedad, sea a través de figuras contractuales tradicionales o modernas, o combinándolas de modo que se logren materializar herramientas eficaces que desde el derecho coadyuven a la conservación de la naturaleza y sus recursos, teniendo como punto de partida la iniciativa privada.

Atendiendo a los conflictos que existen relacionados con la tenencia y propiedad de la tierra, y que se traducen en numerosos impedimentos para actuar ‘soberanamente’ respecto de un determinado predio, ¿no podríamos afirmar que la posesión en sí es también una limitación al dominio? De hecho, cuando se inicia algún tipo de acción de carácter judicial vinculada, sea con temas de propiedad o posesión, entre las medidas cautelares iniciales que van a ser solicitadas se cuenta como la principal la prohibición de enajenar —en el caso de bienes inmuebles— o el secuestro —si se tratan de bienes muebles—. Esta prohibición de enajenar es la materialización del límite que la calidad de poseedor puede imponer a las facultades del propietario, hasta que se resuelva el tema de la eventualidad que la posesión significa frente a una propiedad futura.

2.4.4. La figura de la posesión como una limitación al dominio

Etimológicamente, el término *posesión* se hace derivar las voces *possessio* de sedes, asiento, y de *posse*, poder; en consecuencia, *possidere* es *posse sedere*, poder sentarse, es decir, una clara alusión al elemento fáctico de la posesión: La posesión es según esto cierta relación exterior entre una persona y una cosa, que consiste en hallarse establecida sobre una cosa, en ocupar una cosa; de modo que la noción de posesión se

⁴⁶ Conesa, *op. cit.*

ha referido en su origen primeramente a los inmuebles con respecto a los cuales conserva aún su mayor importancia, puesto que las acciones con las que se protege la posesión sólo se refieren a la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos. Quizá esto explica que los jurisconsultos romanos utilizaren este término muy vinculado al de la propiedad, incluso llegando a confundírseles, así se habla de posesiones territoriales cuando se trata de propiedad de inmuebles.⁴⁷

Sabemos, además, que la posesión es el antecedente necesario para adquirir o perfeccionar la propiedad, por vía de la ocupación, de la tradición y de la prescripción o usucapión, y existe independientemente de su ‘resultado’ (o sea, el dominio o propiedad).

Adicionalmente, se sabe que lo que hace diferentes a la propiedad y la posesión “se reduce a una antítesis entre el hecho y el derecho”. La propiedad entraña en su naturaleza el ser un poder legal; la posesión, en cambio, es la acción real, “la exterioridad de la propiedad, el poder de hecho que corresponde a la propiedad como estado de derecho”, que no hay que confundir con el poder de hecho, el poder físico.

Generalmente la propiedad y la posesión van asociadas —por lo antes descrito, pero ocurren casos en los que su disociación modifica el contenido del dominio. Existe protección judicial de la posesión mientras no se pruebe la propiedad, e incluso con la prueba mencionada se cuida en función de su utilidad como mecanismo para adquirir la propiedad.

La posesión lleva implícitos dos elementos: el uno corporal (*corpus o factum*), la tenencia de la cosa, y el otro intelectual (*animus domini, animus rem sibi habendi* o simplemente *animus*), el ánimo de señor o dueño. Estos dos elementos deben coexistir para hablar de posesión. Caso contrario, nos encontramos frente a la figura de la mera tenencia. Si bien tenencia y posesión pueden identificarse por la ‘apariencia’ del dominio, lo que las aleja es el elemento subjetivo, la ausencia o presencia del reconocimiento del dominio ajeno y la actitud de dominio propio. Aunque es cierto que

47 Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, pp. 96.

sobre este punto en particular la doctrina tiene más de una posición,⁴⁸ en ello encontramos la justificación a la actitud protectora de la posesión, establecida en la ley: lo que se protege es la propiedad en verdad, bajo la presunción de que quien tiene una cosa en su poder es dueño de ella *hasta que se pruebe lo contrario*. De esto Jhering expresa que “todas las prerrogativas y protecciones de la posesión deben entenderse como dirigidas a la protección de la propiedad que aquella representa”.⁴⁹

Al parecer, existe todo un sistema protectorio de la posesión paralelo al de la propiedad. ¿Por qué no considerarla o elevarla al carácter jurídico de derecho? Quizá, porque la misma cultura inmobiliaria de los sistemas jurídicos derivados del derecho francés nos impide abrirnos hacia esa posibilidad; el reconocer que la posesión es un derecho, resultaría un tanto trastornante para conceptos como el de meras expectativas y derechos eventuales, los que necesariamente adquieren connotación diferente si decimos que el poseedor, en cuanto tal “tiene derechos posesorios” sobre su predio. Los derechos reciben tutela y protección por sí mismos; la posesión dejaría de ser la sombra o mejor dicho la proyección de la propiedad, y con su autonomía podríamos hablar ya no de un hecho que genera derechos, sino de un derecho amparado legítimamente. De otra parte, al brindarse igual o similar grado de protección a la propiedad y a la posesión, se trata de equilibrar la situación entre el propietario y el poseedor; en cambio, si se asciende a categoría jurídica de derecho a la posesión, quien se vería directamente afectado pro ello es el propietario, puesto que la posesión es definitivamente mucho más protegida y tutelada por el ordenamiento jurídico, lo cual deviene de su naturaleza de hecho, y de que cada una representa categorías opuestas por principio. Esta equiparación de categoría, nos llevaría solo a una disminución de las garantías del propietario frente al poseedor, lo cual deviene en un trato desigual e inequitativo que no se justifica en un sistema como en nuestro.

⁴⁸ Así, es sabido que el sistema de Savigny hace de la voluntad el elemento determinante y soberano de la posesión, lo que le ha valido el nombre de teoría subjetiva, que ha sido dominante en la doctrina y en la legislación en el último siglo, y que se ha constituido en el sistema clásico. Esta escuela ha sido criticada por Jhering, quien dice que es absolutamente falsa ante el espíritu y el texto de las leyes, oponiéndose a Savigny con un sistema distinto —teoría objetiva— que enuncia: cuando hay posesión, basta establecer la existencia exterior de la relación posesoria (el corpus), la cual como tal implica el *animus*, es decir, la conciencia del acto, agrega además que es peligroso descomponer en dos elementos a la posesión, cuando éstos son mutuamente necesarios. Lo más actual es considerar a toda relación posesoria como una posesión propiamente dicha, y la detención o mera tenencia como una institución excepcional.

⁴⁹ Jhering, citado por Claro Solar, op. cit. pp. 112.

Esta posibilidad de convertir a la posesión en un derecho, no ha sido –en la historia del derecho nacional- colocada en el debate. Esto pudo haber sucedido porque siendo tan “obvio” el carácter predominante de la propiedad como derecho y de la posesión como hecho, no ha sido imaginable el elevar al hecho a la categoría de derecho. Sin embargo, es pertinente preguntarnos si efectivamente debe dejarse de lado esta opción o si, sería necesario, formularla en términos no de un “institucionalización” de la posesión, pero sí de una reforma a su concepto y alcances legales y materiales. Si bien a primera vista, la equiparación de ambos conceptos aparece como algo “extraño”, podría analizarse desde la perspectiva de ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el caso de Costa Rica, en el que se le ha dado el valor de derecho a la posesión, para con un estudio comparado de legislación comprender la lógica del cambio y la utilidad o no del mismo, para nuestra realidad nacional.

2.4.5. La propiedad y la posesión en el derecho agrario

Tanto la propiedad –en cuanto derecho- como la posesión, han sido tratadas por la normativa agraria del país. Es interesante el fundamento que el legislador tuvo al momento de la expedición de las primeras leyes de la materia, lo cual marcó un hito en la legislación sobre las tierras rurales (predios rústicos) y el cumplimiento de su finalidad. Junto con esta aparición de las normas agrarias, se produce la ruptura legal del sistema absoluto y perpetuo de la propiedad, y se establece un límite fundamental, que va de la mano con la definición de la función que la propiedad –principalmente respecto de bienes inmuebles- debe cumplir.

A fin de llevar a cabo el cumplimiento de la denominada “función social” de la propiedad, en el año 1963, se expide en el Ecuador la “Ley de Reforma Agraria y Colonización”, cuerpo legal destinado a normar los diferentes procesos de “socialización de la tierra”, en tanto capital de trabajo y formas de manutención de las familias, principalmente campesinas de sectores rurales. Se inicia entonces en el país un proceso de “Reforma Agraria”, tendiente a reorganizar la propiedad sobre predios rústicos, no urbanos, con aptitudes para la agricultura, ganadería y uso de sus recursos naturales ya existentes, no sin antes reconocer lo perjudiciales que fueron,

principalmente para las clases indígenas y campesinas, la existencia de latifundios y de los llamados “huasipungos”, formas uso y explotación de la tierra que arrastraban en su manejo y administración situaciones que bien pueden ser calificadas de feudales.

Esta ley fue precedida de un periodo de intensos debates legislativos, que sin embargo no lograron culminar en la expedición de una ley. Fue necesaria una decisión de la dictadura militar del 62 para que se imponga esta Ley junto con otras reformas desarrolladas en ese entonces. Esta primera Ley se concentró en la abolición de las formas de trabajo precario.

Una vez en vigencia, pasa a formar parte de los esfuerzos progresistas de la política gubernamental imperante. La expedición de esta ley es considerada hasta la fecha uno de los hitos –político y social- importantes de su época.

Esta primera ley de Reforma Agraria, expedida el 11 de julio de 1964, se inscribe dentro de un proceso de modernización del agro serrano que se asoció a una tecnificación de la producción lechera y a una entrega voluntaria de huasipungos en un bajo porcentaje hasta ese entonces. Luego de la expedición de la ley, dicho proceso se generaliza. Un segundo componente de esta reforma agraria fue la entrega a los campesinos de las haciendas del estado, conocidas como “haciendas de la asistencia pública”⁵⁰.

El alcance fundamental de esta ley fue la demostración de que era posible transformar a la hacienda pre-capitalista basada en relaciones precaristas en unidades de producción modernas muchas de las cuales se especializaron en la producción lechera. Al mismo tiempo, la entrega de las tierras del estado buscaba desmovilizar al campesinado (ésta es la época de mayor desarrollo de la Federación Ecuatoriana de Indios - FEI, organización que lideró los movimientos campesinos en las haciendas estatales de Cayambe). Las haciendas privadas prácticamente no se vieron afectadas por la reforma agraria.

⁵⁰ Víctor Bretón, Capitalismo, reforma agraria y organización comunal en los Andes. Una introducción al caso ecuatoriano, Edicions de la Universitat de Lleida, Lleida, 1997, pp.59.

Una situación diferente se presenta en 1973, que tiene como principal modificación, sobre la anterior, un fuerte énfasis en lograr un adecuado nivel de explotación de los predios, estableciendo como una exigencia el que se cumplan los niveles de productividad fijados por el Ministerio de Agricultura.

La estructura de esta segunda Ley de Reforma Agraria (1973), en las partes que guardaban relación con el análisis en curso, la describiremos a continuación: el primer artículo de este cuerpo legal, nos permite un acercamiento hacia lo que se pretendió lograr con su puesta en vigor:

“Art. 1.- La Reforma Agraria constituye un proceso de cambio gradual y ordenado de la estructura agraria –en sus aspectos económico, cultural, social y político- por medio de operaciones planificadas de afectación y redistribución de la tierra, así como de los recursos de crédito, educación y tecnología, para alcanzar los siguientes objetivos: integración nacional, transformación de las condiciones de vida del campesinado, redistribución del ingreso agrícola y organización de un nuevo sistema social de empresa de mercado.”

En su artículo 2, la mencionada Ley ejemplifica las herramientas por medio de las cuales se lograría el cumplimiento del objetivo planteado por la Reforma Agraria, de la siguiente manera:

“Art. 2.- El proceso de Reforma Agraria se realizará por medio de la aplicación combinada de dos métodos:

El de organización nacional de un sistema de regiones, zonas y sectores de intervención prioritaria, en el que se concentren los procesos de afectación de tierras y los recursos de apoyo financieros y tecnológicos del Estado; y,

El de regulación estatal de la función social de la propiedad sobre la tierra.”

Se hablaba entonces de un ordenamiento territorial concomitante con la determinación de normas destinadas a regular el cumplimiento de la función social de propiedad, y en términos generales, de la tierra. Por citar un ejemplo de lo mencionado, ejemplo, el artículo 38 de la Ley, estableció que

“La afectación consiste en limitar total o parcialmente el derecho de propiedad sobre las tierras rústicas que no cumplan con la función social, con el fin de corregir los defectos de la actual estructura de tenencia y uso de la tierra, favorecer una mejor distribución del ingreso nacional, incorporar al proceso de desarrollo a los campesinos marginados y mejorar la eficiencia productiva de la tierra.”

Es importante mencionar además que se recoge como principio la responsabilidad del Estado, frente a la figura del cumplimiento de la función social⁵¹. La tutela del Estado resulta indispensable a efectos de verificar que los predios sean utilizados de forma que presten un beneficio real y directo a quienes están haciendo uso de ellos.

La ley menciona –además- algunas formas de incumplimiento de la función social de la tierra, ubicándose dentro de esta categoría las situaciones siguientes:

- Los predios están deficientemente explotados;
- No se conservan los recursos naturales renovables;
- No se mantiene la responsabilidad y administración directa del propietario de la explotación;
- Se produce acaparamiento en la tenencia de la tierra; y
- No se cumplen las leyes que regulan el trabajo agrícola.⁵²

Como vimos en líneas anteriores, uno de los “remedios” a este incumplimiento de la función social de la tierra, lo constituye la figura de la afectación, la cual podía verificarse por las siguientes vías: la expropiación, la reversión o la extinción del derecho de dominio. Para esto, se caracteriza a los predios susceptibles de expropiación, que son:

“Los deficientemente explotados;
Los que hubieren sido trabajados por precaristas durante tres años consecutivos por lo menos, hasta el 7 de septiembre de 1970, y aquellos de

⁵¹ Art. 39.- El derecho de propiedad sobre la tierra rústica que cumpla su función social, será garantizado por el Estado.

⁵² Artículo 40 de la Ley de Reforma Agraria.

los cuales los precaristas hubieren sido desalojados después del 7 de septiembre de 1967.

Los explotados en forma contraria a la vocación natural de los suelos...

Los predios para cuya explotación se empleen prácticas que atenten contra la conservación de los recursos naturales renovables”.

No obstante, y asumiendo que el legislador tuvo buenas intenciones, una de las formas en que éste comprendió se cumplía con la función social de la tierra, constituyó precisamente un incentivo a prácticas que finalmente atentaron contra el medio ambiente y los recursos naturales. Revisemos lo enunciado en la Ley de Reforma Agraria, al respecto:

“Art. 48.- Son reversibles los predios o la parte de ellos aptos para la explotación agropecuaria que se hubieren mantenido inexplorados por mas de dos años consecutivos. Se considerarán inexplorados los predios que no se hubieren incorporado efectivamente a la producción, así como las tierras cubiertas con vegetación natural no aprovechadas y los páramos que no hubieren sido debidamente utilizados en igual lapso.”

Dicho de otro modo, para que la propiedad sobre la tierra esté garantizada por el estado, sus ocupantes se encontraban obligados a trabajarla “eficientemente”. Esta figura se tornó perversa cuando se abrió paso a que con la demostración de los “trabajos” pudiera solicitarse la titulación y adjudicación de predios, para lo cual no se tomó en consideración la vocación de los suelos, y se optó por formas sencillas de “colonización” como son la siembra de monocultivos o cultivos de ciclo corto, ganadería, tala y aprovechamiento de madera, construcción de edificaciones, entre los mas comunes.

Estos son una serie de ejemplos que nos muestran claramente de qué forma el legislador conceptualizó y caracterizó el cumplimiento de la función social de la tierra; y cómo la interpretación de sus palabras llevó al extremo de afirmar que, con base en el

texto legal, se entendía como eficientemente explotados los predios en los que se realizaban actividades contaminantes y destructivas, como⁵³:

1. Empleo de fertilizantes, semillas y plaguicidas, en los niveles y calidades adecuados establecidos por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, de acuerdo a la naturaleza del suelo y a la rentabilidad del cultivo...”

Esta situación se agudiza con la creación de créditos especiales, dirigidos al trabajo de la tierra, y que son regulados por la Ley de Fomento y Desarrollo Agropecuario (1979), norma secundaria que cierra el círculo de la realidad que vivió el país durante los años de vigencia de la Reforma Agraria. Con el transcurso del tiempo, la realidad del país cambia, y es necesario redefinir los principios en base a los cuales el estado protege las actividades agrícolas y pecuarias.

Es así que en el año de 1994, son derogadas expresamente la Ley de Reforma Agraria, y la de Fomento Agropecuario –en las partes pertinentes, con la expedición de la Ley de Desarrollo Agrario, cuerpo legal que nace con una visión más integral, y en su articulado reconoce la riqueza natural del país y la necesidad de protegerla y conservarla. Es posible entonces afirmar que en la actualidad, el régimen agrario ha experimentado cambios sustanciales, y que si bien se mantiene la idea originaria de cumplimiento de la función social de la tierra, se reconoce que esta función social no se limita al ámbito de la productividad en términos económicos, y debe estar en armonía con la conservación y uso sostenible de los recursos naturales y el medio ambiente.

Un ejemplo de este cambio de enfoque nos lo da el artículo 32 de la Ley de Desarrollo Agrario,⁵⁴ el cual enuncia las causales por las cuales las tierras rústicas de dominio privado pueden ser expropiadas, entre ellas,

“b) Cuando para su explotación se empleen prácticas, incluyendo uso de tecnologías no aptas, que atenten gravemente contra la conservación de los recursos naturales renovables...”

⁵³ Artículo 82, Ley de Fomento y Desarrollo Agropecuario, RO. 792, 15 de marzo de 1979.

⁵⁴ La Ley de Desarrollo Agrario vigente, y fue expedida en el año 1994, y codificada en 1997.

c) Cuando las tierras aptas para la explotación agraria se hayan mantenido inexploradas por más de dos años consecutivos y siempre que no estuvieren en áreas protegidas, de reserva ecológica, constituyan bosques protectores o sufran inundaciones u otros casos fortuitos que hicieren imposible su cultivo o aprovechamiento;”

Es necesario recordar, que si bien existen modificaciones al régimen agrario de tratamiento de tierras rurales y rústicas, el actual Instituto Ecuatoriano de Desarrollo Agrario⁵⁵ -INDA-, es la entidad que tiene competencia y jurisdicción para tratar los asuntos vinculados con el cumplimiento de la Ley de Desarrollo Agrario. Entre sus atribuciones se cuenta, por ejemplo, el (...) *otorgar títulos de propiedad a las personas naturales o jurídicas que, estando en posesión de tierras rústicas y teniendo derecho a ellas, carecen de título de propiedad....*

Concomitantemente, entre las funciones del Director Ejecutivo del INDA⁵⁶, tenemos: otorgar títulos de propiedad de las tierras que estén en posesión de personas naturales o jurídicas que tengan derecho para ello; (...) tramitar (...) las denuncias de invasión o toma de tierras que le sean presentadas. entre las que son de nuestro interés.

Para cerrar el presente análisis normativo, revisemos que nuestra Constitución vigente, sobre este tema en particular, nos señala que:

“Art. 51.- El Estado garantizará la propiedad de la tierra, directa y eficazmente trabajada por su propietario. Debe crear la conveniente infraestructura para el fomento de la producción agropecuaria y estimular la empresa agrícola.

La política del Estado, en cuanto a la reforma agraria y a la estructura de la propiedad en el sector rural, tiene como objetivos el desarrollo económico, la elevación del nivel de vida y la redistribución de la riqueza y los ingresos.

Se proscribe el acaparamiento de la tierra y el latifundio. Se propenderá la integración de unidades de producción y a concentrarlas mediante la eliminación del minifundio. Se estimulara la producción comunitaria y cooperativa.

⁵⁵ Que es la institución que vino a ejercer las funciones antes asignadas al IERAC (Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización).

⁵⁶ Quien es la máxima autoridad del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario

Se organiza y fomenta la colonización, para ampliar la frontera agrícola y obtener el reasentamiento equilibrado de la población en el territorio nacional.”

En otro de sus artículos⁵⁷, la Carta política es aún más directa al referirse a la propiedad como derecho garantizado, y señala que

“El Estado garantiza la propiedad de la tierra conforme a lo establecido en los artículos 48 (267) y 51 (269) de la Constitución Política de la República.

El aprovechamiento y trabajo de la tierra puede hacerse en forma individual, familiar, cooperativa, asociativa, comunal, autogestionaria o societaria, mientras cumpla su función social.”

Complementando esta idea, el artículo 20 esboza una definición de función social de la tierra, caracterizándola de la siguiente manera:

“La tierra cumple su función social cuando esta en producción o explotación, se conservan adecuadamente los recursos naturales renovables y se brinda protección al ecosistema, se garantiza la alimentación para todos los ecuatorianos se generan excedentes para la exportación. La función social deberá traducirse en una elevación y redistribución de ingresos que permitan a toda la población compartir los beneficios de la riqueza y el desarrollo.”

El panorama normativo expuesto es claro. La propiedad como derecho está reconocida y garantizada. Está además limitada en tanto debe no sólo responder a la satisfacción de intereses individuales, y además se pone de manifiesto su nexo con la protección del medio ambiente y los recursos naturales. La variable ambiental sí forma parte de nuestra legislación positiva. Este panorama debe ser complementado con la revisión de las normas elaboradas específicamente en materia de bosques, asunto del cual nos ocuparemos en el próximo acápite.

⁵⁷ Artículo 19 de la Constitución Política del Ecuador.

CAPÍTULO III

LA LEGISLACIÓN DE LOS BOSQUES Y VEGETACIÓN PROTECTORES PRIVADOS EN EL ECUADOR, Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS VINCULADAS A LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Para dar inicio a la revisión de la legislación ambiental en el derecho ecuatoriano, que hace mención a la categoría de bosque y vegetación protectores, es necesario identificar los cuerpos normativos más relevantes y que se relacionan con este tema. Aclaremos además que esta revisión no podrá ser exhaustiva sino meramente enunciativa.

En primer lugar, tenemos a la Constitución Política vigente, que data de 1998, y habla en términos generales tanto de la propiedad como de la protección al medio ambiente. Una de las normas iniciales en que la Constitución hace mención al derecho de las personas a un ambiente sano, es el numeral 6 del artículo 23, relativo a los derechos civiles, cuyo texto es el siguiente:

“Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

(...) 6. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente.

Posteriormente, nuestra Constitución incluye una nueva “generación de derechos” en lo que a tutela ambiental se refiere. Así, en su capítulo V, correspondiente al de los derechos colectivos dice:

“Art. 86.- El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza.

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

La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país;

La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas.

El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales.”

En concordancia, en el artículo 87, la Constitución señala que la ley de la materia – ambiental - será la encargada de tipificar y determinar:

“... los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente.”

Una vez ubicado el marco general de nuestro estudio -para empatar el análisis de las normas civiles y ambientales- comencemos por revisar lo que la Carta Política dice sobre el derecho a la propiedad, en los siguientes artículos.

“Art. 30.- La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía.

Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y desarrollo.”

“Art. 32.- Para hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley.”

“Art. 33.- Para fines de orden social determinados en la ley, las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración,

pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación.”

Vemos que el legislador ha tratado de armonizar los intereses individuales y colectivos, determinando por una parte la protección constitucional de los derechos civiles y ambientales y, por otra, las limitaciones que para el ejercicio de los derechos – sean individuales o colectivos- deben existir. Este es el caso del derecho de propiedad. La norma constitucional lo reconoce y garantiza, pero no puede dejar su ejercicio al libre arbitrio de cada persona.

Por tanto, reconoce también que en la convivencia humana existen relaciones, interdependencias y, sobre todo, que las personas nos movemos en escenarios físicos, ecosistémicos, vinculados estrechamente con la naturaleza y sus recursos. En este punto es muy interesante -y de gran relevancia práctica- lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 23, que como pudimos observar instituye la facultad por vía de ley para el establecimiento de restricciones al *ejercicio de determinados derechos y libertades para proteger el medio ambiente*. Esta disposición permite que por vías legales se proceda a limitar las facultades de los titulares de derechos cuando el ejercicio de los mismos puede implicar una amenaza o daño al medio ambiente; esta situación se evidencia particularmente respecto del derecho de propiedad, ya que en su contenido es el que mayor número de facultades y prerrogativas concentra. Dichos “límites constitucionales” buscan que la legislación secundaria se adecue a sus preceptos y así no desconoce ni el interés colectivo, ni el interés particular.

Hay algunas situaciones establecidas por la Constitución que podrían repercutir sobre la forma en la cual se ejerce la propiedad, y por la que se establecen los bosques protectores privados. Por una parte, tenemos el artículo 238 de la Constitución señala la posibilidad que se establezcan regímenes especiales por razones demográficas o ambientales. No se señalan limitaciones específicas respecto a la propiedad, pero sí respecto a la libre circulación de personas. Creemos que este artículo forma una unidad con el siguiente, esto es el 239, que se refiere específicamente a Galápagos. Sin embargo, dado que las condiciones especiales a las que hacen mención ambos artículos apuntan al incremento de las precauciones ambientales, no creemos que disminuyen

sino mas bien potencian la relevancia del bosque protector privado como una herramienta de gestión del territorio.

En el artículo siguiente, el 240, se hace una referencia general a las consideraciones ambientales en la amazonía, por lo cual nos encontramos en un caso similar al anterior. Para terminar, el artículo 24 hace referencia a las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas que son todavía categorías muy poco definidas y conceptualizadas. Por ello creemos que lo más probable es que estas circunscripciones vayan teniendo formas y contenidos paralelos a las unidades de régimen seccional, y que su tratamiento evolucionará de la misma manera que lo que tratamos mas adelante respecto de los gobiernos seccionales.

En el ámbito de la normativa secundaria, la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, y el Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria (TULAS)¹ constituyen los cuerpos normativos fundamentales en el tratamiento de los bosques. A continuación pasamos a revisar estas normas.

3.1. LEY FORESTAL Y DE CONSERVACIÓN DE ÁREAS NATURALES Y VIDA SILVESTRE

La Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, fue expedida en el año de 1981. Hasta la fecha ha sido reformada en más de una ocasión² y se encuentra en vigencia su codificación expedida el 22 de julio de 2004.

Previo a analizarla, recordemos que desde el punto de vista institucional, las entidades encargadas de su aplicación y vigilancia han sido tres. A la fecha de expedición de la Ley, el organismo competente fue el Ministerio de Agricultura y Ganadería. En el año 1992 se creó el Instituto Ecuatoriano Forestal y de Áreas

¹ Con la expedición del TULAS se derogó al antes vigente Reglamento a la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre. DE 3399, RO 725 de 16 de diciembre de 2002 y Edición Especial No 2 del RO de 31 de marzo de 2003.

²Codificación de 22 de julio de 2004. Ley 56-89, 91-90, 95-90, 54-94, 12-97, 67-98, 99-37, y varios decretos Ejecutivos

Naturales y Vida Silvestre –INEFAN-, a cuyo cargo pasó la vigilancia del cumplimiento de las tareas que la antes citada ley le asignó en su momento al Ministerio de Agricultura y Ganadería. Posteriormente, se crea el Ministerio del Ambiente (octubre de 1996) y en el año de 1999³, se fusionan en una sola institución dicho Ministerio y el INEFAN, desapareciendo este último como órgano independiente.

En cuanto a los contenidos de la Ley Forestal, Pérez Camacho⁴ señala que sus características más importantes, a 1995, eran, entre otras:

“ Status jurídico de tierras forestales: patrimonios forestal y de áreas naturales: y bosques y vegetación protectores. Los dos primeros son exclusivamente de propiedad del Estado. Los últimos pueden ser de propiedad pública o privada.

Modalidades de “forestación y reforestación” y de “producción y aprovechamiento” forestal. Comprende la venta y concesión de tierras forestales y sus condiciones.

Se establecen incentivos del género tradicional, es decir, básicamente orientados a las exenciones y exoneraciones de impuestos.

Se declaran no susceptibles de afectación por la reforma agraria las tierras forestales de propiedad privada cubiertas de bosques protectores o de producción permanente y aquellas en las que se ejecuten planes de forestación y reforestación.

Otras relevantes de la ley tienen que ver con las modalidades de forestación y reforestación y de administración y aprovechamiento de tierras del Estado. ...

... La explotación de los “bosques estatales de producción permanente”, no definidos en la ley, se efectúa por: a) administración directa del INEFAN; b) delegación a otras instituciones públicas incluyendo empresas públicas y mixtas; y, c) contratos de aprovechamiento con particulares, sea por concurso de ofertas, sea por contratación directa.

Otros temas tocados por la ley son: la movilización de productos, la investigación y capacitación, la protección y las industrias forestales. La ley concluye con la competencia y jurisdicción para la aplicación de sanciones. ...”

Un componente muy importante de la ley y que no ha sido identificado arriba, es el de la creación y regulación de las áreas naturales y de la fauna y flora silvestres.

³ Decreto Ejecutivo No. 505. RO 118, 28 de enero de 1999.

⁴ Pérez Camacho, Efraín. *Derecho Ambiental y de los recursos naturales*, Editorial EDINO, Quito, 1995. pp. 251 y 525.

Estas características se mantienen en la actualidad. Hay que destacar de forma adicional que uno de los objetivos de la expedición de la Ley fue armonizar la política de desarrollo agropecuario y de ampliación de la frontera agrícola con los programas de aprovechamiento y repoblación forestal, recordando que buena parte del territorio nacional se encuentra cubierta de bosques ... y... que sus tierras son de aptitud predominantemente forestal, no aprovechables en explotación agropecuaria y, que de hacerlo, se sujetan a serias limitaciones.⁵ Cabe mencionar que el establecer un patrimonio forestal del Estado (capítulo I de la Ley) se trató de una estrategia que pretendía reservar ciertas partes de los bosques naturales para un uso sostenido a través de concesiones estatales. Este mecanismo no ha podido funcionar; las zonas en las que se ubica el patrimonio forestal del estado han sido básicamente ocupadas por procesos de colonización.

Más específicamente, el tema que nos compete se encuentra ubicado en el capítulo primero de la Ley, aquel que se refiere a todos los tipos de bosque que no son fundamentalmente categorías de protección,⁶ sino que se refiere a diversas formas de explotación, uso y aprovechamiento forestal. Esta particularidad responde, quizá, al hecho de que dichos bosques no son necesariamente de dominio del Estado, característica que, Al parecer por la forma en que la ley habla de ella, es consustancial a las áreas protegidas.

3.2. EL CONCEPTO DE BOSQUE PROTECTOR

La Ley Forestal, define en su artículo 5 al bosque y vegetación protectores como:

⁵ Considerados de la Ley inicialmente expedida-

⁶ La Ley habla en genérico de las diferentes categorías de protección que existen en el país, y son: parque nacional; reservas a) biológica, b) ecológica c) producción de fauna, d) marina, e) reserva geobotánica; área nacional de recreación; (refugio de vida silvestre) área de caza y pesca. Entre Ecuador y Perú existe además el Parque Binacional El Cóndor, establecido como zona para protección que no existe especificada como tal en la Ley Forestal y de Conservación de áreas naturales y vida silvestre.

“ aquellas formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que cumplan con uno o más de los siguientes requisitos:

Tener como función principal la conservación de suelo y la vida silvestre;

Estar situados en áreas que permitan controlar fenómenos pluviales torrenciales o la preservación de cuencas hidrográficas, especialmente en las zonas de escasa precipitación pluvial;

Ocupar cejas de montaña o áreas contiguas a las fuentes, corrientes o depósitos de agua;

Constituir cortinas rompevientos o de protección del equilibrio del medio ambiente;

Hallarse en áreas de investigación hidrológico-forestal;

Estar localizados en zonas estratégicas para la defensa nacional; y

Constituir factor de defensa de los recursos naturales y de obras de infraestructura de interés público.”

Vemos que en este texto se combinan dos elementos. Por una parte, los criterios referidos a los servicios antierosivos e hidrológicos de la cobertura boscosa, y por otra parte aquellos que se refieren a la vida silvestre que podrían ser entendidos como una forma de conservación de la biodiversidad.

Un bosque protector privado constituye una herramienta jurídico-legal de conservación, aplicada y referida a un área en específico, en la cual por sus características y por voluntad de sus propietarios, será dedicada a la conservación de la tierra y elementos de la biodiversidad, decisión que se formaliza a través de un mecanismo legal-administrativo, como es la declaratoria ministerial.

Para que esta herramienta de conservación sea monitoreada, es necesario que el propietario –con apoyo de un profesional en la materia- elabore un Plan de Manejo Integral, dentro del cual consten las condiciones y características actuales de su predio, y el detalle de las actividades a las cuales se dedicará dentro del mismo. La autoridad competente para conocer sobre acciones, peticiones y reclamos relacionados con estos bosques, es el Ministerio del Ambiente.

En el TULAS, hay una definición ligeramente diferente y más concreta de lo que es un bosque protector:

“Art. 16.- Son bosques y vegetación protectores aquellas formaciones vegetales, naturales o cultivadas, arbóreas, arbustivas o herbáceas, de dominio público o privado, que estén localizados en áreas de topografía accidentada, en cabeceras de cuencas hidrográficas o en zonas que por sus condiciones climáticas, edáficas e hídricas no son aptas para la agricultura o la ganadería. Sus funciones son las de conservar el agua, el suelo, la flora y la fauna silvestre.”⁷

En la definición del TULAS se hace explícita la inclusión de formas de cobertura no sólo boscosa como es el caso de la cobertura arbustiva o herbácea, y se incluye además bosques artificiales. De todas maneras se mantiene el énfasis en las funciones de protección de los recursos suelo y agua.

En la Ley se aclara además que este tipo de bosque “no forma parte del patrimonio forestal del Estado”⁸, en la medida que no sean de dominio público. Sin embargo, le es aplicable la garantía de su artículo 9 en tanto el Estado garantiza el derecho de propiedad privada sobre las tierras forestales y los bosques de dominio privado, con las limitaciones establecidas en la Constitución y las leyes.⁹ El bosque protector, se incluye además dentro de las categorías de aprovechamiento y producción forestal.¹⁰

La Ley además radicó al momento de su expedición ¹¹ la competencia para determinar las áreas de bosques y vegetación protectores en el Ministerio de Agricultura, mediante Acuerdo, con la participación del entonces INERHI.¹² Adicionalmente, se especificó que tal determinación podrá comprender no sólo tierras pertenecientes al patrimonio forestal del Estado, sino también propiedades de dominio particular.

⁷ Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria (TULAS).

⁸ Artículo 1 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre.

⁹ Consideramos que, a pesar de no existir la mención directa de los bosques y vegetación protectores, se encuentra ubicada en el capítulo que trata sobre las tierras forestales y los bosques de propiedad privada.

¹⁰ Artículo 20 de la Ley Forestal.

¹¹ Esta competencia se mantuvo hasta 1994, fecha en la que el INEFAN es fusionado al Ministerio del Ambiente

¹² El INERHI era el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hídricos. El organismo que lo sustituyó es el actual Consejo Nacional de Recursos Hídricos. La participación de dicha institución tiene que ver con las funciones que, dentro del régimen hídrico, pueden cumplir los bosques protectores.

Conviene señalar que esta categoría, la de “bosque y vegetación protectores”, se encuentra en el medio de las dos grandes formas de manejo de la tierra de las que habla la Ley Forestal, que son las áreas protegidas y las tierras forestales. Si bien los bosques protectores son regulados en el título que corresponde a las tierras forestales, por su naturaleza y funciones constituyen áreas de conservación y manejo sustentable, que sin embargo no se encuentran –necesariamente- en manos del Estado, y su declaratoria está supeditada a la voluntad de sus propietarios –en caso de ubicarse en zonas de dominio privado-. Es importante hacer esta aclaración ya que, a nuestro criterio, los bosques protectores son un especial tipo de área protegida que adquiere dicha condición en primer lugar porque se ha verificado el cumplimiento de las condiciones ecológicas establecidas en la ley, y en segundo lugar porque existe la voluntad privada de dedicar dicha área a actividades que van ligadas con la conservación del medio ambiente. Por tanto, el rol del propietario en esta lógica es el de complementar las acciones del Estado en la protección de los ecosistemas y de la vida silvestre.

Los instrumentos para lograr esta protección incluyen mecanismos de sanción, como el que establece el artículo 79 de la Ley Forestal, que indica:

“Art. 79.- Sin perjuicio de la acción penal correspondiente, quien provoque incendios de bosques o vegetación protectores, cause daños en ellos, destruya la vida silvestre o instigue la comisión de tales actos será multado con una cantidad equivalente de uno a diez salarios mínimos vitales generales.”

Esta norma tiene una doble dimensión: por una parte, sirve de apoyo al propietario del bosque en el logro de los fines de conservación y protección que estas áreas tienen; y por otra, puede constituirse en un factor incriminante, ya que si el propietario no observa un cuidado debido con su bosque, queda sujeto al pago de la sanción económica establecida.

Hay una diferencia grande en el tratamiento que la Ley hace de las áreas protegidas y de los bosques protectores; nos referimos al tema de la expropiación: mientras que las áreas protegidas deben ser expropiadas para que pasen a la propiedad

del estado, los bosques protectores de propiedad privada gozan de una protección especial siendo en principio no afectables por la reforma agraria. Veamos el contenido del artículo 73:

“Las tierras y recursos naturales de propiedad privada comprendidos dentro de los límites del patrimonio de áreas naturales serán expropiadas o revertirán al dominio del Estado, de acuerdo con las leyes de la materia.”

Ahora, revisemos lo previsto por el artículo 59:

“Las tierras forestales de propiedad privada cubiertas de bosques protectores o de producción permanente y aquellas en las que se ejecutan planes e forestación o reforestación no serán afectables por la reforma agraria.”

Esta dicotomía entre las áreas protegidas y los bosques protectores como dos dimensiones diferenciadas merece ser relativizada. En efecto, si analizamos las categorías¹³ de manejo de áreas protegidas de la UICN constatamos que existe una graduación que va desde formas estrictas¹⁴ hacia formas de manejo sostenible de ecosistemas¹⁵. Si tenemos presente que los bosques protectores tienen como una de sus funciones precisamente la del uso sostenible de los ecosistemas constatamos que ha un traslape de objetivos entre áreas protegidas y bosques protectores.

Por otra parte, si retomamos el concepto de la UNESCO de “reservas de la biosfera” que incluyen tanto una zona núcleo de protección estricta como zonas en las cuales se desarrollan actividades humanas con diversos grados de medidas de protección de la naturaleza, tendremos que concluir que la conservación es una actividad que requiere combinar diversos instrumentos legales para regular diversos

¹³ Las categorías de protección y manejo de la Unión Internacional para la conservación de la Naturaleza –UICN– fueron establecidas en 1978 y reformadas en Australia en 1990 y reafirmadas en Caracas en 1992.

¹⁴ Categoría I: Reserva natural estricta: área protegida manejada principalmente con fines científicos o con fines de protección de la naturaleza.

¹⁵ Categoría VI: Área protegida con recursos manejados: área protegida manejada principalmente para la utilización sostenible de los ecosistemas naturales.

niveles de intervención humana. Uno de estos instrumentos fundamentales es la categoría de bosque protector privado.

Esta perspectiva ha sido recogida por algunas organizaciones preocupadas de la conservación que han buscado a través de los bosques protectores privados, llamados a veces “reservas privadas” complementar las acciones de conservación basadas en áreas protegidas. En efecto, estas reservas de menores dimensiones pueden cumplir un papel muy importante en la interconexión a través de corredores de conservación de las áreas protegidas mayores. Esto permite abordar el tema de la conectividad de las zonas protegidas que es un criterio al cual se le asigna cada vez más importancia en el diseño de estrategias de conservación. En el caso ecuatoriano, la Red de Reservas Privadas es una materialización de esta estrategia.

Desde otra entrada, ubiquemos el tema de los bosques protectores privados, en el marco de la Convención sobre la Diversidad Biológica-CDB¹⁶, vigente a la fecha. Este régimen de administración de la tierra, que estamos estudiando, calza con la definición hecha por el artículo 2 de la Convención, relativo a los términos utilizados por la misma, el cual nos señala que

“Por “área protegida” se entiende un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación.

(...) Por “conservación in situ” se entiende la conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales y, en el caso de especies domesticadas y cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.”

De una revisión del texto íntegro de la Convención, hay que acotar que en sus enunciados no se hace distinción entre propiedad pública y propiedad privada; tampoco existe mención en específico a la figura de los bosques protectores o de otras formas específicas de conservación o protección, lo cual se debe a su carácter de norma

¹⁶ Río de Janeiro, 5 de junio de 1992.

internacional que debe, para su aplicación, ser complementada con la legislación nacional.

No obstante, cuando la Convención detalla en extenso, en su artículo 6, lo que debe comprenderse como medidas de *Conservación in situ*, nos direcciona hacia el establecimiento de *un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica*; y nos habla también de que cada estado parte *promoverá la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales*.

Como observamos y realizando un ejercicio comparativo con lo enunciado en páginas anteriores, la legislación forestal nacional, pese a ser de fecha anterior a la CDB, incluye en su contenido las directrices dadas por la Convención, y el espíritu –en general- de promoción e incentivos hacia las actividades protectoras del ambiente.

3.3. MARCO INSTITUCIONAL

Desde el punto de vista administrativo, es preciso identificar los órganos competentes para declarar zonas como bosques y vegetación protectores.

Por una parte, a la fecha de expedición de la Ley Forestal, el órgano competente para declarar bosques protectores era el entonces INEFAN. Al fusionarse con el Ministerio del Ambiente-MAE, este asumió las funciones de aquel, entre ellas, las relativas a bosques protectores, tal como lo señala el artículo 7 de la actual Ley Forestal:

“Sin perjuicio de las resoluciones anteriores a esta Ley, el Ministerio del Ambiente determinará mediante acuerdo, las áreas de bosques y vegetación protectores y dictará las normas para su ordenamiento y manejo. Para hacerlo, contará con la participación del CNRH.

Tal determinación podrá comprender no sólo tierras pertenecientes al patrimonio forestal del Estado, sino también propiedades de dominio particular.”

Sin embargo, en el año 1997 se expide la Ley especial de Descentralización del Estado y de Participación Social en la cual se señala la posibilidad de que varias funciones del estado central puedan ser transferidas a entidades del régimen seccional. En el artículo 9 de esta Ley se enumeran los temas respecto de los cuales puede transferirse funciones, atribuciones, responsabilidades y recursos a los municipios. Para el tema en estudio, son relevantes los literales d) e i) de esta norma, que transcribimos a continuación:

“d) Coadyuvar a la preservación y conservación de los bienes patrimoniales, culturales y naturales en coordinación con los organismos competentes y en función de las políticas correspondientes y de acuerdo con la Ley de Patrimonio Cultural (...)

i) Controlar, preservar y defender el medio ambiente.”

Por otra parte, esta misma Ley en su artículo 12 establece que para realizarse la transferencia de competencias, debe existir una solicitud expresa por parte del ente seccional, la cual de ser aprobada y tiene que estar instrumentada mediante convenios.

Como observamos tenemos que, por una parte, la referencia a lo ambiental en esta Ley es extraordinariamente general y no se menciona explícitamente cuales serían las funciones que respecto de bosques y vegetación protectores tendrían los organismos descentralizados. Adicionalmente, si es que no se da la iniciativa del organismo seccional, no es posible que opere la transferencia. Esto nos hace prever un mosaico muy heterogéneo de organismos seccionales que podrían interesarse o no en asumir funciones respecto a los bosques protectores.

Cabe señalar que si la designación contenida en el artículo 9 no fuese suficiente, es posible según lo que dice el artículo 13 de la misma Ley la negociación de convenios que vayan más allá del listado explícito de esta Ley.

Si analizamos la Ley Orgánica de Régimen Municipal encontramos por una parte una referencia nuevamente muy general a temas ambientales, tal como lo señala el artículo 11 en su enunciado y literal 4:

Art. 11.- A la municipalidad le corresponde, cumpliendo con los fines que le son esenciales, satisfacer las necesidades colectivas del vecindario, especialmente las derivadas de la convivencia urbana cuya atención no competa a otros organismos gubernativos.

Los fines esenciales del municipio, de conformidad con esta Ley, son los siguientes:

4o.- Promover el desarrollo económico, social, medio ambiental y cultural dentro de su jurisdicción

Además, en el capítulo IV referido a “De la Municipalidad y el Estado” se incorpora el procedimiento para la transferencia de competencias, que concuerda con la Ley de Descentralización ya comentada¹⁷.

La Ley de Régimen Provincial es más general aun, pues si bien señala en su artículo 29 como Atribuciones y deberes del Consejo provincial:

“Colaborar con los organismos correspondientes en la explotación forestal y pesquera, ya para proteger las obras que construya, ya también para impedir la despoblación ictiológica y la tala de bosques. El Consejo Provincial velará por el cumplimiento de la ley especial que reglamente este aspecto, y fomentará la siembra de árboles a lo largo de las vías públicas y la cría de variedades de peces en ríos y lagos.”

Esta atribución/ función aparece en calidad de subsidiaria respecto de aquellas que son las que por su naturaleza desempeñan los consejos provinciales. Resta decir que el tema de bosques protectores, no es tratado en específico.

Cerrando este análisis, nos ocuparemos de la Ley de Gestión Ambiental. Lo más relevante de esta norma constituye la creación e institucionalización del sistema descentralizado de gestión ambiental, el cual define una autoridad ambiental, sus

¹⁷ Artículos 19, 20 21 y 22 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

facultades, y mecanismos de interacción con las entidades seccionales y de participación de la sociedad civil¹⁸. Esta Ley trata de recuperar coherencia entre las diferentes normas expedidas sobre temas ambientales, para darle una visión de conjunto a la administración de los recursos y la gestión institucional pública.

Para la aplicación concreta del proceso de descentralización, tuvo especial importancia el Acuerdo Ministerial No 55, expedido en octubre de 2001. En él, se otorga un lugar específico y explícito al tema forestal y se lo incluye dentro de los campos de transferencia de competencias a los gobiernos seccionales. Este acuerdo, señala entre las políticas de descentralización¹⁹ que debe adoptar el Ministerio del Ambiente, a la *transferencia de competencias hacia los gobiernos seccionales en materia de manejo de bosques, plantaciones forestales, flora y fauna silvestres y de calidad ambiental*

De forma exhaustiva, en el artículo 6 del Acuerdo, se detallan cuáles son las competencias a descentralizarse, sin perjuicio de otras disposiciones legales vigentes. Aunque un poco extensa, observemos la redacción de esta norma:

Art. 6.- Competencias por descentralizar.- Sin perjuicio de las disposiciones legales, las competencias por descentralizar en la primera fase del proceso son:

a) En el manejo de bosques, plantaciones forestales, flora y fauna silvestres:

1. Formulación de políticas.
2. Elaboración y ejecución de estrategias y programas de desarrollo y uso sustentable del recurso forestal.
3. Emisión de normas forestales, plantaciones forestales, flora y fauna silvestres y vedas, previa coordinación del Ministerio del Ambiente, de conformidad con lo establecido en el literal d) del artículo 12 de la Ley de Gestión Ambiental.
4. Autorización y control del aprovechamiento forestal y la movilización de productos forestales, mediante el otorgamiento de guías de circulación.
5. Declaración de bosques protectores y otorgamiento de certificados de afectación de bosques protectores

¹⁸ Artículos del 10 al 29 de la Ley..

¹⁹ Artículo 4 del Acuerdo Ministerial No 055, RO 438 de 23 de octubre de 2001. En la actualidad se encuentra derogado.

6. Dar aval a los programas y proyectos propuestos localmente, enmarcados dentro de las estrategias y programas de desarrollo nacionales.
7. Resolver y juzgar infracciones en primera instancia dentro de su jurisdicción.
8. Prevenir y controlar desastres y amenazas al recurso forestal.
9. Declarar áreas protegidas dentro de su jurisdicción.
10. Capacitar, informar y realizar extensión forestal y sobre biodiversidad.
11. Autorizar y controlar el aprovechamiento, la comercialización interna y la tenencia de la flora y fauna silvestres; y,

Destaquemos que el numeral 5 del literal a) de este artículo, señala de manera explícita que la competencia para declarar bosques protectores, y otorgar certificados de afectación sobre los mismo, es parte de todo aquello que puede transferirse a los gobiernos seccionales.

Es por lo tanto previsible que en un futuro no muy lejano, se suscriban varios convenios de transferencia de competencias. A pesar de ello, al momento aun no se encuentra documentado un caso en el cual se haya transferido, en abstracto, la competencia para declarar bosques protectores, desde el Ministerio del Ambiente hacia un gobierno seccional.

CAPÍTULO IV

ALGUNAS PREGUNTAS SOBRE EL DERECHO Y EL AMBIENTE

Ahora, es importante revisar el vínculo que existe entre derecho y medio ambiente, y en particular entre propiedad privada y conservación y/o manejo sustentable.

La casi totalidad de las tierras existentes en los diferentes países tiene un dueño. De hecho, en la mayor parte de legislaciones civiles y agrarias de América Latina se coincide al mencionar que si una tierra carece de propietario o a sido abandonada¹, será considerada de propiedad del Estado; es decir, -de hecho- ya no existirían en la actualidad predios que sean de nadie, sin dueño individualizado. Dentro del ordenamiento jurídico se distinguen diversas clases de propiedad, así tenemos la propiedad comunal, la propiedad estatal, los bienes públicos, los de propiedad ancestral y finalmente la propiedad privada.

Esto tiene un fuerte parecido a lo que ocurre en el derecho internacional, donde se supone que no existen tierras que no estén bajo la soberanía de algún estado, con la salvedad del caso confuso de la antártica, lugar que es al mismo tiempo territorio sobre el cual varios países han reclamado soberanía.

Característica importante de la relación bien-objeto con el titular-sujeto de dominio, constituye la potencialidad de “hacer” o “dejar de hacer” determinados actos respecto de su tierra. Obviamente, el derecho en la práctica se traduce entonces en actos y omisiones. En esta perspectiva, vemos que a efectos de analizar la potencialidad que las tierras de propiedad privada tienen tanto para conservar como para ser objeto de prácticas sustentables, el rol que el propietario de ellas cumple es vital, ya que en su

¹ Esto es lo que en Ecuador conocemos con el nombre de “tierras baldías”. Esta figura cabe cuando existe un evidente abandono de la tierra por parte de quien alguna vez fuera su propietario y que con el paso de los años no se ha presentado persona alguna que reclame para si algún tipo de derecho. Son tierras no habitadas, no cultivadas –no usadas-, que siguiendo nuestro análisis, no estarían cumpliendo su función social. De ahí que el Estado puede “apropiarse” de ellas y hacer un uso conveniente a sus fines.

voluntad reside el “hacer” o “no hacer”, el destino que dará al predio que le pertenece. Pero, no podemos desconocer el rol que, con independencia del propietario, cumplen las características físicas, geográficas y morfológicas de los suelos; y que han sido recogidos por la legislación en su momento. Tan es así que existen tierras destinadas a cumplir un fin en específico, con total independencia de la voluntad de sus dueños o titulares, o que por aquellas características no pueden ser plenamente utilizados o explotadas. De esto, son ejemplos la ribera de ciertos ríos, la costa de los océanos, las altas cumbres, los páramos.

Para ejemplificar esta realidad que es tan sencilla a primera vista, retomemos el caso del bosque protector en estudio. Hasta antes de su declaratoria como tal, la voluntad de sus propietarios fue la de mantenerlo como un hato ganadero y, en consonancia, adquirieron ganado, contrataron empleados para el cuidado y cría de los animales, destinaron una zona a la producción de pasto, adquirieron insumos para la ganadería, entre otras actividades.

Lo que marca la diferencia entre esta realidad y la actual, es en principio un cambio en la voluntad del dueño, lo cual marca y define el destino del predio. Hay un momento histórico – previo a la declaratoria- en el que los propietarios analizan la situación del bosque y valoran su potencial para la conservación, deciden hacer los estudios técnicos correspondientes y solicitan se lo declare “bosque y vegetación protectores”. Si los dueños no tomaban esta decisión, la hacienda San Francisco habría permanecido como antes, dedicándose a la ganadería y agricultura.

Sin embargo, esta decisión de los propietarios no se produce de una manera aislada, hay un referente social que tienen un peso muy importante, éste es la existencia de legislación sobre bosques protectores privados y una discusión social sobre los problemas de la conservación y la valoración ambiental del bosque de la región. Esto nos está enfrentando a la dimensión social de la propiedad. En realidad ya la habíamos abordado anteriormente cuando mencionamos el tema de la oponibilidad del derecho. No obstante, la “dimensión social” –que no es lo mismo que la “función social”- de la propiedad no se reduce al hecho de que en esencia una interacción con otros seres

humanos, sino también en el hecho que los valores, los criterios a partir de los cuales se reivindica la legitimidad de un derecho de propiedad son también procesos sociales.

Regresando al caso en estudio, el cambio de status (de hacienda ganadera a bosque protector) implicó que los propietarios deban actuar en otros ámbitos. Primeramente, fue necesario movilizar el ganado que aún permanecía en el terreno y llevarlo a un área pequeña, hasta poder disponer de las reces adecuadamente. Luego, se contrató a un especialista para que elabore el plan de manejo del bosque y de forma paralela se dejó que el bosque remonte, por aproximadamente un par de años; de ahí, se contrató personal para que se encargue del cuidado de la zona, se adquirió materiales para realizar adecuaciones como la construcción de la casa principal, del invernadero, el cerramiento del bosque, la delimitación de caminos, la toma de agua, entre las principales. Con base en el plan de manejo, se adquirieron especies de la zona, se reforestaron pequeñas extensiones para ir probando las especies adquiridas, se retiró algunos cultivos previos, etc.

Como vemos, los actos y omisiones de los propietarios marcaron en los hechos la diferencia entre una hacienda ganadera y un bosque protector. Vemos que a efectos de conservar, la propiedad privada tiene un potencial particularmente valioso: la voluntad individual que se traduce en decisión del titular del derecho de dedicar su tierra a un fin en el cual convergen en sus intereses particulares con los de la conservación que son, en último término, de orden colectivo.

4.1. LA PROPIEDAD Y SU FUNCIÓN “AMBIENTAL”

Para discutir el papel de la propiedad en políticas de conservación, conviene tener presente que en la actualidad, mucho se habla² sobre la importancia de los

² Incluso, un número considerable de ordenamientos jurídicos han reconocido los derechos ambientales y los garantizan por vía de diferentes tipos de acciones judiciales y de orden administrativo. Podemos ubicar el origen de este criterio en los orígenes mismos del derecho ambiental, esto es en la Declaración de Estocolmo.

derechos ambientales en la vida cotidiana de las personas y en su desarrollo propio así como el de las generaciones que están por venir.

Se conoce técnicamente que la degradación del medio ambiente causa y causará trastornos severos en los seres humanos lo cual influye directamente en su calidad de vida. En este escenario, y de acuerdo con el análisis que venimos desarrollando, surgen una serie de preguntas importantes: ¿de quién son los recursos naturales?, ¿a quién pertenecen? Y, por otra parte, si efectivamente los recursos tienen un dueño, un propietario, ¿hasta dónde llega su derecho sobre ellos? ¿Restringe esta propiedad la posible utilización de los mismos, por parte de otros individuos? ¿Debe reconsiderarse el concepto de propiedad a fin de que incluya en su contenido esencial una función o funcionalidad ambiental? Es en torno a estas preguntas que discurren las diferentes posturas y posibles análisis sobre este derecho y su relación con el ambiente, los recursos naturales y su conservación.

Varias son entonces las interrogantes que se plantean al respecto. Nos proponemos delimitar los supuestos básicos necesarios para armar una discusión sobre el tema, y a fin de plantear la necesidad –o no- de que el concepto de la función de la propiedad privada sea redefinido, contextualizado y actualizado a los tiempos y realidades que vivimos.

4.1.1. Algo de la discusión

La finalidad que la “propiedad” en tanto derecho debe cumplir ha sido tema de varios autores y en varios ámbitos. Este debate del derecho aparece ligado a la ruptura entre los conceptos romanistas y modernos de propiedad.³

Casi es posible afirmar⁴ de manera rotunda que la legislación latinoamericana y mundial, en su plenitud, recoge como principio el de que “el

³ En este punto, estamos retomando lo dicho sobre la “función social de la propiedad”, en el capítulo 2.

⁴ Esta afirmación nace de una revisión de un buen número de Constituciones a nivel mundial, casi todas han superado las primigenias ideas liberales en torno al rol de la propiedad privada en la sociedad. Se ha superado aquello de la “mano invisible” y la suma del bienestar individual que, teóricamente, construye el

interés social prevalece por sobre el particular”, que se lo expresa en las formas más variadas, por vía de leyes de índole social, de orden público, de interés colectivo, entre otras. De allí que la propiedad como tal tiene implícita una limitación de carácter social.

Ahora bien, dentro de este campo de los intereses sociales y del beneficio colectivo, se encuentran incluidos todos aquellos derechos propios de cada persona, e innatos a su condición de ser humano, social y político. Nos referimos a los derechos humanos, sociales, civiles, políticos, económicos y culturales, colectivos y difusos, conocidos también como derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación.

Dentro de las categorías de derechos humanos incluyen los de orden ambiental. El mundo, las sociedades actuales cada vez más reclaman por calidad de vida, acceso a recursos, sostenibilidad en el manejo y administración del agua, del aire, disminución de la contaminación, entre otros aspectos. Los seres humanos se enfrentan a la necesidad de mantener parámetros mínimos de sobrevivencia, condiciones que les permitan un desarrollo adecuado para ellos y para las generaciones que vienen. Hablamos de “desarrollo sostenible” como una prioridad y meta de consecución a corto, mediano y largo plazo. El mundo entero se propone como objetivos del milenio⁵ la conservación y sustentabilidad del medio ambiente.

Al revisar esta realidad, salta a la luz una interrogante, y es ¿quién tiene en sus manos los medios, las vías, para lograr estos objetivos? La respuesta va ligada a una cuestión central, y es la de la propiedad o dominio sobre los recursos naturales, la tecnología, los factores productivos –entre ellos la tierra- y los diferentes tipos de capitales.

bienestar común. Actualmente ya ningún ordenamiento jurídico desconoce que la propiedad debe cumplir una función social.

⁵ Este tema se trata de forma más directa en el objetivo 7 “Garantizar la sustentabilidad del medio ambiente”. Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo del Milenio*, 8 de septiembre de 2000.

Sabemos además que esta finalidad está ligada tanto al uso que el propietario puede hacer de sus bienes, como a los efectos que dicho uso puede ocasionar a terceros. Es en función de los potenciales afectados por ello que es necesario poner ciertos límites a los actos de dominio. También, no hay que dejar de lado el bien o interés público que puede prevalecer a momento de darle o no cierto uso a los bienes de propiedad privada. Todo esto hace que el carácter de “absoluto” del derecho de propiedad se haya visto limitado a través de la historia.

Ya en la práctica, hemos visto situaciones específicas por las cuales la propiedad está llamada a “prestar” ciertos servicios, a quienes no son sus titulares, o está limitada por la necesidad de considerar las necesidades de quienes no son sus titulares. Esto puede verse a través de diferentes mecanismos legales, por una parte están las servidumbres que son limitaciones –muchas veces negociadas- que restringen la propiedad si cuestionarla; y otras como las políticas de redistribución de tierras, expresadas en reformas agrarias, que deja insubsistente la propiedad.

Si queremos reflexionar sobre cómo la dimensión ambiental entra en esta problemática, es necesario tomar en cuenta que en la mayoría de los casos reales, aquellas tierras que a criterio del estado y los particulares mejor han cumplido su función social, son precisamente las que no han cumplido con su función ambiental o lo han hecho en forma mínima-

Esto nos lleva a una situación que parecería ser contradictoria: para cumplir los fines sociales se omiten los ambientales, y en sentido contrario, el cumplimiento de los fines ambientales parecería exigir el sacrificio de los sociales. Pero en realidad esta contradicción debe ser replanteada. En efecto, los fines ambientales son también fines sociales. Los servicios ambientales son por esencia colectivos e inclusive podríamos decir que su dimensión social va más allá de las generaciones actuales y se proyecta a beneficiar a personas que incluso no han nacido todavía.

Esto no quiere decir que no existan conflictos y contradicciones pues el aspecto social que más atención ha merecido es el referente a las oportunidades de

empleo o de acceso a los bienes de subsistencia; pero la función social no puede reducirse a ello puesto que incluye aspectos tales como: lucha contra la erosión, manejo de cuencas, seguridad alimentaria, bienes paisajísticos, entre otros. A éstos pueden agregarse los más específicamente ambientales como conservación de la biodiversidad o el secuestro de carbono. El problema por lo tanto es cómo se combinan y se manejan los diferentes servicios que un predio puede dar a la sociedad con los servicios y beneficios que su propietario puede esperar de él.

Hay sin embargo una diferencia en la manera en la cual son reivindicados cada uno de estos aspectos del sentido social de la propiedad. Cuando hay personas que podrían resultar beneficiadas de la limitación que se establezca a la propiedad ajena (por ejemplo, casos de reforma agraria, prescripción adquisitiva), estos sujetos toman iniciativas, plantean acciones de hecho y de derecho, impulsando con ello la reivindicación social que limita el derecho de propiedad. Se inicia entonces un conflicto.

Las otras perspectivas sociales de la propiedad, que hemos anotado, referidas a servicios más difusos, orientados a otras generaciones, no tienen actores directos que las representen⁶. Se pueden prever dos caminos posibles para subsanar esta deficiencia. Por una parte, podrían grupos de ciudadanos –u organizaciones no gubernamentales- actuar a nombre o en defensa de estos intereses; este trabajo tiene un gran potencial pero también serias limitaciones. La otra alternativa es la intervención del estado como representante del bien colectivo. Pero como hemos visto, el bien colectivo es complejo, tiene múltiples matices, y su defensa requiere de complejas combinaciones y ponderaciones entre diferentes criterios. Esto no es suficiente, es necesario sobre todo una voluntad política y capacidad de gestión lo que se ha llamado un sistema de gobernanza ambiental.

⁶ Es por esto que un avance importante en las acciones constitucionales protectivas del medio ambiente, en el Ecuador, es el hecho de que la legitimación procesal activa se haya dejado abierta, en concordancia con la teoría de los derechos difusos. Esta corriente ambientalista se ha reflejado en varios ordenamientos jurídicos.

Una parte fundamental en la construcción de sistemas de gobernanza ambiental es la legislación. Pero en su desarrollo observamos que se ha producido lo que podríamos llamar “soluciones parche”, generalmente plasmadas en nuevas leyes, que no traen consigo un análisis exhaustivo y serio de las normas ya existentes y que aportan a la confusión respecto de la aplicabilidad o no del ordenamiento jurídico en su conjunto, todo lo cual se presta para la especulación e incluso el fraude en su aplicación⁷. La consistencia o no de las leyes es parte central de la calidad del derecho de propiedad que se garantiza.

Lo dicho nos conduce a pensar que si no existe un régimen de propiedad consistente –esto, en relación con la aplicación de las diferentes y dispersas normas que la regulan- mal se puede pensar que la propiedad en su conjunto tenga como eje transversal e interpretador a la variable ambiental. Sabemos que el reconocimiento expreso de la propiedad en el surgimiento de la sociedad, como tal, se remonta a la idea del pacto social, de condiciones mínimas para la libertad de empresa y comercio, lo cual implica la existencia de responsabilidades y obligaciones entre los pactantes. Si estas condiciones mínimas no se cumplen –y entre ellas está la definición, delimitación y regulación de la propiedad- el pacto puede resquebrajarse, y concomitantemente el conflicto de intereses y posiciones, que naturalmente existe en toda sociedad, puede desbordar los mecanismos institucionales. El efecto de este desbordamiento parece ser que los valores y consideraciones que se declaran en la formulación de las leyes sean contradichos por a realidad y que la vida social esté gobernada por criterios muy diferentes de los que se predicen, fundamentalmente el predominio absoluto del interés particular de corto plazo y el sacrificio permanente de los diversos intereses sociales, especialmente los mas difusos. En esta discusión compleja, hay un gran riesgo, y es que los aspectos ambientales sean subsumidos o subordinados a otras dimensiones,

⁷ Por citar un ejemplo común, es por demás conocido que cuando de vender bienes inmuebles se trata, los intervinientes en la venta pactan un precio X y en las escrituras hacen aparecer que el precio por el cual adquieren o venden el bien es Y (menor que X), a efectos de evitar el pago de los impuestos que este tipo de transacciones ocasionan. Claro, que también hay que puntualizar que la forma en la cual está diseñado nuestro sistema impositivo –lo engorroso básicamente- , sumado a una cultura de gente que no tributa, que no paga a un estado al que consideran ineficiente, hace que la evasión sea un patrón común entre los ciudadanos.

todas las cuales tendrán algún tipo de justificativo social. Es por ello que es fundamental que los aspectos ambientales de la propiedad sean manejados y establecidos de manera expresa, clara y distinta.

Exploremos otra entrada al tema planteado. Desde la óptica de la economía ambiental básica, uno de los supuestos elementales para la asignación eficiente de los recursos naturales es el derecho de propiedad, identificado como herramienta válida a dicho efecto. Si bien es cierto que la principal crítica de esta afirmación gira en torno a que no es posible reducir el tema de la ineficiencia en el manejo de los recursos a la asignación de derechos de propiedad (y correlativa singularización de dueños y propietarios, públicos y privados, individuales y colectivos), es también muy cierto que todos los demás elementos posibles de análisis y que circundan o rebasan el tema de la propiedad, no pueden excluir a esta institución. Es necesario que el sistema de propiedad funcione bien en las leyes y en los hechos, como supuesto casi elemental del análisis de otros factores e incluso de otras categorías de derechos. En la medida en que el marco –campo de acción– de la propiedad esté claramente identificado, podemos hablar de análisis más avanzados que incluyan otras categorías de variables o derechos. Por citar un ejemplo, en la medida en que la propiedad de un predio esté claramente definida, se podrá constituir servidumbres ambientales, o crear mecanismos de pago por servicios ambientales, iniciar actividades de manejo sustentable, realizar valoraciones ambientales integrales, entre otras actividades.

En lo que a la dimensión agraria se refiere⁸, nos es posible afirmar que en la actualidad el régimen agrario ha experimentado cambios sustanciales, y que si bien se mantiene la idea originaria de cumplimiento de la función social de la tierra, expresada en las leyes de reforma agraria, esta lógica ha sufrido un cambio fundamental a través de la Ley de Desarrollo Agrario, en ella se establece un fuerte énfasis en los términos productivos; pero se reconoce que esta función social no se limita al ámbito de la productividad en términos económicos, y que debe estar en

⁸ Esta temática fue abordada en el capítulo anterior.

armonía con la conservación y uso sostenible de los recursos naturales y el medio ambiente.

Sin embargo, esta afirmación -con fundamento básicamente positivista- no puede ampliarse a todas las diferentes áreas que componen la normativa del país. De hecho, en el lenguaje cotidiano pervive la idea de que la figura de la función social de la tierra está vinculada únicamente a los predios rústicos y al derecho agrario, y a figuras como la adjudicación y el precarismo, olvidándose que es precisamente en dichas zonas en las que se alojan gran parte de los recursos naturales y hábitats y también que el concepto de “función social”, a nuestros días, ha tomado una dimensión distinta, y que es –además- en las ciudades y grandes urbes que la propiedad se ve avocada a cumplir con una finalidad social e incluso ambiental, debido a conceptos constitucionales como el de calidad de vida y ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

El panorama expuesto es claro. La propiedad como derecho está reconocida y garantizada. Está además limitada en tanto debe cumplir una función social. Existe una definición de “función social” que aparenta ser abarcativa, pero que en la práctica no es tomada en cuenta como referente legítimo y socialmente aceptado. No obstante, nos queda determinar si el alcance que hasta hoy se ha dado a esta “función social” es suficiente y adecuado para comprender que dentro de ella, y en el discurso normativo, se pueden incluir valores como la protección del medio ambiente y los recursos naturales.

Si se circunscribe este análisis al campo de lo agrario, la situación es la siguiente: contamos con normas puntuales que no son sino simple letra muerta (como el literal b del artículo 32 de la Ley de Desarrollo Agrario, que incluye como causal de expropiación el uso de tecnologías no amigables con el ambiente en los cultivos), desatendidas tanto por particulares como por las entidades públicas encargadas de hacerlas aplicar (artículo 39 inciso 3 de la mencionada ley), normas desconocidas por la generalidad de la población (artículo 27) y que además parecen

haberse quedado estancadas en la época del auge de la reforma agraria. Tenemos entonces normas positivas vigentes, pero ineficaces y/o ineficientes.

Para redondear un poco más la cuestión, recordemos que tradicionalmente la doctrina ha establecido múltiples o variadas limitaciones al derecho de propiedad, por lo que para los juristas no es necesario tener que ahondar en el tema de las diferentes formas de limitaciones a la propiedad, no obstante para los efectos de nuestro ensayo estableceremos que “(l)imitación a la propiedad es todo acto mediante una ley previamente determinada que impide a una o varias personas que el derecho de propiedad sea ejercido plenamente”.

El Diccionario de la Real Academia Española establece como Limitación el vocablo derivado del Latín *limitatĭo, -ōnis* y entre otras acepciones lo define como: 1. f. Acción y efecto de limitar o limitarse.- (...) Del latín *limitāre* 1. tr. Poner límites a algo.- -2. tr. Acortar, ceñir. U. t. c. prnl.- 3. tr. Fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien.- (...) 6. prnl. Imponerse límites en lo que se dice o se hace, con renuncia voluntaria o forzada a otras cosas posibles o deseables.-

Por ende establecemos utilizando la terminología que nos da el diccionario citado que por la limitación a la propiedad se determinan los alcances y hasta dónde la esfera jurídica del propietario puede llegar o bien hasta dónde la intervención del estado es legítima y apropiada.

Cerrando el análisis, decimos que la institución de la función social, constituye una auténtica limitación al derecho de propiedad en general, pero que no necesariamente esta función social ha sido entendida de una forma amplia, y menos como inclusiva de criterios vinculados con los intereses y preocupaciones ambientales de la sociedad.

Ponemos especial hincapié en que el reconocimiento del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado marca un hito en la historia ecológica

del país. Incluye lineamientos de altísimo contenido axiológico cuyo desarrollo no es exclusivamente nacional. Por el contrario, se trata de un movimiento de carácter universal cuyo resultado ha sido colocar al derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado como un verdadero derecho humano.

Como vimos en líneas anteriores, se le ubica dentro de los denominados derechos de la tercera generación: un paso adelante de los derechos humanos clásicos, civiles o políticos (de la primera generación) y de los económicos, sociales y culturales (de la segunda generación). Ello ha servido como fundamento para formular una nueva clasificación jurídica: la del Derecho Ecológico. Hoy tiene un objeto muy definido en los recursos naturales, y su complejo de fuentes caracterizados por la organicidad y completitud.

No es en vano que autores contemporáneos hablen de una transversalidad del derecho ambiental, ya que a efectos prácticos resulta imposible negar su existencia, importancia y prevalencia por sobre otros derechos, cuya esfera de acción tiene menor ingerencia –o menos vital- en la vida de los seres humanos.

4.1.2. Notas prácticas sobre la importancia de la función ecológica de la propiedad

Retomando el caso del bosque San Francisco, presentado en el capítulo 2 de este trabajo, nos encontramos, entre otras cosas, con que al iniciarse las correspondientes acciones civiles de prescripción, amparo posesorio y reivindicatoria, a los ojos de la justicia ordinaria se plantean dos problemas: uno, ¿puede la sola inacción de los propietarios que en ejercicio de su derecho de propiedad decidieron dejar que se remonte el bosque ser considerada como un abandono de la misma?, dicho de otro modo, ¿el suelo debe ser siempre utilizado, con independencia de para qué se lo utilice, a efectos de probar actos de dominio?; y, dos, ¿es aceptable que actos de posesión no amigables con el ambiente⁹ puedan considerarse válidos para legitimar derechos y/o dar origen a responsabilidad civil e incluso penal, pero que en cambio en la práctica no

⁹ Como el uso exagerado de pesticidas en cultivos, o la extracción ilegal de madera.

implican responsabilidades ambientales, pese a que son realizados en un área considerada de protección?

Las respuestas a ambas interrogantes pueden variar, atendiendo a la óptica desde la cual el juzgador/juez los examine, y de la actitud que los actores involucrados en el caso asuman. Pero más allá de establecer silogismos jurídicos razonables, es obvio que la existencia de este tipo de dudas muestra una discordancia entre el texto de las normas, su aplicación, y la “realidad” –existen una serie de *modus operandi* establecidos en cuanto al uso/empleo de la tierra, que ha devenido en formas de apropiación de predios rurales-, fenómeno repetidas veces mencionado y que se lo toma como una aplicación práctica del cumplimiento de la “función social” de la propiedad.

El problema está no sólo en la determinación de las formas posibles de prueba relacionadas con los actos de dominio o los posesorios, sino que va más allá, pues redescubre un fenómeno muy común en la ley, que es su respuesta tardía a las realidades cotidianas y por tanto su ineficacia en ciertas materias puntuales cuyo ritmo de evolución no puede ser seguido por el Derecho. Con mayor notoriedad -en nuestro país- en el caso del derecho ambiental, el mundo de la norma y el mundo real viven un permanente estado de ‘divorcio’ que vuelve ineficaz al primero –la norma- e insalvable al segundo.

Añadido a todo esto, tenemos lo que podría calificarse como una compleja dinámica de poder, respecto de propietarios, poseedores y usuarios de los predios. Como sabemos, las diferentes jurisdicciones de los estados tienen sus autoridades sean representativas o emanadas de los órganos de poder. En el caso puntual del Bosque San Francisco, podemos identificar tantas autoridades cuantos conflictos han surgido entre propietarios y poseedores del mismo, a saber: el juez civil del cantón, el juez penal, el alcalde municipal, la policía local, el representante del ministerio del ambiente, la autoridad agraria, entre otras. Cada uno a su momento ha reclamado para sí la competencia sobre los asuntos relacionados con el bosque protector. Es innegable que entre ellos no existen necesariamente conflictos de competencia, pero ¿puede un área

protegida privada estar a “merced” de cuanta autoridad sea posible, a efectos de regular los conflictos que en ella se susciten?

La realidad es que más de diez cuerpos normativos son aplicables a los diferentes casos que pueden surgir vinculados al predio. Esto, dificulta tanto la tramitación como la resolución de los conflictos. Si ya de por sí es costosa la actividad de cuidado y conservación de un área protegida, todas las disputas, acciones y juicios encarecen su mantenimiento. Y, todo lo que da paso a esta serie de conflictos, tiene un origen común: el derecho de propiedad y su ejercicio. Si se entendiera como incorporada en la función social de la propiedad, su “función ambiental”, pudo haberse reducido al menos a la mitad las acciones administrativas y judiciales planteadas ya que, por ejemplo, sobre el predio no tendrían nada que ver¹⁰ instituciones como el INDA, el Ministerio de Agricultura o la Policía local.

Todo esto, sin mencionar que es muy vasta la normativa existente en torno a temas estrictamente ambientales y de conservación.

4.2. EL ESPÍRITU DE LAS LEYES Y LAS LEYES EN LA PRÁCTICA

Ya Montesquieu señalaba en “El espíritu de las leyes” que éstas más allá de ser disposiciones que regulan ciertos aspectos de la vida social, son la manifestación de un “espíritu”, es decir de un conjunto de valores y dinámicas sociales que pretenden ser defendidos y afirmados a través de la normativa. Sin embargo, en el caso que estamos estudiando no es posible desprender de las intenciones y declaraciones del cuerpo legal valores que estén realmente vigentes en las interacciones sociales. Nos topamos que existe una apreciable distancia entre lo que la ley pretende y la realidad social ; los mecanismos a través de los cuales esto sucede son de diverso tipo: leyes que no se compadecen de la realidad, procedimientos que son difíciles de aplicar, conflictos entre diferentes cuerpos legales y la acción deliberada de ciertos grupos sociales que discrepa

¹⁰ Esto, debido a la categoría de área protegida privada que ostenta el Bosque San Francisco.

y se opone a los objetivos de las leyes. Estos son algunos de los problemas que trataremos a continuación.

4.3. CONFLICTO LEGAL: ¿PODEMOS ARMAR UN CAOS CON LAS MEJORES LEYES?

La respuesta a esta interrogante, luego de todo lo antes mencionado, salta a la luz, y es que efectivamente la existencia de “buenas” leyes no garantiza un orden social determinado, sino que pueden ser el coexistir junto con las crisis más agudas, cuyos resultados son, hasta cierto punto, inevitables.

El punto central de esta cuestión radica en que no siempre la dogmática jurídica de los países responde a sus necesidades actuales y apremiantes. Varios son los factores que sustentan esta afirmación: uno, el tema de la actualidad de las leyes (factor temporal), dos, el de la aplicabilidad territorial de ciertas normas (factor geográfico), tres, los sujetos hacia los que se dirige y su “reacción” frente al contenido de la norma (factor sociológico), cuatro, los costos de la aplicación y cumplimiento de las legislaciones (factor económico), quinto, las formas-vías de interpretación que pueden tener las leyes (factor hermenéutico), sexto, las autoridades encargadas de poner en práctica las normas y evaluar o juzgar su cumplimiento (factor de control social), entre otros.

Partiendo de este supuesto, la eficacia de una ley en un determinado momento histórico depende de todos y cada uno de los factores antes citados. La pregunta es entonces si estos coinciden plenamente al momento de medir que una norma es social y políticamente aceptada y aplicada. Luego, la bondad de una ley no puede evaluarse desde su sólo y simple análisis en abstracto; es indispensable asociarla con un hecho puntual y con los diferentes actores y situaciones que al momento de su aplicación aparecen e intervienen.

Sí, podemos armar un caos con las mejores leyes, por el simple hecho de que la ley no es un hecho aislado; es un producto de la voluntad legislativa, más no la esencia

del sentir colectivo; la ley cobra sentido sólo si se aplica a un caso concreto. La ley por si sola no puede garantizar la vigencia del orden social. Es un instrumento más de determinados principios y valores rectores del ordenamiento jurídico.

Sin embargo la tarea de abogados y políticos es trabajar para que esto no suceda, para que el ordenamiento jurídico pueda efectivamente enmarcar a la vida social dentro de los valores asumidos. En América Latina han existido importantes pero pocos esfuerzos y diversas estrategias para desarrollar la dimensión ambiental de la propiedad. Veamos tres casos significativos.

CAPÍTULO V

ALGUNAS INICIATIVAS LATINOAMERICANAS EN TORNO A LA FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD

La institución de la propiedad ha debido responder a cada momento histórico de diferente forma. Como derecho “civil” se lo entiende conceptualmente muy cercano al absoluto derecho romano; luego, en el estado social se introduce una variable necesaria para el desarrollo de los estados, que es la “función social” de la propiedad, figura por la cual debe responder no sólo a la satisfacción de los intereses individuales, sino a valores colectivos, por los cuales “la tierra debe ser trabajada” o “tiene que ocupársela para atender necesidades de la colectividad”.

Pero, en la actualidad este derecho se ve influenciado por factores que antes no fueron considerados; uno de ellos es el ambiental. He aquí que es necesario distinguir la función que desde lo ambiental debe cumplir la propiedad (privada, pública individual y colectiva) y analizar en que medida esta “función” comprende una categoría independiente a la de la “social” y por tanto, con dimensiones, conceptos y alcance diferenciados.

De la revisión de los ordenamientos latinoamericanos, tres países en específico, estos son Costa Rica, Colombia y Bolivia son aquellos en los que se ha encontrado mención a la propiedad y su “función ecológica – ambiental”. Esto, en diferentes niveles/fuentes del Derecho, como son la constitucional, la de normativa secundaria y la jurisprudencial. Conviene entonces dar un breve repaso a la situación de la función de la propiedad en estos tres casos, para luego contrastarlos con el caso ecuatoriano.

5.1. EL CASO DE COSTA RICA

Lo primero y fundamental que revisaremos de este caso, se refiere al contenido de la norma constitucional, a la función que la propiedad debe cumplir. Así, tenemos que el artículo 45 de la Constitución costarricense¹ dice lo siguiente:

“Artículo 45.- La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

Como vemos, este artículo que incluye la garantía de inviolabilidad de la propiedad, no hace mención explícita a su función social. Lo que sí encontramos es una referencia a la posibilidad de que por medio de la expedición de una ley que requiere de votación especial en la Asamblea Legislativa se puedan imponer a la propiedad ciertas limitaciones que respondan a un “interés social”. Hemos ubicado entonces el concepto en estudio.

No obstante, la cultura jurídica costarricense se caracteriza por un amplio desarrollo de la jurisprudencia y más aun en el campo de lo ambiental. Esto, debido a que la idiosincrasia misma del país ha tomado como una prioridad nacional el tema ambiental y de regulación de las tierras y su función. Costa Rica posee tribunales agrarios especializados, los cuales conocen sobre las causas vinculadas con la propiedad y posesión de las tierras en general.

¹ Sitio Web. Sistema Costarricense de Información Jurídica, Constitución de la República de Costa Rica, vigente desde el ocho de noviembre de 1949 en: http://www.pgr.go.cr/scij/index_pgr.asp : página visitada por ultima vez el 20 de junio de 2006.

Dentro de las líneas que han tomado para resolver los tribunales agrarios, se encuentra como prioritaria y eje transversal la relacionada con el cumplimiento y verificación de la función ambiental de la tierra.

Veamos un ejemplo pionero de esta corriente ambientalista propia de la jurisprudencia costarricense, extraído del fallo No 51, de 26 de mayo de 1995, de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en un proceso ordinario agrario seguido por defensa de posesión ecológica de un predio:

"...precisamente el objetivo primordial del uso y protección del ambiente es obtener un desarrollo y evolución favorable al ser humano. La calidad ambiental es un parámetro fundamental de esa calidad de vida; otros parámetros no menos importantes son salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación, pero más importante que ello es entender que si bien el ser humano tiene el derecho de hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, también tiene el deber y la obligación de protegerlo y preservarlo para el uso de las generaciones presentes y futuras, lo cual no es novedoso, porque no es más que la traducción a esta materia, del principio de la "lesión", ya consolidado en el derecho común, en virtud del cual el legítimo ejercicio de un derecho tiene dos límites esenciales: Por un lado, los iguales derechos de los demás y, por el otro, el ejercicio racional y el disfrute útil del derecho mismo".

Con esta trayectoria, es interesante señalar que si bien a nivel de Constitución no consta explícitamente esta corriente que ha sido evidenciada por la jurisprudencia, dentro de los fallos que expiden los diferentes tribunales agrarios se habla de figuras como propiedad forestal, posesión ecológica y función ambiental de la tierra. Dicha interpretación se la hace entendiendo que dentro de la función social de la tierra se incluye ya la variable ambiental, y esta práctica generalizada ha sido suficiente para analizar la función del derecho frente a las acciones y actuaciones puntuales que los ciudadanos realizan a diario.

Los juzgadores dan un valor importante a la conservación y uso sostenible de los predios y se ha llegado a establecer incentivos a quienes cumplen con la función ambiental de la tierra. Inclusive, se ha diferenciado –como se mencionó- la posibilidad de que existan posesiones agrarias y ecológicas, dependiendo del tipo del suelo sobre el cual se finquen, y de las actividades que dentro de él se encuentren permitidas o sean

ecológicamente viables. Se manejan también conceptos como propiedad forestal, propiedad ecológica y derechos reales ambientales.

Este es un ejemplo de sistema jurídico en el cual encontramos una figura – función ambiental/ecológica de la propiedad- que pese a no estar constitucionalmente reconocida de forma expresa, es eficaz y efectiva al momento de aplicar e interpretar la normativa nacional, en las cortes y tribunales locales.

Citemos para concluir, el texto de un par de fallos que como podemos apreciar, ejemplifican esta idiosincrasia de los tribunales y del sistema de justicia en general, antes descrito. Uno de ellos es el voto N° 250-F-03, del Tribunal Agrario del Segundo Circuito de San José, dictado en mayo del 2003, y que en una causa referida a la tala de árboles en un predio, hace una reflexión respecto de si esta acción es o no legítima, teniendo en cuenta que dicha zona es de propiedad privada. Al respecto señala que

“... Eso nos conduce, directamente al concepto de posesión ecológica, y al criterio de la función ecológica de la propiedad forestal. En reiteradas sentencias, tanto de la Sala Primera de Casación, como del mismo Tribunal Superior Agrario, se han establecido los principios que deben regir para resolver éste tipo de situaciones agro-ambientales. Nuestro país ha sido pionero en la construcción de los institutos de la posesión agraria y la posesión ecológica. La misma jurisprudencia ha reconocido y desarrollado estos institutos, así como el ciclo de vida de la posesión agraria y, recientemente de la posesión ecológica (dentro del más amplio criterio de la función ecológica de la propiedad forestal).”

Este fallo, reconoce que pese a ser la tierra privada, por su especial vocación, si hay un poseedor dentro de ella y ha evitado que se talen los árboles que ahí han crecido, su actitud debe ser protegida frente a la de un propietario que no considera el tema ambiental como prioritario. Es más, y enfatizando en la importancia de este nuevo alcance se afirma abiertamente que *“cuando se trata de la función ecológica de la propiedad forestal y de la posesión ecológica, la tutela del ordenamiento jurídico es más exigente y profunda.”* El ordenamiento jurídico está entonces llamado a tomar las medidas y correctivos necesarios a fin de garantizar el cumplimiento de la función ambiental.

Finalmente, el fallo dentro del Expediente N° 94-000953-182 AG, pone de manifiesto el carácter preponderante del dominio y su función ambiental, señalando que

“... Ello es así porque se trata de un instituto patrimonio del Derecho ecológico. Si éste tiene como objeto principal la protección de los recursos naturales en general y el equilibrio ecológico, es evidente que una de sus manifestaciones, la posesión ecológica, deberá "reportar" el objeto de su disciplina.”

Una vez concluida esta revisión, pasemos entonces a examinar nuestro siguiente caso de estudio:

5.2. EL CASO DE COLOMBIA

La Constitución Colombiana² es la única que en la actualidad recoge la figura de la función ecológica de la propiedad, pero no de forma autónoma e independiente sino como parte complementaria e integral de su función social.

Revisemos el articulado constitucional correspondiente:

“Artículo 58.- Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ellos reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, les es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultado los intereses de la

² Sitio web de la Presidencia de la República de Colombia, Constitución Política de Colombia, en: <http://www.presidencia.gov.co/constitu/> Página visitada el 24 de junio de 2006.

comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.”

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.”

El presente artículo es bastante extenso, detallando -en la medida de lo posible, y quizá en exceso para un texto constitucional- los alcances de la garantía del derecho así como las posibles situaciones por las que puede verse limitado, por parte del Estado. Esta redacción y la forma en la cual se enmarca dentro de la lógica constitucional, ha llevado a que en más de un fallo de la Corte Constitucional Colombiana, se afirme que efectivamente la propiedad como derecho no es absoluta. Citemos el caso del fallo C-536 del 23 de octubre de 1997, el cual señala que:

“... Atendiendo al sentido y alcance del artículo 58 de la Constitución, la adquisición y ejercicio de la propiedad privada puede ser susceptible de una serie de condicionamientos y cargas impuestos por el Estado, en razón de que la propiedad no se concibe como un derecho absoluto sino relativo, lo cual se deriva del principio constitucional solidarista de que la propiedad es una función social que implica obligaciones...”

Retrotrayéndonos a los orígenes de esta institución en Colombia, la Constitución, en el año de 1936³ reconoció a la propiedad su función social. El problema radicó en que no se definió qué era la función social de la tierra. La solución posible y que fue ampliamente aceptada décadas después fue la de reconocer a la

³ En la doctrina nacional colombiana, se señala el fundamento de la aparición de esta institución, y que tiene aplicabilidad en la realidad ecuatoriana, ya que el cambio de la concepción absolutista de la propiedad se debió, efectivamente, a la influencia de teóricos como León Duguit, quien hablaba de una solidaridad social y planteaba que desde el momento que el hombre forma parte de la sociedad es un ser social y nacen en él una serie de obligaciones; especialmente, la de desarrollar su actividad física, intelectual, moral y la de no hacer nada que entorpezca el desarrollo de la actividad de los demás. En este sentido, expresaba que “*La propiedad capitalista ya no se entiende hoy –en su tiempo- como el derecho intangible de su titular, sino como una situación que le impone obligaciones. El hombre propietario de un capital no puede dejarlo improductivo*”. León Duguit, *La transformación del Estado*, Librería Española y Extranjera Príncipe, Madrid 1924.

propiedad como un derecho subjetivo pero con función social, lo cual a su vez significó la adopción del principio de solidaridad entre individuos, poniéndose de manifiesto que el propietario no es sólo titular de un derecho subjetivo, sino agente regulador del cumplimiento de la función social de la tierra. De allí que la idea de extinguir el dominio (si no cumple su función social), es –y se entiende en la práctica como - una manera de redistribuir las tierras.

Es a partir de 1991, que se eleva al rango constitucional la función económico-ecológico social de la propiedad. Este paso en la reforma constitucional implica no sólo reconocer solidaridad entre las generaciones actuales, sino también la intergeneracional y principalmente con las generaciones futuras. Esto, cuestionó más el carácter individual del derecho de propiedad, haciendo presente que la relación con los otros sujetos –en el presente- está mediada por la relación con las personas que están por venir –proyectada hacia el futuro-.

Si a través de la función social de la propiedad el legislador buscó el respeto de los derechos de los miembros de la sociedad, mediante la función ecológica *pretendió garantizar la calidad de vida de las personas, la protección de los recursos naturales y la implementación del desarrollo sostenible. Evidentemente, la función social pretende darle un uso a la propiedad que beneficie a toda la colectividad y la función ecológica intenta proteger el entorno, los ecosistemas, en aras de lograr hacer efectivos los derechos ambientales. Los alcances de la función social y ecológica de la propiedad tienen que ver con la posibilidad de atenuar los derechos individuales para que nadie manifieste que tiene derechos absolutos sobre determinada propiedad.*⁴

Esta es la línea que actualmente marca en comportamiento de jueces y tribunales de la materia. Así el más alto tribunal a nivel constitucional, en uno de sus fallos más conocidos y continuamente referidos sobre el tema del carácter ambiental de la actual Constitución Colombiana –la sentencia T-294-04- ha señalado que:

⁴ Gloria Amparo Rodríguez, La función ecológica de la propiedad en la ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas, en: *Propiedad, Conflicto y Medio Ambiente*, Beatriz Londoño Toro, editora académica, Colección Textos de Jurisprudencia, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004, pp. 112.

“... Es más, en varias oportunidades, la Corte ha insistido en que la importancia del medio ambiente en la Constitución es tal que implica para el Estado, en materia ecológica, “unos deberes calificados de protección”[82]. Igualmente, y conforme a lo señalado por los actores, la Corte también ha precisado que la Carta constitucionaliza uno de los conceptos más importantes del pensamiento ecológico moderno, a saber, la idea según la cual el desarrollo debe ser sostenible.”

La dimensión ecológica de la Carta y la constitucionalización del concepto de desarrollo sostenible no son una muletilla retórica ya que tienen consecuencias jurídicas de talla, pues implican que ciertos conceptos jurídicos y procesos sociales, que anteriormente se consideraban aceptables, pierden su legitimidad al desconocer los mandatos ecológicos superiores.”[83]

Refiriéndose en específico, a la nueva dimensión del derecho de propiedad, que deja atrás concepciones como su absolutismo e individualidad plenas, en este mismo fallo se manifiesta lo siguiente:

“[E]n la época actual, se ha producido una “ecologización” de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios.”

El fallo citado, reconoce además que las facultades respecto de las cuales pueden los propietarios hacer uso de sus bienes, en especial inmuebles, pueden ser limitadas ampliamente en función de los intereses de la colectividad, considerando la función ambiental -que es “inmanente” a todo recurso natural- de los terrenos.

La Corte constitucional entre sus criterios ha señalado además que en casos determinados podría inclusive entenderse como inconstitucional la apropiación privada de ciertos tipos de bienes (todos, de relevancia ambiental, en general), y que si bien se

reconoce el dominio cuando ha sido adquirido con sujeción a las leyes, éste puede siempre ser o estar limitado cuando de por medio existe un interés ambiental general

Entonces, para el sistema jurídico colombiano, la propiedad no puede ya ser entendida y vista a la luz de los principios que en el pasado la rigieron. Es más, la función social, que en su momento fue vista como institución de avanzada, se ha quedado corta frente a la aparición de prioridades urgentes; de allí la necesidad del constitucionalista de redimensionarla y explicitar su nuevo contenido esencial.

Un último caso, que revisaremos grosso modo, lo mostramos a continuación.

5.3. EL CASO DE BOLIVIA.

La Constitución Boliviana⁵, recoge de forma similar las garantías de los derechos de las personas. La que atañe a la propiedad se encuentra descrita en el artículo 7 de dicha norma:

“ARTÍCULO 7º.- Derechos Fundamentales. Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales:

... j) A la propiedad privada, individual o colectiva, siempre que cumpla una función social. “

En artículo 22⁶ de la misma norma, expresamente señala lo relacionado con la protección de la propiedad privada y la posibilidad de que se limite por vía de la expropiación. Ahora bien, conviene notar que Bolivia, dada la herencia cultural de su población, hace también un especial énfasis en cuanto a la protección de los derechos colectivos de sus pueblos. Veamos lo dispuesto en su artículo 169:

⁵ Sitio web de la Presidencia de la república de Bolivia. Constitución Política del Estado, en: http://www.presidencia.gov.bo/leyes_decretos/constitucion_estado.asp. Visitada el 24 de junio de 2006.

⁶ ARTICULO 22º.- Garantía de la propiedad privada

I. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo.

II. La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social, calificada conforme a ley y previa indemnización justa.

“ARTÍCULO 169.- Solar campesino. El solar campesino y la pequeña propiedad se declaran indivisibles; constituyen el mínimo vital y tiene el carácter de patrimonio familiar inembargable de acuerdo a ley. La mediana propiedad y la empresa agropecuaria reconocidas por ley gozan de la protección del Estado en tanto cumplan una función económico – social de acuerdo con los planes de desarrollo.”

En este texto, observamos como el legislador habla no sólo de una función social, sino “económico-social”, ampliando el concepto y tratando de rebasar los límites que el adjetivo único pueden representar para su aplicabilidad.

Resulta interesante como a partir de esta norma constitucional se ha desarrollado regulaciones secundarias que traen en su contenido mecanismos para verificar el cumplimiento de la función económico – social de la tierra y variables ambientales como son el tipo de suelo, las actividades permitidas, la composición de la biomasa, entre otros. Entre ellas tenemos la Ley de Medio Ambiente, la Ley Forestal, la Ley del Instituto de Reforma Agraria –INRA- y sus reglamentos, entre las más significativas.

Nos referiremos en particular a la Guía para la verificación del cumplimiento de la función social y de la función económico - social, aprobada mediante Resolución Administrativa No, RES-ADM107/2000⁷. Este documento, en sus primeros numerales (1.2), define que:

“La función económico - social es un concepto integral, que comprende áreas aprovechadas, de descanso, de proyección de crecimiento, servidumbres ecológicas y reservas privadas de patrimonio natural, que no excederá la superficie consignada en el título o trámite ...

Se entenderá que la mediana propiedad la empresa agropecuaria, cumplen la función económico – social cuando los propietarios o poseedores, desarrollan actual y efectivamente actividades agropecuarias, forestales y otras de carácter productivo, así como la conservación y protección de la biodiversidad, investigación y ecoturismo, salvándose causas de fuerza mayor como inundaciones, incendios, sequías, etc.”

⁷ En: <http://inra.gov.bo/portalv2/uploads/normas/fes.pdf> . Ultima visita, 10 de julio de 2006.

A fin de volver aplicables estas normas, la guía establece además instrumentos de gabinete (instrumentos técnicos como imágenes satelitales, aerofotografía) y de campo (como visitas de inspección, levantamientos topográficos, fichas catastrales y documentación aportada por los involucrados), como herramientas de apoyo para el trabajo de los profesionales que a su cargo tienen la verificación correspondiente.

El procedimiento es bastante sencillo: se identifica en primer lugar las características de la zona investigada (dimensiones, localización, uso actual y potencial), llegando a determinarse la vocación y uso de suelo acorde con las mismas; luego, se aplican los pasos que para cada caso indica la guía y finalmente se realiza la valoración en términos objetivos, con apoyo en toda la información levantada. El criterio base para distinguir metodologías de evaluación radica en la extensión de los terrenos.

Tenemos pues un país en el cual se comprende como incluida la función ecológica de la propiedad dentro de la “económico-social”. En este caso, se hizo necesario explicitar caracteres ambientales pero no por la vía constitucional, sino por una interpretación extensiva del sentido de la norma suprema, plasmada en una regulación administrativa y con fundamento en otras leyes secundarias.

Esto, puede entenderse dentro de la dinámica propia de la población boliviana, en su mayoría indígena, y que ha sido parte de un proceso de reforma agrario anterior y más radical que el vivido por nuestro país. Bolivia es por otra parte un país con una diversidad geográfica muy grande y especialmente en las zonas bajas tenemos considerables zonas que han sido destinadas a la explotación forestal. Les resulta entonces indispensable que quienes tienen en su mano gran parte del territorio boliviano, al hacer uso del mismo observen parámetros ambientales, de manejo y conservación.

5.4. COMENTARIOS SOBRE LOS CASOS ANALIZADOS

En este punto, conviene realizar una diferenciación tomando como punto de partida las experiencias de los casos analizados en el numeral anterior.

Tenemos por una parte, un sistema en el cual lo ambiental no necesita ser explicitado normativamente, ya que es parte de la cultura legal y se entiende como incluido, como un elemento consustancial a las normas legales. Es un componente que efectivamente resulta transversal a todo el ordenamiento, pese a que no está necesariamente prescrito u obligatoriamente sancionado. Este es el caso de Costa Rica.

En el mencionado país, además existe un interesante desarrollo investigativo y académico sobre temas ambientales, como el aquí analizado. No obstante, esto es también un indicador de la manera de conducirse que quienes forman parte del sistema tienen respecto del medio ambiente y sus diferentes aristas. Podemos afirmar que Costa Rica ha institucionalizado un auténtico sistema de justicia ambiental especializado, a pesar de que esto no está íntegramente incluido en su Constitución.

Por otra parte, al mirar el caso de Colombia nos encontramos con que si bien existe la preocupación ambiental en el derecho nacional, se consideró adecuado y oportuno incluir una figura particularmente protectora a nivel constitucional. Hay que anotar aquí también que durante las discusiones del texto revisado, un factor que influyó mucho para su examen y posterior inclusión fue la relación íntima que mantienen el derecho ambiental –como derecho difuso- con los derechos colectivos.

Ya en la práctica se evidencia que la “función ecológica” de la propiedad es recurrentemente invocada en acciones vinculadas con territorios de comunidades y pueblos indígenas. Se han realizado investigaciones encaminadas a verificar el cumplimiento de la función ecológica en las tierras que forman parte por ejemplo de resguardos indígenas, especificándose lo que para cada diferente tipo de predio debe entenderse como función ecológica, y diferenciando las prácticas ancestrales –la

mayoría de ellas amigables con el entorno- de las introducidas con posterioridad en tiempos de conquista y colonización.

Para todos estos efectos, la utilidad como herramienta de garantía, de la norma constitucional, ha sido invaluable, pues al encontrarse en la cúspide del ordenamiento, es invocable por y ante todo órgano del poder público, y garantizada de forma plena. Colombia a orientado su “justicia constitucional” bajo lineamientos y principios ambientales.

Finalmente, Bolivia nos muestra un caso que podríamos calificar como más cercano a nuestra realidad. Esto es, no existe una norma constitucional explícita, tampoco una amplia cultura jurídica ambiental, pero subyace el criterio de preeminencia de valores ambientales. Esto último, se ha traducido en una declaración expresa de la autoridad nacional, al aprobar una guía administrativa que la recoge. No obstante, hay que señalar que esta regulación tuvo como antecedente la inaplicabilidad de la llamada Ley del INRA, que al consagrar la función económico –social de la propiedad omitió distinguir a qué en específico hacía referencia dicho concepto. Tenemos entonces que una situación similar a la ecuatoriana en cuanto a la presencia de conflictos entre cuerpos legales es resuelta (al menos parcialmente) a través de la voluntad de la autoridad que usando un mecanismo administrativo expide una reglamentación⁸, que se destaca por su sistematicidad y por incluir de manera expresa y clara lo ambiental. Sin embargo la aplicación de este instrumento no ha dado todos los resultados esperados, En efecto en muchas ocasiones no es posible cumplir con todas las exigencias técnicas que estos procedimientos requieren. Esto ha determinado que en la aplicación concreta se haya reducido a las zonas y condiciones en las cuales ha sido posible disponer de recursos económicos para hacerlo.⁹

Hay que anotar también que la Guía aquí citada ha podido aplicarse únicamente “a petición de parte” y no “de oficio”, ya que los costos de los peritajes y estudios

⁸ Gobierno de Bolivia, Guía para la verificación de la Función Social y de la Función Económico Social, op. cit. Ver nota 7.

⁹ Comunicación personal con Walter Rivera, abogado ambientalista boliviano, Quito, Noviembre 14, 2006.

técnicos son muy altos, y además no son una exigencia continua ni permanente de la autoridad encargada, sino que son exigibles sólo cuando el administrado solicita el saneamiento de sus tierras por vía de la titulación y linderación técnica. Como dato adicional, apenas un 30% del total del suelo boliviano se encuentra completamente saneado; esto nos da un referente de la cantidad de predios en las que ha sido posible realizar la verificación del cumplimiento de la función económico-social de la tierra.

Podemos entonces evaluar cuál de todas estas situaciones planteadas es la que más se acerca a la realidad del Ecuador, y en general de la mayoría de los países de América Latina. Lo que se responda a esta inquietud, nos da la pauta de si es o no necesario expresamente hablar de la función ecológica de la propiedad en nuestro texto constitucional.

Hay que reconocer que los casos de Colombia y Costa Rica son situaciones deseables, óptimas incluso, pero excepcionales a fin de cuentas. Se necesitan crear consensos previos para lograr reformas estructurales en las instituciones. En Bolivia lo ambiental resulta íntimamente ligado a lo colectivo, a lo intercultural; signado por un proceso previo de reforma agraria, a partir de 1952, con todo y lo complejo para el ambiente que esto pudo significar.

5.5. LA REFORMA ¿PUEDE VENIR DESDE LA JURISPRUDENCIA?

De esta revisión hecha, constatamos que la incorporación de la dimensiones ambientales en el derecho de propiedad es un tema complejo en el cual caben diversas aproximaciones; desde la constitucionalista que podríamos calificarla como la normativa de mayor nivel, hasta las medidas administrativas –como en el caso boliviano-; sin embargo el resultado de tal proceso no depende tanto del nivel de la norma que se utiliza para lograr dicho fin sino de la actitud social (de legisladores, jueces, autoridades y ciudadanos) respecto al tema, lo que permite plasmar en la realidad la dimensión ambiental de la propiedad en variados marcos jurídicos.

Cuando esta interacción o las condiciones sociales referidas a la cultura jurídica y ambiental no son suficientes ni adecuadas, los esfuerzos de que diversa manera se implementan tienen resultados acotados.

Luego de lo revisado, consideramos que más que hablar de una reforma que nazca por la vía de la producción jurisprudencial podemos hablar de un desarrollo del contenido del derecho en el escenario de la actividad judicial.

Esto es también válido en relación a la producción legislativa; ésta es insuficiente

Esta mediación conducida por el razonamiento y explicación de lo que puede entenderse como el alcance del derecho de propiedad, está referida a una particular clase de tierras, como son por ejemplo las áreas de protección o de resguardos indígenas en las cuales se verifica la existencia de un bien jurídico diferente, a protegerse, que es la naturaleza y sus elementos.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

El caso que hemos estudiado, permite extraer conclusiones a muy diversos niveles, tanto en aspectos específicamente jurídicos, como otros que se refieren a las dinámicas sociales. Iniciemos con los aspectos jurídicos:

Importancia de trabajar con derechos de propiedad definidos y su potencial para acciones de conservación

La razón principal por la que la ex Hacienda San Francisco fue declarada “bosque y vegetación protectores”, fue la voluntad de sus propietarios. De esto podemos analizar algunos puntos.

El primero, tiene que ver con la forma en que se declaran zonas de protección. Si nosotros analizamos el mecanismo de los parques nacionales, por ejemplo, constatamos que para hacerse efectivo requiere de la expropiación de tierras que tienen un propietario, lo cual a más de ser económicamente costoso es socialmente conflictivo. El bosque protector de propiedad privada permite incorporar algunas zonas adicionales de protección sin presionar el presupuesto del Estado y con mínimos impactos sociales negativos. De hecho, son numerosos los casos de bosques protectores privados que al momento están cumpliendo un papel complementario al de las áreas protegidas estatales.

Segundo, al estar plenamente definidos los derechos de propiedad sobre áreas con potencial para la conservación, resulta más fácil establecer o constituir otro tipo de derechos que son también herramientas útiles para la conservación, como es el caso de las servidumbres ecológicas, o contratos tipo fideicomisos para conservación. De la mano con este hecho, la valoración de los servicios ambientales que puede permitir

negociar derechos y obligaciones requiere para ser efectiva de claros y definidos titulares de los derechos sobre el predio en cuestión. Se abren la puerta a la negociación de estímulos para la conservación. Si comparamos con situaciones de propiedad ambigua, mal definida o estatal, la propiedad claramente establecida permite apreciables ahorros en los costos de transacción. Este es un aspecto en el cual se confirma la tesis de Hardin, independientemente de la discusión más compleja sobre los sistemas de propiedad globales.

Tercero, en el campo de las relaciones privadas, la autonomía de la voluntad es el principio que impera para regularlas y es por esto que el desarrollo de figuras jurídicas afines a objetivos de protección es mucho más amplia y abierto que en el terreno de lo estatal, sujeto a disposiciones de carácter público. De otra parte, en muchas de las tierras con vocación de conservación, ésta no puede darse si no está el interés de sus propietarios en destinarlas a dicho fin; y una vez que dicha motivación es expresada, estamos frente a una herramienta de conservación privada.

Para concluir, en el caso concreto que hemos analizado, juegan un papel significativo las disposiciones legales por las cuales se busca conceder especiales garantías a los propietarios de predios dedicados a la conservación. Estas garantías son importantes en la toma de decisiones de los propietarios pero no se han mostrado como realmente efectivas para garantizar ni la propiedad ni el destino de conservación. Se mantiene la preponderancia de las normas agrarias y civiles por sobre las ambientales.

La relevancia de la dimensión social de la propiedad

Pasemos a revisar otra dimensión –un tanto más histórica- de la temática planteada. Durante la revolución francesa, la propiedad –junto con el libre mercado- son vistos como el paradigma de la convivencia social, al amparo de un estado mínimo y casi sin poderes de intervención. Dicho de otro modo, uno de los presupuestos del surgimiento del estado liberal fue el pleno reconocimiento del derecho de propiedad privada junto con la anulación de la ingerencia estatal en las relaciones particulares.

En este contexto, la cuestión de la propiedad es a primera vista muy simple, o es simplificada generalmente. Se reduce al ejercicio del derecho frente a la omisión por parte de terceros y la garantía del estado para su protección..

La problemática que en principio parece sencilla, no es tan clara; en la práctica ocurre que la famosa “mano invisible” no actúa eficientemente: no es por medio de mecanismos de mercado que la propiedad –y en general, la asignación de derechos de propiedad- entra “en acción” y produce casi instantáneamente una economía eficiente y equitativa, sino que produce desequilibrios sociales, y ecológicos profundos (así, este “autoequilibrio” propuesto por Smith, (1776) y que es la base de la economía de mercado, es discutible por factores como la exclusión social y la sobrecarga a los diferentes ecosistemas, que lo que llegan a producir son economías de mercado no controladas, saturadas).

Esto, también deslegitima el argumento de Smith de que la suma del bienestar individual es la que crea el bienestar común. Si la propiedad como derecho privado no considera en su finalidad lo que los otros y los que están por venir requieren como mínimos indispensables para su subsistencia, el beneficio que el propietario individual obtiene no es un componente del beneficio de la sociedad. Al contrario, lo resta, lo disminuye..

Retomando la perspectiva histórica, en el paso al estado social de derecho, se supera esta concepción individualista de los derechos y se da paso a las dimensiones sociales que limitan y regulan los derechos. . Se aprecia que la propiedad no es un derecho simple, sino una construcción social compleja. Implica el encuentro de más de un interés, de finalidades y criterios diversos, de realidades dispares y generalmente inequitativas. Implica el reconocer que la propiedad no puede permanecer impávida ante la realidad, que debe cumplir una función social.

Es aquí en donde más claramente se manifiesta el conflicto de interpretación existente entre lo que se entiende como el bien común y bien particular y lo que en la

práctica cada uno de ellos representa. El nuevo escenario –el del estado social-reconstruye la participación activa de estado no sólo como garantista sino también como interventor, decidor, con poderes que puede utilizarlos para asegurarse de que la propiedad no sirva únicamente a las necesidades de su titular, sino que aporte a la colectividad y su bienestar. Esta dimensión Social puede ser extendida en su contenido, para que incluya, tanto las responsabilidades con generaciones futuras, como con la naturaleza entendida como un sujeto de derecho en sí. Se abren así dos posibilidades entender que la responsabilidad ambiental de la propiedad es parte de la responsabilidad social o que existe además de la responsabilidad social una responsabilidad ambiental.

Debilidad en la construcción de la función social de la propiedad

La revisión que en este trabajo se ha hecho del derecho civil, el agrario y el ambiental, nos lleva a concluir que pese a haber sido concebida con una filosofía amplia, en la práctica la función social de la propiedad quedó reducida a un simple mecanismo de redistribución de la tierra. ¿Por qué? La principal razón es que la idea de extinguir el dominio privado, se ha reducido a un mecanismo de redistribución de tierras.

Con ello se han dejado de lado, descuidado, otros aspectos importantes de la “función social” y que tienen que ver con el uso racional de los suelos, la presión demográfica, la calidad de vida de los habitantes, entre otros. Hemos reducido la institución a una suerte de adjudicación vs. expropiación, y lo que es peor, teniendo como el componente principal la discusión en torno a cuánto es lo que en dinero debe para el estado al propietario afectado por dichas disposiciones de índole administrativo.

En este punto, no olvidemos que la idea originalmente enunciada no fue ésta. En su concepción, la “función social” pretendía ser una herramienta que coadyuve a lograr una sociedad más equitativa y a disminuir la concentración de poder –entiéndase tierras- en pocas manos. Estuvo pensada como una institución más compleja, y de múltiples dimensiones. En la cual era absolutamente central la regulación del uso del suelo a los

mayores beneficios posibles. En la práctica la redistribución de la tierra no ha impedido procesos de reconcentración, uso especulativo y por lo tanto con poca capacidad de generar empleo y en lo que nos concierne a nosotros sin posibilidades de incidir para un uso que evite erosión y deforestación.

La compleja red de competencias dispersas impide que los conflictos tengan una resolución.

Si analizamos la manera concreta en la cual el conflicto evoluciona se hacen evidentes los inconvenientes prácticos que surgen de la inadecuada articulación de cuerpos normativos diferentes que deben regular una realidad concreta en nuestro caso, es la de un bosque protector privado que mantiene como habitantes a poseedores y a propietarios del mismo.

La mayoría de las acciones que tienen relación con dicho predio, están vinculadas a la situación de los poseedores frente a los propietarios. A ambas partes les han sido costosas en más de un sentido. Y ninguna de las dos está dispuesta a ceder, puesto que tiene la plena convicción de que su postura y sus derechos están por sobre los de la otra parte. Aquí, el ordenamiento jurídico debería brindar soluciones que apoyen en la tarea de lograr seguridad jurídica, justicia social a sus ciudadanos. Como hemos visto, este objetivo, en la práctica, no es logrado.

Un punto importante es el hecho de que en la medida en que más instituciones o autoridades tienen la capacidad de intervenir y decidir, se abren más frentes desde los cuales plantear disputas, conflictos. Y dependiendo de cuál sea la óptica de las partes, entran en el “juego” más actores, a involucrarse.

Ejemplifiquemos lo dicho con nuestro caso de estudio: desde la mirada de los poseedores, el terreno sobre el cual se asientan es la tierra que ellos han trabajado durante años y por tanto pueden reclamarla ante las autoridades civiles; además, por ser una tierra en la que han realizado cultivos y mantenido ganado, es un predio

eminentemente agrario (bajo la jurisdicción del INDA), de otra parte, en caso de verse violentados en su posesión, pueden acudir a solicitar el auxilio de la policía o del jefe civil del cantón, y en tanto todas estas personas tratan de dar respuesta –de una u otra forma- a los requerimientos de los poseedores, pasan a formar parte de la problemática. Si miramos esto desde la perspectiva de los propietarios, por citar una muestra, las personas que ahí viven son ex trabajadores y por tanto sus requerimientos debieran remitirse al campo de lo laboral; además, su predio es ante todo un bosque protector, y toda acción contraria a sus fines debe ser juzgada y sancionada por el Ministerio del Ambiente; además, requiere de protección especial de la autoridad local de dicho Ministerio (el jefe distrital forestal).

Cuando tenemos esta posibilidad, de acudir a varias autoridades, y como contraparte la persistencia del conflicto, el resultado final es desgastante, y no logra sino crear desconfianza en las leyes y en las soluciones que el aparato estatal puede dar a sus múltiples requerimientos; más aún si se tiene la certeza que toda acción propuesta estará, a fin de cuentas, supeditada a la de una sola autoridad, el juez civil, quien es el único facultado para resolver el tema de la adquisición de la tierra vía prescripción o de la recuperación de la misma por medio de la reivindicación.

Entonces, la cadena de conflictos se mantiene y continuará hasta que dicha decisión judicial sea expedida, en última instancia, situación que si consideramos los tiempos promedio de resolución de un juicio ordinario, se resolverá en unos 5 a 10 años por lo menos. Durante ese tiempo, la situación de propiedad del bosque permanece incierta. La gravedad de estos fenómenos de dispersión se percibe, por ejemplo en el hecho de que la manera en la cual se identifican en el terreno los predios es diferente en las diversas entidades. Con ello se hacen casi imposibles acciones como la inscribir una declaratoria de bosque protector. Para terminar, se hace evidente que este prolongado conflicto que perjudica a las partes, solo puede generar beneficios para los intermediarios, los abogados de los litigantes y eventualmente los funcionarios involucrados.

Respecto al nivel legal en el cual se establece la función ambiental de

la propiedad

La elaboración del concepto de función “ecológico-ambiental” de la propiedad, como hemos visto en este trabajo, puede ubicarse en diferentes niveles de la pirámide normativa.

En las realidades estudiadas, cada país ha ajustado su manera de hacer las cosas a la necesidad de la dicha institución; así cuando hablamos de Costa Rica, vimos que debido al contexto nacional y a la importancia que los temas ambientales traen implícitos, para ellos, fue apremiante plantear el tema de la función ambiental de la propiedad y por la vía de la expedición de sentencias, los jueces asumieron el reto, llegando a construir instituciones como la posesión ecológica y la propiedad forestal. En este caso, tenemos que la vía expedita para el desarrollo conceptual y su aplicación en la práctica fue el uso de la administración de justicia, por vía de la jurisprudencia, que constituye una de las fuentes del Derecho.

En Bolivia, si bien la intención original no fue la de rescatar la función ambiental de la propiedad, vimos que eso puede lograrse a través de una norma de las de menor jerarquía, que es una resolución administrativa. El objetivo de dicha norma es la verificación del cumplimiento de la función económico social de la tierra pero en su contenido tiene disposiciones claramente enfocadas a verificar también el cumplimiento de la función ambiental de los suelos. Lo aplicadas o no que en la práctica sean estas disposiciones, nos puede remitir al análisis de la eficacia de la norma y, con ello, a pensar que no existe una interpretación directa que entienda como incluida a la función ambiental dentro de la social.

En cambio, Colombia tiene dicho con todas sus letras, en su Constitución, que la propiedad cumple una función social y que por ello le es “inherente” una función ambiental. No hay que desconocer que mucha de la fuerza que dicho precepto tomó en su momento se debió básicamente al empuje que desde la Corte Constitucional se dio a la “función ambiental”, ya que el hecho de proclamarla reiteradamente en sus fallos y tenerla como arista conductora de los mismos.

Dicho de otro modo, el sólo enunciado constitucional no es suficiente; hay que materializarlo, aplicarlo, darle un contenido en la práctica. Es fundamental que no sólo las normas se cambien, sino que también las conductas de los encargados de aplicarlas vayan conforme con los tiempos nuevos. En este punto, no obstante mantenemos que si bien puede ser innovador e interesante la inclusión de la figura de la función ecológica de la propiedad a futuro, por ejemplo, en proyectos de ley que se encuentran en debate – como es el caso del proyecto para la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad- debe siempre partirse de su reconocimiento por la norma suprema en el ordenamiento jurídico, que es la Constitución. Esto le otorga exigibilidad directa e inmediata a dicha figura, y hace que las normas de rango inferior queden supeditadas a su contenido y esencia, lo cual en la práctica con un poco de esfuerzo y de rigor legislativo es posible de lograr.

Hay que desarrollar mecanismos para que la hermenéutica judicial sea concatenada con el espíritu de las normas, pero desde una perspectiva integral, que incluya lo ambiental —por demás regulado— o que asocie las realidades puntuales con las condiciones particulares de cada caso. El juez tiene por tarea la aplicación de la ley y debe hacerlo en forma holística, sobre todo si esto es requerido por las partes litigantes en forma expresa.

Nuevamente constatamos que el sólo análisis de a norma queda inválido si no se le agrega el contexto y el contenido social del cual están invadidas todas las acciones humanas.

El Vacío Terreno de la Sociología del Derecho.

Al realizar el presente estudio, hemos visto la importancia que el análisis sociológico tienen al momento de explicar y analizar problemáticas de índole jurídico.

Uno de los ejes en torno a los que gravita este análisis, es el hecho de que la existencia de normas, leyes, reglamentos, no es garantía de legalidad ni legitimidad en la vida cotidiana. Siempre hay alguna forma de obviar su cumplimiento o de aplicarla con un espíritu y en un sentido diverso del que originó su expedición. La realidad social obedece a leyes que no son solamente las normas jurídicas.

Este problema redescubre un fenómeno muy común en la ley, que es el de su respuesta tardía a las realidades cotidianas. El mundo de la norma y el mundo real viven un permanente estado de ‘divorcio’ que vuelve ineficaz al primero y casi inmanejable, en términos de aplicación, al segundo. Y a esta conclusión no podemos llegar si no es con el apoyo del análisis social de la observancia de la ley, en su sentido más amplio.

En el caso del Ecuador es muy escaso el desarrollo de la reflexión sobre la manera en que la institución y el proceso legal se vincula con las dinámicas sociales. Estos estudios son indispensables para lograr que la normativa pueda tener efectos reales en la sociedad.

En este contexto ¿Cuán eficaz es la legislación como instrumento de conservación?

Concatenando lo dicho con otro de los temas estudiados conviene preguntarse: ¿es la legislación un instrumento eficaz para la conservación? Personalmente, considero que no; dicha cualidad no se ha demostrado en su totalidad, y esto porque tiene elevados costos, entre ellos los de transacción (en cuanto a la dificultad de tomar decisiones de consenso sobre temas en los que no existe acuerdos mínimos que garanticen su efectividad), políticos (esto, debido a la conformación de las instituciones encargadas de la creación y expedición de los diferentes cuerpos normativos), económico-sociales (ya que las normas van acompañadas de mecanismos cuyos costos, generalmente, son trasladados a los ciudadanos) y de aplicación (ya que para el cumplimiento de las misma es necesario estructurar entidades de vigilancia y control que, en más de una ocasión, representan gastos y no inversiones).

Además, nuestra cultura no se caracteriza por el respeto a la Ley y a la normativa en general, y de cualquier manera se busca cómo evitar su cumplimiento o supeditarlos tanto al cumplimiento de los demás como a la existencia de sanciones para las situaciones incumplimiento. Por todo lo dicho, es muy necesario que la conservación sea reorientada y responda como el producto de auténticas políticas estatales, de sólido cimiento y de dinámica promulgación y difusión entre la colectividad.

Sobre la compleja dinámica social del derecho

En este campo evidenciamos que la exégesis normativa no es suficiente para dilucidar y explicar el problema real de interacción entre las normas civiles y ambientales. Hay que introducir un análisis sociológico que explique las dinámicas de la posesión y sus posibles características (destructiva-protectiva), para así, enlazándola con la explicación normativa, diseñar mecanismos suficientes que compensen a los posibles perdedores y sus intereses, así como la manera más racional de solucionar estos conflictos.

Una pregunta que surge de todo este proceso es como podemos explicar que todo este proceso sea tan ineficiente, y con errores tan evidentes en la perspectiva de garantizar los valores que el sistema legal invoca como su razón de ser. En el caso que hemos visto los actores invocan, leyes y a través de ellas principios, que deberían dar como resultado la defensa de ciertos valores para la convivencia social. Estos valores, pueden considerarse que son: a) Una justicia social, (ley de reforma agraria) Una estabilidad jurídica (Código civil) c) Una defensa del ambiente, (leyes ambientales).

Sin embargo los resultados parecen insatisfactorios en todos los niveles. No hay redistribución, No hay seguridad jurídica, no hay tampoco protección del bosque. A pesar de ello este proceso es un proceso activo, en el cual se hacen muchos esfuerzos, y sería absurdo tanto afán si no hubiera algo que está en juego. ¿Que es? Podríamos proponer la hipótesis de que errores tan graves en el ordenamiento como es que una

instancia no puede procesar documento de otra por que usan un diferente sistema de referenciación geográfica, solamente son explicables como producto de una voluntad y estrategia deliberada, aunque no-confesada de generar tal contradicción y conflicto. De generar compartimentos estancos¹

De aquí surgen tres ideas que merecen una exploración ulterior.

a) La lógica de las instituciones de justicia no está marcada por una racionalidad funcional. Las instituciones del sistema legal no parecen estar animadas por una lógica de ser eficientes ejecutores de los valores y de su expresión en leyes, sino al contrario, tienen una lógica de dificultar el acceso a la solución. Esto les crea condiciones de poder, y dado que sus funciones son monopólicas les permite también estar en las condiciones ideales para acceder a rentas (Que son los costos de los servicios) o inclusive cobros ilegales.

Por otra parte nosotros vemos que en la dinámica de desarrollo de del derecho, el proceso por el cual se agregan, derechos, tiene un riesgo, y este es que cada desarrollo adicional de reconocimientos jurídico tendrá una tendencia a generar estructuras propias (tribunales especializados). Si esta agregación no se articula adecuadamente, nos encontraremos ante una situación en que los derechos en lugar de reforzarse, interferirán unos con otros. El proceso de garantizar derechos se ha convertido en un proceso de confundir derechos. La dinámica de la reivindicación de los derechos particulares entre en conflicto con el funcionamiento de un sistema de derecho, que es condición para que cualquier derecho pueda ser reclamado.

Otra dimensión en todo este proceso, es que constatamos que las partes no están tampoco dispuestas a dejar el proceso a un lado. Nadie desiste. No vemos una perspectiva de una racionalidad instrumental que calcule costos y beneficios. Parecerían estar presentes otros componentes, más allá de la propiedad directamente en juego.. Si tenemos en cuenta el hecho de que las personas involucradas tienen contactos e

¹ Podría pensarse de que el origen fue algún desconocimiento mutuo, sin embargo la persistencia de un error tan evidente solo nos parece explicable por una voluntad explicita.

interacciones mutuos que se remontan a varias generaciones podría estar indicándonos que más allá de lo que está en juego materialmente tenemos una dinámica de agravios. De ofensas, que no pueden ser transadas. Esto nos lleva a reconocer que en la dinámica de los procesos judiciales intervienen otros elementos, que podríamos llamar el tratamiento cultural del agravio, que determina también el comportamiento de los actores en las dinámicas legales.

A manera de recomendaciones

Consideramos que estas conclusiones tienen ciertas repercusiones prácticas, en concreto:

El aceptar que la propiedad lleva intrínseca una función ambiental es, un cambio de paradigma, que nos obliga a “reinterpretar” las categorías del derecho privado en general. Podemos dar algunas sugerencias relacionadas a este punto.

Por el lado del derecho positivo, es urgente plantear una reforma al principal cuerpo normativo de la propiedad, como es el Código Civil, con la cual se modifique el artículo 989,2 que contiene la forma de prueba de la posesión. Desde esta reforma, y considerando que el uso y disposición de los bienes constituye una de las facultades propias del dominio, el tipificar como acto posesorio la omisión de acciones contrarias al medio ambiente puede considerarse como una limitación adicional al dominio, cuyo origen sería la ley. Se puede, además, dar un nombre a esta figura limitante a la propiedad, que calza con lo que en Costa Rica se conoce como posesión ecológica, que tiende a reconocer el acceso que a la prescripción o reivindicación pueden tener los particulares sea por omisiones y no sólo por acciones. Se modificaría no sólo el principio de prueba de la posesión, sino también la forma de valorarla dentro de los conflictos posesorios.

² “Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo el dominio da derecho, como la corta de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión”.

Es necesario incluir el análisis ecosistémico y de impactos ambientales, previo al establecimiento de limitaciones para la conservación, así como la comprensión del concepto de sistema.³ Si bien los bosques merecen un tratamiento independiente, éste no puede estar alejado de su entorno, pues las cadenas tróficas y los ciclos de vida son interdependientes de sus sistemas. Estas interacciones garantizan una continuidad y su inclusión al momento de decidir sobre formas de limitación daría un sentido holístico a las herramientas jurídicas de conservación.

En forma adicional y para garantizar la observancia de las limitaciones ambientales, debe crearse un Registro Especial de Limitaciones al Dominio con objetivos de conservación, adscrito al Registro de la Propiedad, para lograr su publicidad y su oponibilidad frente a terceros y desde terceros; sólo así se asegura que respecto de estas herramientas legales no pueda alegarse desconocimiento al momento de probar su existencia o la posesión de las áreas gravadas.

Una potencial vía de acción para lograr estas reformas sería la creación de una ley marco uniforme relativa a propiedad (privada y forestal) y posesión ecológica que recoja, por ejemplo, esfuerzos de interpretación y aplicación de principios del derecho ambiental hechos por las cortes costarricenses en su elaboración jurisprudencial —en el tema de posesión ecológica—, así como figuras específicas como servidumbres ecológicas, usufructos parciales, modalidades contractuales de protección al ambiente, regulación de transferencia y cobro por servicios ambientales y constitución de fideicomisos, propiedades fiduciarias y patrimonios forestales privados; todo esto sin olvidar la visión ecosistémica antes descrita.

Con esta perspectiva, es de vital importancia recopilar las experiencias de los distintos países, que aporten con sus realidades para lograr consensos, por la vía de un instrumento que pese a ser parte del derecho internacional blando, puede ser un punto de partida y de presión externa. Finalmente, en esta ley marco, y en el debate en general, debieran incluirse temas relacionados como el de propiedad ancestral, que si bien es un tema indígena, también se adscribe en la problemática propiedad-posesión. Finalmente,

³ Mitchell, *op. cit.*

la ley marco tendrá que incluir formas de valoración ambiental a efectos de instrumentar contratos y estandarizar valores monetarios para los servicios ambientales.

Existe una necesidad apremiante de plantear la incorporación en las prácticas cotidianas —por medio de la difusión y participación comunitaria— de conocimientos sobre posibles formas privadas y contractuales de limitaciones al dominio que tengan un objetivo de conservación. Para ello tenemos a disposición argumentos válidos como son los derechos ambientales y sociales reconocidos, el derecho a una calidad de vida óptima y el acceso de las generaciones futuras a los recursos de la biosfera. Las políticas públicas existentes pueden servir de apoyo en cuanto base para el diseño e implementación programas de toma de conciencia sobre el valor intrínseco y agregado que la conservación tiene.

Luego de esto, conviene preguntarse, en qué consistiría o debiera consistir la evolución de la función del derecho de propiedad hacia conceptos más específicos, como el de función ecológica?

El primer elemento y de más cercana y clara apreciación, sería construir una disposición, de rango constitucional, que lo convierta en parte indispensable del análisis de la función social de la propiedad. Sobre este punto, hay que incluir lo relacionado con la dinámica de creación y expedición de normas constitucionales. Simplificándolo, ¿estaría dispuesto el “legislador” constitucional a incluir como institución jurídica propia y autónoma, la de la función ecológica de la propiedad? O a su vez, ¿preferiría explicitarla únicamente como una forma de ejemplificar que el concepto de función social contiene más de una categoría de “funciones” en su contenido? Volvemos al asunto de si el cambio es cuantitativo-descriptivo o cualitativo-esencial.

Quizá y la inclusión o no de una disposición de este estilo no genere un debate sobre la esencia de la propiedad y su función, sino que quede en el camino de la negociación sobre la utilidad política de tal o cual norma, para que determinado *establishment* permanezca.

Lo que hemos tratado de poner en evidencia es que a veces –y más cuando de por medio está un aspecto primordial de la calidad de vida de las personas en la tierra– es necesario decir las cosas, y no sólo darlas por entendidas, conocidas e interiorizadas.

Ya en la práctica, es importante que no olvidemos que considerar esta función ecológica no se traduce en mantener tierras improductivas a pretexto de conservarlas, sino en realizar un uso de ellas acorde con los límites que el mismo entorno impone y que son racionalmente previsibles por el propietario. Los recursos son limitados, eso todo el mundo lo sabe. La clave de esto es el manejo sostenible que de ellos puede impulsarse; lo difícil son los costos, básicamente económicos, de las actividades sustentables.

Costa Rica puede darse el lujo de no realizar reformas a sus Constitución, por un sencillo hecho, y es que no le hace falta. Sus jueces y abogados se han encargado de colocar en un sitio preponderante al medio ambiente, y el aparato estatal mantiene en sus políticas –de las que efectivamente se llevan a la práctica– principalmente aquellas vinculadas con acciones en pro del desarrollo humano integral y sustentable.

Ecuador podría avanzar mucho, si nuestra Constitución incluye esta figura, la función ecológica ambiental. Este cambio podría influir, en la percepción sobre el sistema ambiental protectorio, el criterio de los juzgadores, la formación de los abogados y en general la cultura de los ecuatorianos. La realidad nos muestra que el concepto de función social es insuficiente “para describir la situación que existe y debe existir entre los terceros y la comunidad con el medio ambiente”. Hay que actualizarlo, y que mejor que sea de forma explícita y dentro del ordenamiento positivo.

BIBLIOGRAFÍA

- Adroque, Manuel, *El derecho de propiedad en la actualidad. Introducción a sus nuevas expresiones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Aguilera Klink, Federico (editor), *Economía de los recursos naturales. Un enfoque institucional*, Fundación Argentaria, Visor Distribuciones, Madrid, 1995.
- Aguilera Klink, Federico, El fin de la tragedia de los comunales, en *Ecología Política*, No. 3, 1992.
- Albuja et. Al., *Introducción a los vertebrados ecuatorianos*, Escuela Politécnica Nacional, Quito, 1980.
- Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, tomo II, De los bienes, 2ª Edición, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1957.
- Barrantes, G. y Chávez H., *Valoración económica del daño en bosques naturales y costo de restauración, Estudio de caso: bosque húmedo tropical en el Ecuador, Informe de Consultoría*, Instituto de Políticas para la Sostenibilidad – IPS, 2001.
- Bourdieu, Pierre, *La Fuerza del Derecho*, Ed. Uniandes, Instituto Pensar: Siglo de Hombres Editores, Bogotá, 2000.
- Bretón, Víctor , *Capitalismo, reforma agraria y organización comunal en los Andes. Una introducción al caso ecuatoriano*, Edicions de la Universitat de Lleida, Lleida, 1997, pp.59.
- Bustamante A., Jorge, *Derecho ambiental, fundamentación y normativa*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Cabeza, Maite, The Concept of Weak Sustainability, en *Ecological Economics*, No. 17, 1996.
- Carlson, P. y Añazco, M., *Establecimiento y manejo de practicas agroforestales en la sierra ecuatoriana*, RED, Quito, 1990.
- Claro Solar, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. III, De los bienes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

- Comisión Nacional del Medio Ambiente de Chile (CONAMA), *Repertorio de instrumentos económicos para la gestión ambiental*, Santiago de Chile, 1998.
- Conesa, Vítora, *Guía metodológica para la evaluación del impacto ambiental*, Editorial Mundi-Prensa, Barcelona, 1997.
- Costanza, R. *et al.*, “The Value of the World’s Ecosystem Services and Natural Capital”, en *Ecological Economics*, No. 25, 1998.
- Duguit, León, *La transformación del Estado*, Librería Española y Extranjera Príncipe, Madrid 1924.
- Gatti, Eduardo, *El derecho real*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Hardin, Garrett. The tragedy of the commons, en *Science*, 1968, nº 162, p. 1243-1248.
- Izko X., y Burneo, D., Caja de herramientas para valoración ambiental de ecosistemas forestales, UICN, Quito, 2002.
- Larrea Holguín, Juan, *Derecho civil del Ecuador*, tomo VI, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1985.
- López, V., Conflictos socioambientales. Desafíos y propuestas para la gestión ambiental en América Latina, s/e, s/c, 2000.
- Mazeaud, H., et. Al, *Lecciones de Derecho Civil*, parte segunda, volumen IV, traducción de Alcalá –Zamora y Castillo L., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, pp.6.
- Mitchell, B., *La gestión de recursos y del medio ambiente*, versión española de Gómez D. y Gasco G., Editorial Mundi-Prensa, Madrid, 1999.
- Muñoz Cabrera, Reinaldo, La función social y ecológica de la propiedad, en *Lecturas sobre el Medio Ambiente*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000.
- Pearce, D. y Turner, K. *Economics of Natural Resources and the Environment*, Harvester, Wheatsheaf, 1990.
- Pérez Camacho, Efraín. *Derecho Ambiental y de los recursos naturales*, Editorial EDINO, Quito, 1995. pp. 251 y 525.

- Plan de Manejo del Bosque y Vegetación Protectores “ San Francisco”, estudios previos a la declaratoria de la categoría de protección, inédito, Quito, 1994.
- Plan de Manejo Integral del Bosque y Vegetación Protectores San Francisco, inédito, Quito, enero 2004.
- Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil*, tomo IV, Cárdenas, Tijuana, 1991.
- Ponce de León, Eugenia, Régimen Constitucional de la Propiedad, en *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, 2 000
- Puente, María Cristina, Las limitaciones al derecho de propiedad privada como elemento del desarrollo y manejo forestal. La propiedad y la posesión – diagnostico de un caso ecuatoriano, (inédito) , presentado en el IV Congreso Iberoamericano de Derecho Ambiental-Forestal. Santiago de Chile, noviembre de 2003.
- Puig Peña, Federico, *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo II, Derechos Reales, 3ª Edición, Ediciones Pirámide, Madrid, 1976.
- Robles, Gregorio, *Sociología del Derecho*, 2ª Edición. Civitas, Navarra, 1997.
- Rodríguez, Gloria Amparo, La función ecológica de la propiedad en la ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas, en *Propiedad, Conflicto y Medio Ambiente*, Beatriz Londoño Toro, editora académica, Colección Textos de Jurisprudencia, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004, pp. 112.
- Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, tomo II, Porrúa, México, 1998.
- Romero, C., *Economía de los recursos ambientales y naturales*, Alianza, Madrid, Madrid, 1994.
- Salazar Pablo et.al., *Outlook for Forest Sustainable Development in the Northwest Ecuador*, USAID, Quito, 1998.
- Santander M., Enrique, *Instituciones del derecho ambiental*, Ecoediciones, Bogotá, 2003.

Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, Libros I, II, III, estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun, ed., Alianza, Madrid, 1994.

UICN-Centro de Derecho Ambiental. *La Convención de la Diversidad Biológica: Una Guía Explicativa*. Primera edición en español. UICN-SUR. Quito, 1993.

Tisalema, Antonio, *Peritaje Forestal* realizado, dentro del juicio de prescripción adquisitiva de Dominio No. 140-97, tramitado en el Juzgado Vigésimo Segundo de lo Civil de Pichincha, San Miguel de los Bancos, 2002.

Valencia Zea, Arturo, *Derecho civil*, tomo II, Derechos reales, Temis, Bogotá, 1980.

Weber Max, *Ensayos de Sociología Contemporánea*, traducción de Mireia Bofil, de la edición original norteamericana de Oxford University Press (New York), Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 1972.

NORMATIVA NACIONAL ECUATORIANA

Acuerdo No 055. Expídese la regulación para la transferencia de competencias de este ministerio a los gobiernos seccionales. Registro Oficial No. 438, 23 de octubre de 2001.

Acuerdo No 102, Apruébase la Ordenanza de Parroquialización de San Miguel de los Bancos. Registro Oficial No. 195, Año I. viernes 2 de abril de 1971.

Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 1, 11 de agosto de 1998.

Código Civil con Jurisprudencia, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999.

Código de Procedimiento Civil, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998.

Codificación de la Ley de Desarrollo Agrario. Registro Oficial No. 55, 30 de abril de 1997.

Codificación de la Ley de Gestión Ambiental 2004-019, Registro Oficial Suplemento No 418, 10 de septiembre de 2004.

Codificación de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, Registro Oficial Suplemento 418 de 10 de septiembre de 2004.

Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Suplemento del Registro Oficial No 159, 5 de diciembre de 2005.

Decreto Ejecutivo No. 505. Registro Oficial No. 118, 28 de enero de 1999.

Disposiciones relativas a la protección y control de los Bosques Naturales y Manglares, Decreto 1907, Registro Oficial No. 482, de 13 de julio de 94.

Emítense la Normativa para el manejo forestal sustentable para aprovechamiento de madera en bosque húmedo plantaciones forestales, Registro Oficial No. 126, 24 de julio de 2000

Están sujetos al régimen forestal los bosques nativos, las plantaciones forestales y los bosque y vegetación protectores de dominio privado o comunitario, que se encuentren inscritos en el Registro Forestal (A 156. Registro Oficial No. 329. 30nov1999)

Ley de Creación del Cantón San Miguel de los Bancos, Registro Oficial No. número 622, Año III, jueves 14 de febrero de 1991.

Ley de Desarrollo Agrario, L. 54, Suplemento Registro Oficial No. 461, 14 de junio de 1994.

Ley de Fomento y Desarrollo Agropecuario, Registro Oficial No. 792, 15 de marzo de 1979.

Ley de Régimen Provincial, Registro Oficial No. 288, 20 de marzo de 2002.

Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social, Registro Oficial No 169, 8 de octubre de 1997 y Ley 2000-1, Suplemento Registro Oficial No. 20, 18 de noviembre de 2000.

Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, L. 74, Registro Oficial No. 64, 24 de agosto de 1981, y sus reformas.

Ley de Gestión Ambiental, L. 99-37, Registro Oficial No. 245, 30 de julio de 1999.

Ley Reformatoria al Código Penal, L. 99-49, Registro Oficial No. 2, 25 de enero de 2000.

Políticas Básicas Ambientales del Ecuador, De 1802, Registro Oficial No. 456 de 7 de junio de 1994.

Registro Forestal de Predios que comprenden bosque nativos, plantaciones forestales y los bosques y vegetación protectores de dominio privado o comunitario (A del Ministerio del Ambiente #104, de 21 de Diciembre de 2000. No fue publicado en el Registro Oficial.

Reglamento general de aplicación de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, Decreto Ejecutivo 1529, Registro Oficial No. 436 de 22 de febrero de 1983.

Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria, TULAS, DE 3399, publicado en el RO 725 de 16 de diciembre de 2002 y Edición Especial No. 2 del RO de 31 de marzo de 2003.

LINKS EN INTERNET:

Categorías de protección y manejo de la Unión Internacional para la conservación de la Naturaleza –UICN. En: <http://marcano.freeservers.com/areas/uicn.html> Última visita, 1 de marzo de 2007.

www.accionecologica.org/descargas/alertas/bosques/Alerta%2096Plantaciones%20de%20aeboles%20cono.doc Ultima visita, 20 de mayo de 2006.

Montané, Julio C., Diccionario para la lectura de textos coloniales en México, en: http://www.colson.edu.mx/testamentos/diccionario_montane.html . Ultima visita, 1 de marzo de 2007.

Secretaría de la Convención de Diversidad biológica, CDB, United Nations Environment Programme, www.biodiv.org/doc/world/ec-nr-01-es.pdf- Ultima visita, 1 de marzo de 2007.

Sitio Web del Gobierno de Bolivia, Guía para la verificación de la Función Social y de la Función Económico Social, en: <http://inra.gov.bo/portalv2/uploads/normas/fes.pdf> . Ultima visita, 1 de marzo de 2007.

Sitio Web del Sistema Costarricense de Información Jurídica, Constitución de la República de Costa Rica, vigente desde el ocho de noviembre de 1949 en: http://www.pgr.go.cr/scij/index_pgr.asp Ultima visita, 1 de marzo de 2007.

Sitio web de la Presidencia de la República de Colombia, Constitución Política de Colombia, en: <http://www.presidencia.gov.co/constitu//> Ultima visita, 1 de marzo de 2007.

Sitio web de la Presidencia de la república de Bolivia. Constitución Política del Estado, en: http://www.presidencia.gov.bo/leyes_decretos/constitucion_estado.asp. Ultima visita, 1 de marzo de 2007.