

**Acciones jurídicas para establecer  
responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador**



Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos  
INREDH

**Acciones jurídicas para establecer  
responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador**

Quito, octubre de 2010

# **Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador**

**Serie Investigación # 17**

**Editora:** Sandra Naula Cuenca  
Presidenta INREDH

**Autores:** Wilton Guaranda Mendoza

**Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH**

Av. 10 de Agosto N34 - 80 y Rumipamba - Piso 1 - Quito, Ecuador

(Frente a la parada El Florón, del Trolebus sur - norte)

Telefax: 593 2 2446970

Correo: [info@inredh.org](mailto:info@inredh.org)

Web: [www.inredh.org](http://www.inredh.org)

**ISBN:** ISBN 9978-980-23

**Derechos de autor:** 034193

**Primera edición:** octubre de 2010

**Edición y diagramación:** Comunicaciones INREDH

**Impresión:** Imprenta Cotopaxi

La presente investigación fue realizada por INREDH, en el marco del proyecto “Fortalecimiento de la Gobernabilidad Ambiental en la Provincia de Orellana”, con la participación de la Red de Líderes Populares Angel Shingre, el Gobierno Municipal de Orellana y el Gobierno Autónomo Provincial de Orellana; coordinado por la Asociación Catalana de Ingeniería Sin Fronteras, y gracias al apoyo de la Agencia Catalana de Cooperación para el Desarrollo, el Ayuntamiento de Tarragona, el Ayuntamiento de Reus, el Ayuntamiento de Cambrils, el Ayuntamiento de Salou y la Universidad Rovira y Virgil.

Quedan hechos los registros de ley; sin embargo, fieles a nuestros principios de acceso libre y democrático al conocimiento, autorizamos la reproducción total o parcial de esta obra, sin fines comerciales y debiendo remitirse a INREDH una copia de la publicación realizada.

# Contenido

Presentación	13
Agradecimiento	15
Introducción	17

## **CAPITULO I**

### **Consideraciones preliminares sobre responsabilidad por daño ambiental en el Ecuador**

1. Acepciones generales preliminares	29
2. Bien Jurídico a proteger en el Derecho Ambiental Ecuatoriano	30
3. Dimensión del Derecho Ambiental en el sistema jurídico ecuatoriano	33
4. Dimensión del Daño Ambiental en el Ecuador	36
5. Características del Daño Ambiental	41

## **CAPITULO II**

### **Naturaleza de la responsabilidad ambiental**

1. Objeto de la responsabilidad por daño ambiental	47
2. Responsabilidad subjetiva	50
3. Responsabilidad objetiva	53
4. Responsabilidad directa	59
5. Responsabilidad subsidiaria	60

**CAPITULO III****La responsabilidad de los sujetos que interviene en el daño ambiental**

1. Responsabilidad de los operadores de la actividad	66
2. Responsabilidad de los funcionarios públicos	68
3. Responsabilidad de los consumidores	71

**CAPITULO IV****La responsabilidad ambiental en relación a los sistemas sancionatorios**

1. Responsabilidad administrativa	75
2. Responsabilidad civil	84
3. Responsabilidad penal	88
4. Responsabilidad Constitucional	94

**CAPITULO V.****Acciones jurídicas para el acceso a la justicia ambiental***Sección I*

<i>Garantías procesales relevantes para el litigio ambiental</i>	99
------------------------------------------------------------------	----

1. Legitimación activa pública y popular	99
2. Principio in dubio pro natura	101
3. Reversión de la carga de la prueba	103
4. Imprescriptibilidad de las acciones legales para perseguir y sancionar daños ambientales	105

*Sección II*

<i>Acciones Constitucionales</i>	108
----------------------------------	-----

1. Acción de Protección	109
1.1. La Acción de Protección ampara directamente los derechos reconocidos en la Constitución.	112

1.2. La acción de protección es un amparo eficaz para tutelar los derechos	113
1.3. Requisitos de procedencia para interponer la Acción de Protección	114
1.4. La Acción de Protección en actividades ambientales	118
1.5. Cuando no procede la Acción de Protección?	122
1.6. Solicitud de medidas cautelares	125
1.7. Limitaciones de la Acción de Protección	129
2. Acción de Acceso a la Información Pública	133
3. Normas procesales aplicables a la Acción de Protección y la Acción de Acceso a la Información Pública	141
3.1. Requisitos formales	146
3.2. Procedimiento	148
4. Acción Extraordinaria de Protección	157
4.1. Objeto y procedencia de la Acción Extraordinaria de Protección	159
4.2. Requisitos formales	162
4.3. Procedimiento	165
5. Acción por Incumplimiento	168
5.1. Acción por Incumplimiento de una norma que integre el sistema jurídico	169
5.2. Acción por incumplimiento respecto de una sentencia	169
5.3. Acción de incumplimiento sobre decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos	171
5.4. Improcedencia de la Acción	172
5.5. Requisitos formales	173
5.6. Procedimiento	174
6. Acción de Inconstitucionalidad	176
6.1. Procedencia de la acción de inconstitucionalidad	179
6.2. Acción de Inconstitucionalidad contra normas legales	180
6.3. Acción de Inconstitucionalidad contra acto normativo	182
6.4. Acción de Inconstitucionalidad contra acto administrativo	184
6.5. Normas de procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad: Aspectos formales de la Acción	186
6.6. Limitaciones de la Acción de inconstitucionalidad	192

*Sección III*

<i>Acciones Administrativas</i>	194
1. Objeto de las acciones administrativas	195
2. Legitimados activos para interponer acciones administrativas	197
3. Legitimados pasivos en las acciones administrativas	198
4. Acción administrativas contra particular	199
5. Acción administrativa contra empresas estatales o funcionario/a público	200
6. Instituciones con competencia para conocer acciones administrativas ambientales	203
7. Procedimiento de la acción administrativa	207
8. Efectos de la falta de contestación de una demanda administrativa: El silencio administrativo	211
9. Recursos administrativos	216
10. La Acción Contenciosa Administrativa	223

*Sección IV*

<i>Acciones Civiles</i>	227
1. La Acción Verbal Sumaria por daños y perjuicios	227
2. Personas legitimadas para interponer demandas civiles por daños y perjuicios	228
3. Legitimados pasivos en las acciones civiles por daño ambiental	230
4. Requisitos formales y procedimentales de la acción civil por daños y perjuicios	231

*Sección V*

<i>Acciones Penales</i>	235
1. Los delitos contra el ambiente	235
2. Las contravenciones ambientales	240
3. Los grados de responsabilidad penal en los delitos contra el ambiente	241
4. Legitimación activa en el derecho penal ambiental	242
5. Legitimados pasivos en las acciones penales ambientales	244
6. Inicio de la Acción Penal	244

7. Requisitos que debe contener una denuncia penal ambiental	245
8. Trámite de la Acción Penal	246
9. Medidas cautelares penales	250

### *Sección VI*

<i>Acciones ante el Sistema Internacional de Justicia y derechos humanos</i>	252
------------------------------------------------------------------------------	-----

I. Acciones ante el Sistema Internacional de derechos humanos	257
---------------------------------------------------------------	-----

1. Acciones para la protección ambiental ante el Sistema Interamericano de derechos humanos	257
2. Legitimado activo para presentar acciones ante el Sistema Interamericano de derechos humanos	262
3. Legitimación pasiva en las acciones ante el Sistema Interamericano de derechos humanos	263
4. Las peticiones individuales: Requisitos para Presentación y Admisibilidad	264
5. Medidas Cautelares y Medidas Provisionales	267
6. Audiencias Especiales o Temáticas.	271
7. Informes anuales o de país	272

II. Acciones ante el Sistema de Naciones Unidas	273
-------------------------------------------------	-----

1. Las Naciones Unidas y el uso de los Instrumentos Internacionales ambientales	274
2. Órganos de las Naciones Unidas encargados de hacer cumplir los Instrumentos Internacionales.	279

III. Acciones ante La Corte Internacional de Justicia	280
-------------------------------------------------------	-----

1. Responsabilidad de los estados de respetar las normas del Derecho Internacional	282
2. La protección del ambiente en la Jurisdicción Internacional	283
3. Legitimados activos y pasivos en las acciones ante la CIJ	285
4. Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia	287
5. Procedimiento de litigio en la Corte Internacional de Justicia	288

**CAPITULO VI****La Reparación del daño ambiental a través de los mecanismos judiciales.**

1. Precisiones preliminares	293
2. Reparación, restauración, remediación, mitigación o rehabilitación ambiental	294
3. La indemnización y compensación por daño ambiental	299
4. Sistemas de Reparación ambiental	300
5. Valoración del ambiente para la reparación	309
6. Aproximación a una propuesta de reparación integral del daño ambiental.	315
<b>Conclusiones</b>	319
<b>Bibliografía</b>	329

## *Presentación*

### **Una propuesta importante en un escenario adverso**

La Iniciativa Yasuní, una Constitución que tiene la ecología como eje transversal y hasta un juzgado con capacidad de sancionar a quienes atenten contra los derechos de la naturaleza en las islas Galápagos, nos condujo a pensar que la ecología era un punto de suma importancia para el actual gobierno; sin embargo, los acontecimientos generados alrededor de estas iniciativas finalmente nos ha mostrado que la ecología es solo un discurso de interés para el gobierno y que le puede servir para todo, no solo para despertar simpatías internacionales, pues también puede constituirse en una buena excusa para reprimir.

En efecto, la propuesta, muy innovadora por cierto, de no extraer el petróleo del denominado campo ITT y dejarlo en tierra a cambio de un sistema de compensación financiera internacional, que en principio tendría el apoyo de países europeos, le dio un baño de popularidad ecológica al gobierno de Rafael Correa.

No era para menos, pues el Ecuador, aún necesitando de recursos para acelerar la inversión social que da cuerpo a la denominada “Revolución Ciudadana” renunciaba a percibir los 7.000 millones de dólares que le daría la explotación de las reservas de petróleo confirmadas que existen en el Bloque Ishpingo-Tambococho-Tiputini, más conocido como ITT.

Esta iniciativa cobró cuerpo y cada vez más fueron sumándose los países interesados en apoyarla, pues su principal argumento, el contribuir a la conservación del planeta e evitar el cambio climático, está en la agenda de discusión de las naciones desarrolladas. El Ecuador renuncia a 3.500 millones y la comunidad internacional provee de los otros 3.500 millones, ese es el

acuerdo para evitar quemar los 850 millones de barriles de petróleo existentes en el ITT.

La popularidad se acrecentó con un diseño constitucional, también innovador, aprobado en el año 2008. Este nuevo marco normativo presentaba un capítulo íntegro sobre los “derechos de la naturaleza”, concepto que puso a debatir a ecologistas y economistas de igual a igual.

El concepto de una defensa integral de los derechos humanos junto a los derechos de la naturaleza, llevó también al Defensor del Pueblo a modificar el nombre de esta institución, ahora denominada “Defensoría del Pueblo y de la Naturaleza”. Los cambios en esta institución no solo se quedaron en el nombre, pues además se implementaron espacios específicos para la protección de los derechos de la naturaleza.

Como si esto fuese poco, también en septiembre el gobierno anunció la creación del primer juzgado de los derechos de la naturaleza, y ha dicho que lo hará antes de que culmine el año 2010. Su sede estará en las islas Galápagos. Esta es una iniciativa que estará bajo la batuta de Projusticia, que, según *Diario La Hora*, ha devenido en ser una unidad ejecutora adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Hasta aquí, las acciones gubernamentales parecían ser coincidentes con el discurso oficial; sin embargo, muy pronto empezaron a mostrarse las grietas del discurso con una realidad poco compatible con la ecología.

A finales del año pasado el acuerdo del Yáruní parecía estar listo y se planificó firmarlo con los países que habían comprometido su participación, representados por el PNUD, en el marco de la XV Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, realizada en Copenhague, pero esto no ocurrió así; al contrario, Correa aseguró que este acuerdo interfería en la soberanía nacional.

Correa cuestionó a la Comisión Negociadora de la Iniciativa Yasuní, encargada de convencer a los países desarrollados a que sumen sus aportes a esta propuesta. Lo irónico del caso es que, después de una serie de críticas y desafilaciones de militantes del partido de gobierno, las negociaciones avanzaron y se firmó el tan anhelado fideicomiso, con muy pocas modificaciones.

La firma del fideicomiso dio mucho optimismo a las organizaciones ecologistas; pero, mientras avanzaban las negociaciones de la Iniciativa Yasuní, el gobierno aclaraba que tiene previsto un “Plan B”, en caso que la comunidad internacional no pueda juntar los recursos requeridos.

Las expresiones de optimismo, debieron frenarse ante la evidencia de que el denominado “Plan B” es la única alternativa que el gobierno nacional maneja, y que el efecto mediático causado por la negociación de la Iniciativa Yasuní y la firma del fideicomiso no es más que eso, un efecto mediático para ganar simpatía y distraer a las organizaciones ecologistas y a los indígenas.

Un comunicado del gerente de Petroamazonas al Ministro de Recursos No Renovables, sobre avances dados en el Yasuní para lograr la explotación del petróleo en esta zona cogió de sorpresa a quienes habían confiado en la oferta presidencial y creían que la Iniciativa Yasuní era un hecho irreversible.

En el comunicado, el gerente de Petroamazonas da cuenta de los avances y el cronograma para la explotación petrolera del ITT, y afirma que *“se ha dado instrucciones al personal que estará trabajando en la zona de Tiputini para que se maneje el discurso propuesto por el Ejecutivo, en el sentido de que la Alternativa A, de dejar el petróleo bajo tierra, es la prioridad del Gobierno Nacional”*.

Siendo así, la negociación y la firma del fideicomiso solo fue una cortina de humo para ocultar los trabajos que ya se iniciaron en el Yasuní; incluso, en el pueblo de Tiputini, del cantón Aguarico, en la provincia de Orellana, que será la cabeza de playa para desarrollar este proyecto, ya se acordó el apoyo de las autoridades locales a Petroecuador. “Existe decisión unánime para implementar el proyecto con la condición de que se cumplan todos los compromisos para el beneficio de los pobladores de este cantón”, asegura el coordinador de gestión ambiental de Petroecuador, según la revista Vanguardia.

Las contradicciones del gobierno llevó a Alemania, principal auspiciante de la iniciativa, a retirarse de esta propuesta, dejando al gobierno nacional sin la principal carta de negociación para lograr el apoyo internacional que se requiere para no explotar el Yasuní, y entonces el “Plan B” se erige como el único aplicable.

Por otra parte, las grandes mineras están prestas a meter su maquinaria

depredadora en el sur del país, no solo con el aval de un gobierno que se autoproclama ecologista, sino con su total protección, pues este gobierno está dispuesto a movilizar todos sus órganos de seguridad para garantizar a las empresas un área limpia de pequeña minería o minería artesanal, solo así se puede explicar la violeta represión y desalojo que sufrieron los mineros de Morona Santiago, a mediados del mes de septiembre del 2010.

Con la opinión adversa, el gobierno lanzó una nueva propuesta, la creación del Juzgado para Los Derechos de la Naturaleza, pero lo hace en una zona lejana a los conflictos sociales que provocará la expansión extractivista y en donde si será realmente necesaria la existencia de una instancia de esta índole. Sin duda Galápagos necesita este juzgado para proteger su ecosistema, y a los ojos del mundo entero esta acción genera simpatías, pero también es cierto que allí no es donde se darán los mayores conflictos.

Finalmente, la imagen ecologista del gobierno lo lleva a elaborar decretos absurdos, como el Acuerdo 80, del 13 de mayo del 2010, suscrito por la Ministra de Ambiente que declara como “bosque y vegetación protectora” al área del Triángulo de Cuembí, en el río San Miguel Y Putumayo, frontera con Colombia. Esta zona es habitada por comunidades indígenas kichwas amazónicas y el acuerdo 80 provocará su desplazamiento; pero esto no es importante para el gobierno, empeñado también en usar la ecología como un elemento de seguridad fronteriza.

Es en este escenario en el que INREDH creyó sumamente pertinente entregar a los activistas de los derechos de la naturaleza, un instrumento de lucha legal, que posibilite la defensa jurídica de estos derechos y lleve al banquillo de los acusados, no a quienes la defienden, sino a quienes agreden a la naturaleza.

Este es un esfuerzo académico que debe conjugarse con la acción jurídica y la movilización social, pues se nos avecinan tiempos de nuevas luchas, de nuevas resistencias, en las que la vocación depredadora del gobierno se develará, al igual que sus nuevas tácticas de represión y fragmentación de la base social.

**Luis Ángel Saavedra**  
**Director INREDH**

## **Agradecimientos**

A los defensores de derechos humanos y de la naturaleza, especialmente a los defensores de la amazonía ecuatoriana, por ser quienes con su ejemplo y exigencia diaria han motivado la construcción de este documento.

Al INREDH, Ingeniería Sin Fronteras, Red de Líderes Comunitarios Ángel Shingre y a sus contrapartes y auspiciantes, sin cuyo apoyo este documento no hubiera sido posible.

A mis compañeros y profesores de la maestría del Instituto de Postgrado en Ciencias Internacionales de la Universidad Central, cuyos debates semanales inspiraron la realización de varios contenidos del presente estudio.



## **INTRODUCCIÓN**



En estos últimos años hemos sido testigos de un sinnúmero de hechos que han golpeado fuertemente el destino de varias comunidades comprometiendo tanto sus derechos fundamentales como los derechos de la naturaleza.

En nuestra mente se encuentran latentes los daños provocados por el derrame de petróleo de la refinería de Esmeraldas ocurrido el 26 de febrero de 1998 que provocó un incendio en la comunidad de la Propicia que produjo la mayor catástrofe que se ha dado en la Refinería y en la historia de la explotación petrolera en el Ecuador produciendo la muerte de 33 personas, 18 afectados con quemaduras graves, 15 ahogados y más de 100 heridos en el sector donde se quemaron alrededor de 1800 casas.

Todavía sentimos las heridas abiertas dejadas por los daños provocados por la compañía Texaco en la amazonía. Sentimos como si fuera hoy el derrame de petróleo del oleoducto de crudos pesados OCP ocurrido el 25 de febrero del 2009 en el sitio Santa Rosa en la provincia del Napo, que afectó la flora y fauna de la zona de influencia, dejando sin abastecimiento de agua al Cantón Francisco de Orellana.

Nos duele el recuerdo del siniestro registrado en el río Cuyabeno, el pasado 18 de agosto de 2006, en donde fueron afectados más de catorce ecosistemas únicos en el país y el mundo con cerca de 14000 barriles de crudo derramados.

O el derrame ocurrido el 03 de marzo de 2008 cuando un alud arrasó un tramo del Sistema de Oleoducto Transecuatoriano (SOTE) en el sector de El Reventador, a unos 60 kilómetros al este de Quito, vertiendo cerca de 4.000 barriles de crudo que contaminó el río Quijos, afluente del Coca que atraviesa la población de Francisco de Orellana sobrepasando los 500 Km. de contaminación que provocó que el cantón Coca estuviera algunos días sin agua potable.

Quizás nos recordamos del derrame de petróleo ocurrido el 01 de febre-

ro de 2008, en los límites de la reserva natural del Yasuní en el campo operado por Repsol YPF, que contaminó parte del parque Nacional Yasuní, afectando a la flora y fauna, así como recursos naturales existentes en la zona.

Tal vez nos viene a la mente la deforestación de la selva esmeraldeña provocada por la tala indiscriminada legal e ilegal de madera provocada por diversos actores que han dejado miles de hectáreas de biodiversidad en el vacío poniendo en riesgo el ciclo ecológico de la zona norte.

De la misma manera podemos relevar con tristeza la deforestación de la selva amazónica, provocada por la explotación ilegal de madera en el Yasuní que ha devenido en la confrontación y muerte de integrantes de los pueblos libres y la deforestación de numerosas hectáreas que contienen una de los espacios de mayor biodiversidad del mundo.

Tampoco se nos puede olvidar la grave situación ambiental generada por la explotación minera en el sur del país. Los ríos contaminados de Tenguel, la emergencia ambiental en la Josefina, la calamitosa situación de Portovelo y Josefina. Y no podemos dejar de mencionar las heces fecales que integran el río Machángara o el aire con olor a diesel que se dispersa por las grandes ciudades.

Podríamos gastar miles de páginas mencionando las situaciones más calamitosas para las personas y la naturaleza, pero debemos detenernos para mostrar lo que han realizado las autoridades ambientales y la justicia ecuatoriana para sancionar a los responsables de estos hechos y ciertamente que la realidad nos muestra un panorama muy desalentador, pues la mayoría de estos eventos no han sido sancionados, o si han recibido sanciones las mismas no han sido suficientemente ejemplares y contundentes. En otros casos, si bien muchas personas han logrado una suma importante de dinero como indemnización por el sufrimiento ocasionado a causa de estos actos de contaminación, la naturaleza aún sigue con las heridas abiertas, lo cual nos muestra una especie de impunidad ecológica difícil de cuantificar pero fácil de identificar cuando recorremos los ríos amazónicos, vemos imágenes de la selva ecuatoriana o visitamos los sitios que hasta hace pocos años eran refugios de flora y fauna natural.

Frente a este panorama existe una esperanza –la justicia- que aunque tarda, llega y al parecer nuestro sistema jurídico tiene grandes retos y posibilidades para que así acontezca.

El establecimiento del Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia, la concepción de un estado plurinacional en donde se reconoce un nuevo modelo de desarrollo basado en el Sumak Kawsay o buen vivir y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, integran el nuevo

marco de referencia que nos permite pensar con optimismo en que las acciones de daños ambientales y de la naturaleza no se vuelvan a repetir.

Este nuevo marco constitucional nos indica en sus raíces que la protección del ambiente y la naturaleza constituyen en esencia la protección del futuro de la humanidad y consecuentemente de las próximas generaciones. Debido a esta importancia, se torna imprescindible promover dentro del sistema ambiental la responsabilidad de todo actor social para que sus actos u omisiones sean respetuosos del derecho de las personas a disfrutar de un ambiente sano y libre de contaminación así como hacer efectivo los derechos de la naturaleza, contribuyendo de este modo a la realización de los principios de sustentabilidad ambiental y el buen vivir.

La actual Constitución de la República del Ecuador, caracterizada por ser una de las constituciones más vanguardista si se quiere en materia de protección de los derechos ambientales y de la naturaleza, ha establecido en su estructura orgánica y dogmática fuertes disposiciones que establecen un marco novedoso de acciones judiciales para proteger el ambiente, así como los sistemas sustantivos para establecer la responsabilidad de los causantes del daño ambiental.

La actual Constitución de Ecuador aprobado en referéndum del 28 de septiembre de 2008, establece un “Estado de derechos” que se fundamenta en los derechos colectivos y ambientales, donde el Estado se convierte en garante y actor de tales, desplazando la prioridad dada a las garantías individuales de la anterior constitución. Esta Constitución permite en esencia, aunque no se evidencie mayormente en la práctica, la desarticulación del modelo de estado de derecho y economía social de mercado para pasar de una “constitución de libertades” a una “constitución del bienestar” transversalmente adornada por la filosofía comunitaria ancestral del “buen vivir” de los pueblos indígenas, recogido explícitamente en el texto *sumak kawsay*.

El establecimiento del derecho al ambiente sano como un derecho humano, y más recientemente el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, empiezan a cuestionar la eficacia de los instrumentos para sancionar los daños ambientales. Pareciera ser que a mayor nivel de impacto de las actividades del ser humano, menor es la eficacia de los instrumentos de control y sanción, lo cual crea la necesidad de establecer mecanismos creativos y efectivos que incidan sobre la protección real del ambiente y la naturaleza. Sin embargo, consensuar estos mecanismos entraña una complejidad debido a que en esta relación están inmersos actores y bienes jurídicos protegidos de diversa índole que pueden colisionar y hacer difícil su aplicación.

Realizar un estudio sobre los sistemas de responsabilidad por daño ambiental y las acciones jurídicas para establecer dichas responsabilidades constituyen por lo tanto una doble manera de adentrarse en el conocimiento de los fines del derecho ambiental, pues por un lado se pueden comprender los mecanismos para el acceso a la justicia ambiental o ecológica y por otro lado, se logra definir propuestas y estrategias de cómo acceder a dichos mecanismos. Ese es el objetivo central del presente estudio, que pretender primeramente abordar los mecanismos y sistemas de responsabilidad ambiental para concluir en las acciones jurídicas concretas que permitan a las personas acceder en términos de igualdad a obtener de la justicia constitucional y ordinaria la protección efectiva y eficaz a los derechos ambientales y de la naturaleza para obtener resultados individuales o socialmente justos.

El presente estudio no pretende agotar los conceptos ni muchos menos el debate de los temas que se abordarán, pues el autor es consciente que el tratamiento del derecho ambiental es su profundidad, es una tarea que recién empieza, por lo tanto en el presente trabajo el lector podrá hallar posturas básicas y propuestas epistemológicas que invitan a enriquecer la base teórica de los temas propuestos y animan a tomar una actitud positiva para la exigibilidad de los derechos ambientales que incidan en el respeto de los derechos del buen vivir y en la implementación de políticas públicas de parte del Estado.

En este sentido el presente estudio está integrado de seis capítulos divididos en varias secciones que abarcan un análisis de algunos subtemas relacionados al tema principal.

El capítulo primero se refiere a consideraciones preliminares sobre responsabilidad por daño ambiental en el Ecuador, en dicho capítulo se hace referencia a las acepciones generales preliminares en donde se identifica el bien Jurídico a proteger en el Derecho Ambiental Ecuatoriano, en él se establece que el estado ecuatoriano distingue como bien jurídico protegido dentro del ámbito del derecho ambiental tanto a la población como al ambiente en sí mismo, es decir a un colectivo indeterminado de personas y un conjunto de ecosistemas, lo cual es concordante con el moderno sistema de protección difusa y de transcendencia colectiva del derecho ambiental. Al mismo tiempo de establecer que existe otro sujeto o bien jurídico a proteger, la naturaleza, a quien se le otorga el mismo nivel de protección que los establecidos respecto de los derechos ambientales para los seres humanos.

En la dimensión del Derecho Ambiental en el sistema jurídico ecuatoriano estamos frente a un sistema de protección constitucional garantista y

ecosistémica del derecho ambiental, el cual establece reglas claras, profundamente ecológicas y abiertamente participativa para la observancia y cumplimiento tanto del estado, los particulares y las empresas.

Por su parte la dimensión del daño ambiental en el Ecuador se establece una categoría de daños cuyas características esta relacionada a lo ecosistémico, patrimonial y personal.

En el capítulo II se hace referencia a la naturaleza de la responsabilidad ambiental, en el cual se hace un análisis respecto del objeto de la responsabilidad por daño ambiental y sus diversas clasificaciones: Responsabilidad subjetiva y sus elementos constitutivos; Responsabilidad objetiva y sus características sancionatorias; la responsabilidad directa y la responsabilidad subsidiaria.

En el capítulo III, se analiza lo referente a la responsabilidad de los sujetos que interviene en el daño ambiental, en este sentido se hace referencia a la responsabilidad de los operadores de la actividad, la responsabilidad de los funcionarios públicos y una análisis a una responsabilidad ambiental que muy pocos han abordado, la responsabilidad de los consumidores.

Dentro del capítulo IV se aborda lo relacionado a la responsabilidad ambiental en relación a los sistemas sancionatorios, para dicho propósito se divide el presente análisis en cuatro tipos de responsabilidades que a criterio del autor se identifican en el sistema jurídico ecuatoriano, esto es la responsabilidad administrativa, la responsabilidad civil, la responsabilidad penal y una cuarta responsabilidad un poco difusa, la responsabilidad Constitucional.

El capítulo V hace referencia a las acciones jurídicas para el acceso a la justicia ambiental. El mencionado capítulo contiene seis secciones en los que se analizan las garantías procesales que la actual constitución presenta como relevantes para el litigio ambiental, estas son: la legitimación popular y pública para ejercer acciones por daño ambiental, el principio in dubio pro natura, la reversión de la carga de la prueba y la imprescriptibilidad de las acciones legales para perseguir y sancionar daños ambientales.

La Sección II aborda acerca de las acciones constitucionales que se pueden interponer para la protección o reparación ambiental como: La acción de protección, en donde se analizará acerca de sus requisitos, procedencia y estrategias para un buen uso de esta garantía constitucional. La Acción de Acceso a la Información Pública, sus límites, alcances, objeto y procedencia. Las normas procesales aplicables a la Acción de Protección y la Acción de Acceso a la Información Pública, los requisitos formales, competencia y Jurisdicción, legitimación Activa, legitimación pasiva, contenido de la demanda, procedimiento. La Acción Extraordinaria de Protección, su objeto

y procedencia, requisitos formales, procedimiento. La Acción por Incumplimiento, tanto de normas que integre el sistema jurídico como respecto de sentencias o sobre decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. La Acción de Inconstitucionalidad, su procedencia contra normas legales, contra acto normativo, contra acto administrativo. Las normas de procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad, los aspectos formales de la Acción, su procedimiento y trámite, así como los efectos de la sentencia.

La sección III, se refiere a las acciones administrativas, en cuya sección se analizará acerca del objeto de las acciones administrativas, los legitimados activos para interponer acciones administrativas, los legitimados pasivos en las acciones administrativas, la procedencia de la acción administrativa contra particular, la acción administrativa contra empresas estatales o funcionario/a público, las Instituciones con competencia para conocer acciones administrativas ambientales, el procedimiento de la acción administrativa, en cuyo caso se analizará dos aspectos: el trámite previsto en las actividades mineras y el trámite administrativo en actividades hidrocarburíferas, así como los efectos de la falta de contestación de una demanda administrativa, el silencio administrativo, los recursos administrativos, la Acción Contenciosa Administrativa y sus diversas modalidades.

La sección IV hace referencia a las acciones civiles, en cuyo texto se analizará lo concerniente a la Acción Verbal Sumaria por daños y perjuicios, las personas legitimadas para interponer demandas civiles por daños y perjuicios, los legitimados pasivos en las acciones civiles por daño ambiental, los requisitos formales y procedimentales de la acción civil por daños y perjuicios, la autoridad ante quien se interpone, el contenido de la demanda, el procedimiento y trámite de la Acción y las sanciones civiles por daño ambiental

La sección V se refiere a las acciones penales. En dicha sección se abordará acerca de los delitos contra el ambiente, las contravenciones ambientales, los grados de responsabilidad penal en los delitos contra el ambiente, la legitimación activa en el derecho penal ambiental, los legitimados pasivos en las acciones penales ambientales, los requisitos que debe contener una denuncia penal ambiental, el trámite de la acción penal y las distintas etapas del proceso propiamente dicho, así como el establecimiento de medidas cautelares penales.

La sección VI hace un estudio acerca de las acciones ante el Sistema Internacional de Justicia y derechos humanos, en el cual se identifican las acciones ante el Sistema Interamericano de derechos humanos, las peticiones individuales, los requisitos para Presentación y Admisibilidad, las medidas

cautelares y las medidas provisionales, las audiencias especiales o temáticas, los informes anuales o de país. También se hace una referencia a las acciones ante el Sistema de Naciones Unidas, la utilización de los órganos de las Naciones Unidas encargados de hacer cumplir los Instrumentos Internacionales. Las acciones ante La Corte Internacional de Justicia, el procedimiento de litigio en la Corte Internacional de Justicia y los aspectos más trascendentales de la responsabilidad internacional de los estados respecto del daño ambiental.

Finalmente, el capítulo VI trata sobre la reparación del daño ambiental a través de los mecanismos judiciales. En este capítulo se trata de realizar una aproximación a las distintas formas de enfocar la restauración ambiental, por tal razón se hará énfasis en la determinación de conceptos como reparación, restauración, remediación, mitigación o rehabilitación ambiental, la indemnización y compensación por daño ambiental, los sistemas de Reparación ambiental, la valoración del ambiente para la reparación, y para concluir una aproximación a una propuesta de reparación integral del daño ambiental.

Posiblemente por lo extenso del presente estudio algunos de los temas tratados no han podido ser abordados a entera profundidad o alcance. Debo confesar que el estudio ha tenido una limitación en cuanto ha preferido enfocar las vías jurídicas por daño ambiental respecto del derecho ambiental, quedando pendiente el abordaje de los aspectos relacionados a los derechos de la naturaleza, no porque sea menos importante sino porque considero que su defensa debe ser interdependiente e integral, pues si defendemos en los tribunales de justicia o ante la autoridad pública al ambiente sano y ecológicamente equilibrado como un derecho de los humanos, también debemos hacerlo con el mismo rigor en la perspectiva del derecho de la naturaleza, pues si el ambiente sano conlleva la realización de otros derechos humanos como el derecho a la salud física y mental, también ese ambiente sano es importante para la realización del derecho de la naturaleza a mantener sus ciclos vitales.

En las próximas líneas podrán observar algunos aspectos que han sido detectados desde la academia y el ejercicio profesional ambiental. Tal vez algunos ejemplos o citas resulten desalentadoras pero la intención no es provocar ese efecto sino que sirvan como enseñanzas para a partir de esas experiencias plantearse o replantearse si es posible una estrategia de litigio y exigibilidad diferente y más contundente que coadyuve a la realización del estado constitucional de derechos y justicia, pongan en práctica los derechos del buen vivir y hagan efectivos los derechos de la naturaleza.



## **CAPITULO I**

Consideraciones preliminares sobre responsabilidad  
por daño ambiental en el Ecuador



## 1. Acepciones generales preliminares

La responsabilidad, en sentido amplio, es una noción en virtud de la cual se atribuye a un sujeto el deber de cargar con las consecuencias de un evento cualquiera. Una vez establecida la responsabilidad, se generan vínculos y obligaciones con un tercero que ha sido víctima del daño o a quien se necesita proteger. La responsabilidad puede ser positiva y negativa.

La responsabilidad positiva se genera en virtud del cumplimiento de las obligaciones jurídicas que tiene el sujeto o institución responsable de llevar adelante actividades de impacto ambiental. Son las acciones que se ejercen en virtud del ejercicio de las competencias asignadas por la Ley o los valores axiológicos y principios del derecho ambiental que son aplicados por los actores de la producción.

La responsabilidad negativa genera el daño ambiental, se constituye a raíz del incumplimiento de obligaciones jurídicas (daño antijurídico) o aún por el cumplimiento de la norma (daño jurídico permisible), en el cual entra al debate las circunstancias del nexo causal entre el sujeto y el resultado del daño. Ejemplos de daños antijurídicos podemos encontrar en los daños que son provocados por violar las normas de descargas de efluentes o las normas de seguridad industrial; mientras que los daños jurídicos se pueden evidenciar en el daño progresivo provocado por la industria por la incorrecta aplicación en la medición de los parámetros de descargas líquidas<sup>1</sup>. Es aquí donde entran en escena los sistemas sancionatorios de la responsabilidad.

---

<sup>1</sup> Dentro de las actividades hidrocarburíferas, la norma permite descargas de agua o quema de gas a través de mecheros en niveles industriales, sin embargo, la exposición constante de las personas y animales que habitan alrededor de las zonas de influencia y que utilizan estas aguas como fuente de alimentación, han generado daños a su salud. Sin embargo, en materia ambiental no se trata a los daños como antijurídicos o jurídicos, pues el daño se lo considera daño perse.

Para el abordaje de las responsabilidades por daño ambiental es necesario definir dos conceptos básicos que integran esta temática. El primero de ellos tiene relación a la responsabilidad ambiental, para ello es necesario hacernos las preguntas: quién, cómo, cuando y porqué se puede endilgar una responsabilidad ambiental a un sujeto?. Y la segunda cuestión, tiene que ver con la definición, dimensión y alcances que los Estados otorgan al derecho y al daño ambiental, en cuyo caso resultan relevantes sus definiciones debido a que en gran medida, de esta base conceptual, los Estados definen su intervención. Dicho de otra forma, dependiendo el grado de importancia y relevancia que se otorgue al derecho y al daño ambiental, se establecerán los mecanismos de prevención, control y sanción a sus responsables.

Respecto de los sistemas de responsabilidades ambientales, estaré tratando en las siguientes secciones. Sin embargo para llegar a la comprensión de los conceptos en los que se basa el sistema de responsabilidad ambiental implementados por el Estado en los ámbitos políticos, administrativos y jurídicos es necesario verificar cual es el bien jurídico a proteger dentro del derecho ambiental ecuatoriano y consecuentemente cuál es la importancia que el Estado ha otorgado al daño ambiental, pues en gran medida el marco conceptual del ambiente define el alcance y valorización del daño ambiental.

## **2. Bien jurídico a proteger en el derecho ambiental.**

Los “*bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”<sup>2</sup>. En el derecho ambiental no es fácil determinar a simple vista el bien jurídico protegido, debido a que existen muchos criterios que impiden llegar a consensos, sin embargo, a efectos de determinar un elemento básico que nos permita entender porque el estado debe invertir recursos económicos, humanos, y tiempo en la protección ambiental, es necesario establecer que el principal bien jurídico a proteger dentro del derecho ambiental es el propio ambiente, del cual los seres humanos accedemos a los recursos y bienes que éste nos proporciona en función de sus procesos evolutivos. Este bien jurídico no queda suelto sino que se interrelaciona con otros bienes jurídicos que el Estado se ha

---

2 Vid., ROXIN, Claus; Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2da. Edición alemana y notas de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remasal, Madrid, 1997, Pág. 56. (las negritas son del texto).

propuesto proteger, principalmente la salud, la vida, la integridad física y la misma naturaleza.

Como lo sostiene Raúl Brañes, la consideración del ambiente como bien jurídico implica, por una parte, su definición desde el punto de vista de la ciencia jurídica, y por otra, reconocer que este concepto encierra en sí mismo una dualidad en la que se puede distinguir entre el ambiente propiamente tal y los elementos que lo integran.

Si partimos de la teoría que solo dentro de ambientes sanos las personas pueden disfrutar del más alto nivel de salud física y síquica; y, que la salud es parte fundamental para disfrutar de una calidad de vida sin interrupciones externas que afecten la dignidad y seguridad física y mental, llegamos a la conclusión que existen dos elementos en concreto que el derecho ambiental protege, esto es el ambiente y las personas, lo cual nos sitúa en una categoría superior, es decir, en reconocer que estamos frente a un sistema que protege bienes jurídicos colectivos que trascienden lo personal y se transmuta a lo global. No obstante esta postura, se ha cuestionado la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos, sobre todo por un sector doctrinario importante vinculado a la Escuela de Frankfurt, (entre ellos Hassemer, Naucke y Albrecht) quienes defienden una postura personalista, manifestando que aquellos intereses comunitarios constituyen una clara muestra del carácter expansionista del Derecho en sí mismo.

Además de esta postura, existen otras que inclusive niegan la existencia dentro del derecho ambiental de bienes jurídicos protegidos, pues consideran al sistema ambiental como un elemento accesorio a la sanidad de las personas y las prácticas industriales. En Alemania, por ejemplo, se ha desarrollado una intensa discusión acerca de si los bienes jurídicos ambientales han de ser considerados como bienes jurídicos ambientales (naturales) o prioritariamente administrativos (valorativos)<sup>3</sup> postura en la que no estamos de acuerdo debido a que niegan el carácter autónomo en que se ha desarrollado el derecho ambiental.

Afirmando lo sostenido por James Reátegui Sánchez<sup>4</sup>, *una de las características de los bienes colectivos es que en ellos no se presenta exclusión en su uso ni rivalidad en su consumo, lo que sí está presente en la configuración de los bienes jurídicos*

---

3 HEINE, Günter; “Derecho Penal del Medio Ambiente. Especial referencia al Derecho penal alemán”, en: CPC, N°25 (1985), Madrid, Pág.53

4 Especialista en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires- Argentina. Docente en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires.

*individuales, así por ejemplo, en el bien jurídico patrimonio existe una total exclusión y rivalidad en lo concerniente al uso y disfrute de la posesión del patrimonio de una persona en relación a los demás que con él componen el grupo social. Lo que no sucede en los bienes colectivos, en la cual pueden disfrutarlo todos los componentes de la sociedad, sin excepción alguna.* Por ejemplo, el caso de la seguridad colectiva, que lo puede disfrutar cualquier vecino de una localidad. Además, estos bienes no son distributivos, es decir, que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo concreto.

Además de la colectividad como bien jurídico protegido, la protección ambiental es también pluridimensional, en la medida que afecta tanto a bienes jurídicos individuales de las personas integrados por la vida, la salud, y eventualmente también la libertad y dignidad humana, como al bien jurídico supraindividual, que alude a las propias condiciones de existencia de la sociedad como tal y del que es titular la colectividad humana<sup>5</sup>. Con lo cual se demuestra que el objeto de protección constituye una confluencia o una síntesis de intereses individuales y colectivos.

La constitución de la República del Ecuador establece en el Art. 14 que *“Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay”*. Además, *“Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados”*. Esta disposición nos demuestra que el estado ecuatoriano establece como bien jurídico protegido dentro del ámbito del derecho ambiental tanto a la población como al ambiente en sí mismo, es decir a un colectivo indeterminado de personas y un conjunto de ecosistemas, lo cual es concordante con el moderno sistema de protección difusa y de transcendencia colectiva del derecho ambiental.

Por otro lado, el sistema jurídico ambiental ecuatoriano tiene otro elemento innovador muy interesante mediante el cual se incorpora otro bien jurídico de protección, nos referimos a la naturaleza. Al respecto, el Art. 71 de la Constitución de la República establece: *“la naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”*, lo cual nos indica que existe otro sujeto o bien jurídico a proteger,

---

5 LERMA GALLEGOS, Irene; “El delito ecológico”, en: CPC, N°58 (1996), Madrid. Pág.173.

la naturaleza, a quien se le otorga el mismo nivel de protección que los establecidos respecto de los seres humanos.

Mediante esta estructura constitucional, el ejercicio del derecho humano a un ambiente sano y el derecho a la naturaleza a su existencia mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales dependen de la interlocución de estos factores en los términos señalados en el artículo 395 numeral 1 de la Constitución que indica que el Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

La Constitución del Ecuador considera al ambiente como un bien jurídico propiamente, lo cual constituye el primer paso para la construcción de un sistema de responsabilidad ambiental en que la protección del ambiente sea susceptible de tutela por sí mismo.

### **3. Dimensión del derecho ambiental en el sistema jurídico ecuatoriano.**

El derecho ambiental en el Ecuador, es una rama del derecho relativamente nueva y moderna. Su reconocimiento se encuentra establecido en la constitución de la República y forma parte del régimen del sistema de protección de derechos humanos del Estado, conocido en la vigente Carta Magna como Régimen del Buen Vivir. La categoría de protección de este derecho incluye dos dimensiones. Por un lado es un derecho individual en razón del cual toda persona tiene derecho a un ambiente sano, y por otro lado, es un derecho colectivo en el sentido de que el estado reconoce a la población el derecho a vivir en un ambiente sano.

El derecho ambiental o derecho a un ambiente sano, al ser parte del sistema de protección de los derechos humanos constituye un elemento de protección, garantía y satisfacción de parte del Estado. Protección en el sentido de que el Estado tiene que establecer medidas positivas para que el derecho no tenga interferencias que pueda alterar o limitar su disfrute. Garantías en cuanto el estado debe establecer medidas concretas que tiendan a establecer mecanismos efectivos para los casos en los cuales las personas o el propio estado atente contra este derecho exista la posibilidad de exigir su reconocimiento o reparación. Y, la satisfacción en cuanto el estado debe

generar las condiciones necesarias para que este derecho sea disfrutable y no se vea afectado.

Los daños ambientales que han sucedido en la historia ecuatoriana, ocasionado principalmente por la industria hidrocarburífera y que han provocado un evidente perjuicio socio-ambiental y principalmente por el avance del derecho internacional que ha incorporado en la última década algunas disposiciones para el control y protección de elementos concretos de la naturaleza (animales, humedales, biodiversidad, bosques, etc) ha incidido para que en el Ecuador dentro de sus disposiciones constitucionales, legales y administrativas se establezcan normas ambientales con un enfoque ecosistémico e integral que incorpora los estándares fijados en las normas del derecho internacional de protección ambiental y principalmente los principios del *sof law* del derecho internacional. Así tenemos que nuestro sistema constitucional de protección del derecho ambiental incluye todos los conceptos modernos de protección ambiental que han sido fijados en las conferencias y cumbres internacionales en las cuales se han establecido Declaraciones sobre protección ambiental.

En este sentido, el régimen constitucional de protección de derecho ambiental ecuatoriano se ve constituido de los siguientes principios, procedimientos y garantías:

- a) El establecimiento del derecho individual y colectivo a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado;
- b) Reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos;
- c) Declaratoria de interés público sobre la conservación de la diversidad biológica
- d) El deber de protección del patrimonio natural;
- e) Reconocimiento de un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural;
- f) Establecimiento de políticas de gestión ambiental que se aplicarán de manera transversal y de obligatorio cumplimiento;
- g) La participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales, así como en la adopción de decisiones ambientales;
- h) Adopción de políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño (principio de prevención);
- i) Adopción de medidas protectoras, eficaces y oportunas sobre el im-

- pacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño (principio de precaución);
- j) Establecimiento de la responsabilidad objetiva por daños ambientales;
  - k) Obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas;
  - l) La responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente;
  - m) La imprescriptibilidad de las acciones legales para perseguir y sancionar los daños ambientales;
  - n) La acción subsidiaria del Estado para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas;
  - o) La responsabilidad de las servidoras o servidores públicos responsables de realizar el control ambiental;
  - p) La Acción Pública que permite a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental;
  - q) La posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio;
  - r) La reversión de la carga de la prueba sobre la inexistencia del daño potencial o real que recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado;
  - s) Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas;
  - t) La consulta previa sobre toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente;
  - u) Establecimiento de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza.
  - v) Establecimiento del principio *in dubio pro natura*, esto es, que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

La interrelación de estos elementos como parte constitutiva del derecho ambiental, nos permite comprender que estamos frente a un sistema de protección constitucional garantista y ecosistémico el cual establece reglas claras, profundamente ecológicas y abiertamente participativa para la observancia y cumplimiento tanto del estado, los particulares y las empresas. Esta línea de acción debe ser incorporada en la legislación infra constitucional

que para el efecto se expida o se reforme, sin perder de vista los principios de no regresividad y progresividad de los derechos a los que deben someterse los y las Asambleístas.

#### **4. Dimensión del daño ambiental en el Ecuador.**

Si bien el establecimiento del sistema de derecho ambiental es bastante protector y garantista, hablar de la dimensión del daño ambiental entraña un análisis bastante particular. Primeramente porque debemos partir de un criterio del deber ser del daño ambiental en torno a la nueva estructura constitucional, y seguidamente debemos analizar como el sistema actual del derecho ambiental ecuatoriano, define y dimensiona al daño ambiental, pues la definición y alcance del daño ambiental, es un presupuesto fundamental para el establecimiento de los sistemas de responsabilidad que nos permitirá tener los elementos necesarios para determinar las características del daño y sus posibles alcances conceptuales y procedimentales que posibilite el establecimiento objetivo de la remediación y la restauración por los daños ocasionados.

Como hemos mencionado, el interés de la tutela ambiental tiene varios componentes que son necesarios para el desarrollo humano, social, cultural, económico, etc. El primero de ellos tiene que ver con el sustento natural, es decir con la provisión de bienes y servicios de los recursos naturales que sirven al ser humano y que integran el ciclo ecológico de la naturaleza.

Los principales componentes naturales del ambiente que son necesarios para mantener una vida digna y que permiten a la vez proteger los derechos de la naturaleza se pueden resumir en los siguientes: suelo, aire y agua. Estos bienes naturales no sólo son útiles para la especie humana sino que son necesarias para el mantenimiento de las demás especies de los que depende la vida humana y la existencia de la tierra. Por tal razón, el derecho al disfrute de un ambiente sano está condicionado por algunos elementos esenciales como: (i) el acceso y adecuada calidad del agua; (ii) aire limpio de contaminantes que afecten la salud; (iii) suelo libre de contaminantes que podrían afectar el disfrute de la vivienda; (iv) el equilibrio ecológico; (v) la protección de la diversidad biológica, relacionada por ejemplo con la disponibilidad y calidad de los alimentos, medicinas y actividades tradicionales; (vi) la prevención y remediación de los daños al ambiente, etc. Elementos que al ser alterados inciden directamente sobre las condiciones de vida de los ecosistemas y las personas.

El segundo elemento a considerar dentro de este análisis es la conservación ecosistémica de las especies y ecosistemas como recursos o elementos primarios de los que depende nuestra propia existencia. En este sentido el daño ambiental se medirá en la medida que estos elementos pierdan su capacidad de servicio a los seres humanos y o al mantenimiento del ciclo natural o ecológico.

La tercera acepción dentro de la tutela ambiental es la reproducción de las relaciones sociales, es decir aquellas prácticas que se dan en un ambiente tal que influye en la generación de sistemas ideológicos, culturales, económicos, políticos e históricos. Y, finalmente la garantía de derechos, pues el ambiente en la medida que provee de bienes naturales y materiales a la sociedad que permiten su desarrollo y progreso, es también fuente de derechos y garantiza la ejecución y desarrollo de las capacidades sociales de una determinada colectividad.

Dentro de las acepciones generales del derecho de daños podemos destacar que a este se lo define como la aminoración o alteración del equilibrio favorable de un sujeto u objeto, la lesión del derecho ajeno consistente en quebranto económico recibido, merma en valor y disfrute patrimonial o extra patrimonial, la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral), etc.

Sin embargo, estas definiciones que parecen ser bastante claras respecto a la definición de daño, no está lo suficientemente clara cuando nos referimos al daño ambiental, pues el concepto de “daño ambiental” es una expresión ambivalente que designa unas veces a la alteración nociva del medio ambiente y otras a los efectos que tal alteración provoca en la salud de las personas y en sus bienes. Se ha incluido también dentro del concepto de “daño ambiental” toda la lesión al derecho subjetivo que tienen las personas a gozar y aprovecharse de un medio ambiente apropiado.

De lo mencionado anteriormente, se desprende que estamos frente a varios tipos de daños que involucra el sistema ambiental, los mismos que deben estar claramente identificados a fin de que el efecto de su reparación incida sobre el bien jurídico afectado. Por un lado, se destaca la existencia del daño civil que se integra por el daño al patrimonio y los derechos de las personas, y, por otra parte, el daño ecológico puro, es decir las afectaciones ecosistémicas producidas en el ambiente y la naturaleza.

Nuestro sistema jurídico establece tres clases de daños dentro del ámbito ambiental, estos son: El daño ambiental, el daño social y los daños ambientales colectivos.

La Ley de Gestión Ambiental en su glosario establece las definiciones de estas tres categorías de daños en los términos siguientes:

*Daño Ambiental.- Es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos.*

*Daños Sociales.- Son los ocasionados a la salud humana, al paisaje, al sosiego público y a los bienes públicos o privados, directamente afectados por actividad contaminante.*

*Derechos Ambientales Colectivos.- Son aquellos compartidos por la comunidad para gozar de un medio ambiente sano y libre de contaminación. Involucra valores estéticos, escénicos, recreativos, de integridad física y mental, y en general de la calidad de vida.*

Como observamos en la primera definición, el elemento trascendental para la calificación del daño ambiental es que el daño sea significativo. Pero, como dimensionar lo significativo?. Es evidente que el modelo de desarrollo de las sociedades establece las variables que constituyen la determinación de daño ambiental. Así podemos mencionar por ejemplo, que para una sociedad ecologista, la contaminación de un río que provoque la muerte de sus peces podría significar una alarma social por el daño irreparable que eso significaría para el ecosistema, mientras que para una sociedad más preocupada en el desarrollo industrial extractivo, la contaminación del mismo río sería un problema de menores dimensiones que ocuparía un ítem en los cálculos de externalidad económica. Para la cultura Shuar la pérdida de un árbol Arutam puede significar hondos impactos para su armonía psico-social<sup>6</sup>, mientras que el mismo árbol para un industrial maderero es simplemente un pedazo de madera que contiene una rentabilidad económica.

Por lo tanto, el significado y magnitud con que se califica al daño ambiental depende de las variables políticas, sociales y culturales determinadas por las interrelaciones del sistema de poder. Adicionalmente se debe tener en cuenta el marco axiológico y el régimen internacional ambiental que incide sobre la gestión ambiental interna, sin olvidar que dentro de la visión de daño ambiental es fundamental reconocer los derechos de la naturaleza.

Otro punto que no está claro en la definición proporcionada por la Ley de Gestión Ambiental es lo relacionado a la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo que provoque el daño, pues en términos del glosario de definiciones ésta tiene que afectar condiciones preexistentes en

---

6 Principalmente por la relación que los shamanes han establecido con él, considerándolo parte fundamental del escenario de curación y limpieza espiritual.

el medio ambiente o uno de sus componentes. Lo cual nuevamente nos genera otra interrogante, respecto a que se considera preexistente?. A primera vista podemos decir sin lugar a dudas que lo preexistente es algo que tuvo lugar antes de la existencia, sin embargo en el ámbito ambiental, difícilmente podemos encontrar mecanismos para determinar que precedió a la existencia de los elementos ecosistémicos afectados. O acaso la preexistencia está ligada a un factor de temporalidad a partir del momento en que se produjo el daño?.

No obstante la definición que nos proporciona la Ley de Gestión Ambiental podemos decir que “se considera un daño ambiental a aquellos que se producen sobre elementos del ecosistema o sobre un ecosistema en su totalidad y que se origina de un suceso ordinario (incidente) o extraordinario (accidente) que está vinculado con la actividad humana”.

El daño ambiental es el daño que se produce sobre el patrimonio ambiental afectando a la colectividad como también a la naturaleza. Se configura cuando la degradación de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico adquiere cierta gravedad que excede los niveles guía de calidad o los estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que la convivencia impone. *Es todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o sus procesos naturales, contraviniendo una disposición jurídica y que genera efectos negativos actuales o potenciales*<sup>7</sup>.

La Constitución de la República del Ecuador nos proporciona los fundamentos jurídicos que nos permiten verificar los elementos constitutivos del daño ambiental y las características que lo diferencian de otro tipo de daños. Estos elementos se encuentran implícitamente establecido en los artículos 14, 71 y 396 de la Constitución, y son los siguientes:

1. La alteración negativa o extinción de los elementos eco sistémicos (agua, aire, suelo, fauna, flora)
2. La afectación a los derechos subjetivos y objetivos, difusos y colectivos de las personas, vinculados con el daño ambiental (derecho de propiedad, salud, ambiente sano, integridad física, derecho al territorio, a la cultura, etc.)
3. La afectación a los derechos patrimoniales públicos, ejemplo: parques nacionales, áreas protegidas.

---

7 Carolina García, Responsabilidad por contaminación por hidrocarburos. Tesis de Maestría ante la Universidad del País Vasco.

4. La afectación a los derechos de la naturaleza (a la existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales).
5. La existencia de uno o más autores identificables.
6. El daño tiene que ser concreto, real y cuantificable (aunque no necesariamente significativo).
7. Debe existir una relación de causa-efecto entre el daño y los causantes del mismo.

Estos elementos del daño deben estar constituidos o precedidos por el siguiente estado de situación:

#### **a) La Acción.**

La acción puede prevenir de la trasgresión que haga una persona natural o jurídica de una norma por la cual se provoque el daño. Por ejemplo, el incumplimiento de parámetros de descargas (lo que se conoce como acción antijurídica del daño).

También el daño puede provenir de la acción que realice cualquier persona aunque esta cumpla con la norma establecida, pero que no obstante el cumplimiento de la norma, provoque un daño ambiental (lo que se conoce como daño jurídico).

#### **b) La Omisión**

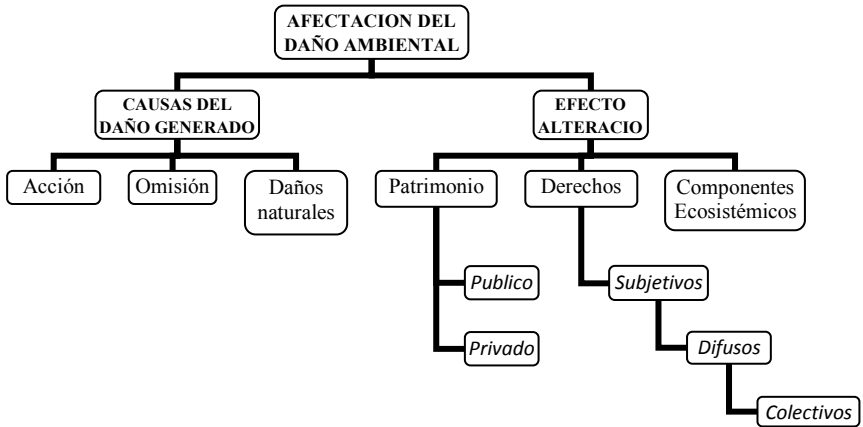
La omisión de la norma, esto es dejar de hacer lo que la norma establece es otro de los elementos que configuran el daño ambiental.

También la omisión puede provenir de la falta de diligencia en temas que aunque una ley no obligue específicamente a actuar, el sujeto está obligado hacerlo, como sucede con el uso de tecnologías de producción aun no prohibidas o reguladas por la ley, como por ejemplo, el bombardeo de nubes para dispersar las lluvias.

#### **c) Los daños naturales**

Otro elemento a considerar dentro del daño, son los daños naturales, esto es cuando existen daños que no pueden ser consecuencia de la acción u omisión de una persona, como sucede con los desastres o catástrofes naturales, en cuyo caso no se puede atribuir responsabilidad de ningún tipo por las consecuencias del mismo, al menos que, la magnitud de los efectos del

daño natural pudieran darse como consecuencia de la falta de previsión o manejo inadecuado del riesgo por parte de la autoridad responsable.



## 5. Características del daño ambiental.

Según las disposiciones de los artículos 396 y 397 de la Constitución, el daño ambiental se presenta en tres ámbitos: afecta a los elementos ecosistémicos de la naturaleza, afecta los derechos subjetivos de individuos determinados y afecta el interés común de la sociedad, por consiguiente, las características del derecho ambiental están determinadas en función de los efectos que produce el daño en estas tres dimensiones.

Sin pretender realizar un estudio pormenorizado de estas características, es necesario comprender e identificar las principales, de manera que se tenga una lectura comprensiva que sirva de base para cuantificar los daños y establecer los alcances de los sistemas de reparación ambiental. Estas características son las siguientes:

- **Es irreversible.** Todo daño ambiental, afecta de forma irreversible al ambiente, pues los elementos de la flora y fauna que son afectados, por mejores sistemas de reparación que se utilicen, no van a quedar en el mismo estado que antes. La contaminación de un río, la tala de un bosque protector, la muerte de especies endémicas, etc., implican cortar

con el proceso evolutivo de ese ecosistema, por tanto, la remediación o reparación que se utilice van a impedir su total destrucción o mejorar sus condiciones adversas, pero es imposible que devuelvan las cosas a su estado anterior en las mismas condiciones biológicas, al idéntico número de especies o a iguales procesos de evolución ecosistémica.

- **Es acumulable o de tracto sucesorio.** El daño ambiental tiene implicaciones más allá de los espacios reales de verificación del daño y del tiempo en que este se produce. Sus efectos no son estáticos sino que se prolongan en el tiempo. Ejemplo de aquello lo podemos observar en las actividades extractivas, en donde los daños ambientales provocados hace décadas, están siendo constatados actualmente, sin que en aquella ocasión se pudiera imaginar que tal situación sucedería, como por ejemplo, los casos de cáncer producto del consumo continuo del agua contaminada con hidrocarburos que las empresas petroleras descargaban a los ríos o la pérdida de especies endémicas como consecuencia de la deforestación de los bosques.
- **Es difuso, tanto por la forma de exteriorizarse como por la forma como se determina.** El daño ambiental no tiene víctima concreta. Incluso su propio efecto es identificable, pues en muchas ocasiones se debe esperar mucho tiempo para verificar el verdadero impacto del daño y medir sus consecuencias.
- **Es atemporal en la formación y efecto.** El daño ambiental puede producirse en un determinado tiempo, pero sus efectos pueden presentar en un tiempo indeterminado.
- **Es colectivo, pues puede presentar una pluralidad de actores, de víctimas o de ambos.** En la configuración de daño ambiental puede darse la concurrencia de varios actores que por acción u omisión, lo constituyen. Por ejemplo, cuando en el daño interviene la autoridad pública que no aplicó o dejó de aplicar la norma de prevención y sanción, o el operador de la actividad que violó o inobservó la norma. Y, respecto de las víctimas, cuando el daño ambiental es transfronterizo sea a nivel local, provincial, nacional o internacional, en donde las víctimas no solo son aquellos que se encuentran en las áreas de influencia directa.
- **Es consecuencia de procesos tecnológicos.** La ciencia y la tecnología han desarrollado procesos de intervención al ambiente para facilitar la explotación de los recursos naturales o mejorar el aprovechamiento de los mismos. En esta tarea, se han generado daños ambientales por la incorrecta aplicación, uso indebido o impacto lógico de las modernas

tecnologías, como las generadas por el uso de transgénicos, sistemas de fumigación aérea, etc.

- **Carece de especialidad determinada.** No existe una especificación técnica que determine en que área específica de la ciencia podemos integrar a los daños ambientales, pues sus connotaciones son de diversa índole.



## **CAPITULO II**

Naturaleza de la responsabilidad ambiental



## 1. Objeto de la responsabilidad por daño ambiental.

La responsabilidad por daño ambiental tiene como propósito lograr que se responda por una acción u omisión en virtud de la aceptación voluntaria o la imposición coercitiva de las consecuencias generadas al ambiente, para hacer cumplir determinadas condiciones de resarcimiento o reparación.

La responsabilidad ambiental tiene su fundamento en los elementos de los principios ambientales universales tales como: contaminador-pagador, prevención y precaución.

*En relación al principio contaminador pagador, se establece que el contaminador debe pagar los costos de las medidas necesarias para reparar los daños ambientales producto de la actividad por él desarrollada hasta alcanzar los niveles ambientales aceptables establecidos por las autoridades públicas.*

Este principio que nació a raíz de la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro en 1992, establece en el principio 16 que: *“Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.*

El principio tiene dos componentes a considerar. El primero, consiste en la responsabilidad que tiene el operador de la actividad de devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costos de restauración total de los recursos naturales y de los servicios que prestan (el cual no se verá satisfecho con una mera indemnización en dinero). El segundo componente se refiere a que las empresas deben internalizar los costos asociados a los riesgos ambientales inherentes a las actividades que desarrollan, de modo que se reduzcan los riesgos de los daños ambientales. Esta acción se puede llevar adelante a través del establecimiento de tasas so-

bre productos, tasas por permisos administrativos, los permisos transables o comercializables y los subsidios, sistemas de multas, inversión en tecnología de punta, etc.

*En relación al principio de prevención*, la responsabilidad ambiental consiste en adoptar mecanismos y acciones para prevenir los daños ambientales a través de medidas que minimicen los efectos sobre el ambiente o logren que los efectos sean menores a los actualmente ocurridos. Se trata en definitiva de atacar la contaminación en su origen.

*Respecto al principio de precaución*, es responsabilidad del operador adoptar medidas precautelatorias «en caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño», para dicho fin no es necesario probar con informes científicos el riesgo del daño, lo importante es actuar bajo la lógica de protección anticipada, por lo tanto, el responsable de la actividad debe abstenerse de realizar el proyecto, realizarlo en otro sitio o realizar el proyecto, pero debiendo tomarse los correctivos anticipados.

La falta de información científica no es justificativa para atentar contra la naturaleza, por lo tanto es aplicable a todas las situaciones de incertidumbre, esta falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación ambiental.

A través del establecimiento de la responsabilidad ambiental se pone limitaciones a la relación entre el ser humano y la naturaleza para la garantía de derechos y el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales. La responsabilidad por los daños provocados constituye una condición *sine qua non* para lograr que los agentes económicos asuman las repercusiones negativas que pueden derivarse de sus actividades para el propio ambiente. Sin embargo, en la realidad, se justifican excepciones por razones económicas, no ecológicas pues en muchos casos en donde se ha demandado la aplicación del principio de precaución, la autoridad administrativa o judicial termina justificando la ejecución de la actividad antes que prohibirla por no demostrar su inocuidad.

La responsabilidad también debe establecerse con base a la doctrina del riesgo, pues quien obtiene un provecho o utilidad económica, aunque deje de ser el dueño o guardián, está obligado a responder por el daño injusto causado. La obligación resarcitoria debe corresponder a quien lucra y se beneficia con las cosas de las que se sirve, porque es el que crea el riesgo.

En definitiva, la responsabilidad por daño ambiental básicamente se expresa en los siguientes principios: (i) todo daño ambiental debe ser reparado,

cualquiera que sea su naturaleza (daño individual o colectivo y daño al patrimonio nacional); (ii) la reparación comprende de manera prioritaria la obligación de restablecer las cosas al estado que tenían antes de la generación del daño, si ello es posible (“recomponer”); y (iii) la reparación comprende además la obligación de indemnizar daños y perjuicios causados, incluidos aquellos que no queden cubiertos por la recomposición que se haga del daño<sup>8</sup>.

La Constitución de la República del Ecuador, en la relación a los sistemas de responsabilidad por daño ambiental establece algunos presupuestos sobre los cuales debe juzgarse la responsabilidad de los autores del daño. Estos presupuestos se encuentran establecidos en los artículos 395 y 396 de la Carta Suprema, y se refieren a lo siguiente:

- La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas<sup>9</sup>.
- Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente<sup>10</sup>.
- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas<sup>11</sup>.
- La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental<sup>12</sup>.

Del contenido de estas disposiciones constitucionales podemos establecer algunos criterios sobre los cuales se sustenta la responsabilidad por daño ambiental en el Ecuador, el mismo que se resume en los siguientes aspectos:

- a. Objetivamente el operador de una actividad es responsable del daño, lo

---

8 Raúl Brañes, ‘el derecho para el desarrollo sostenible en la América Latina de nuestros días, Revista de Derecho Ambiental, Ciudad de México, octubre de 2005. Pág. 27.

9 Art. 396 Párrafo segundo de la Constitución de la República 2008

10 Art. 396 Ibidem

11 Art. 397 de la Constitución de la República 2008

12 Art. 397 Ibidem.

- que implica que sin perjuicio de que se establezca judicial o administrativamente su grado de responsabilidad, debe implementar los mecanismos de reparación y restauración ecosistémica y de afectación a los derechos que su actividad haya generado.
- b. Por la responsabilidad objetiva, se presume que el operador de la actividad es el responsable de los daños ocasionados, a menos que él demuestre lo contrario, activándose de esta manera el principio procesal de reversión de la carga de la prueba
  - c. La responsabilidad en prevenir, mitigar o reparar el daño ambiental debe efectuarse de forma directa por quien esté a cargo de la actividad generadora del daño. Sin perjuicio de que subsidiariamente, el Estado asuma esta responsabilidad ante la falta de actuación del responsable directo, lo cual le confiere al estado la facultad de iniciar procesos de repetición contra quien no actuó de forma oportuna.
  - d. Los sujetos contra quienes recae la responsabilidad se extienden a los funcionarios públicos que por su acción u omisión o falta de diligencia oportuna y efectiva, generen la configuración del daño ambiental.

## **2. Responsabilidad Subjetiva**

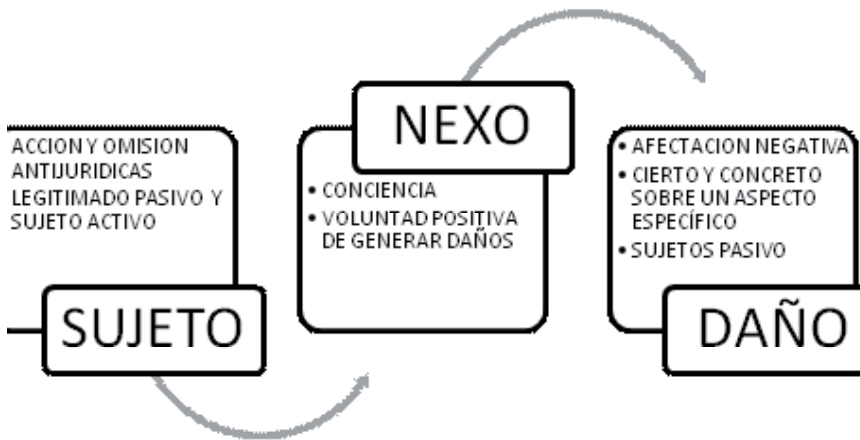
En este sistema de responsabilidad, la característica principal es que para el establecimiento de sanciones por daño ambiental se necesita probar la existencia del daño, la identificación del sujeto responsable, el nexo causal entre el daño y el presunto autor del mismo, y además, es necesario demostrar que la acción con que obró dicho autor, se realizó con dolo, culpa, o se debió a circunstancia que estuvieron fuera de su voluntad. En otras palabras, deben conjugar tres elementos a saber: a) elemento objetivo: violación del ordenamiento jurídico; b) elemento subjetivo: voluntariedad del acto; y c) elemento externo o material: el daño.

Este sistema de responsabilidad tiene sus limitaciones debido a la dificultad de probar la relación de causalidad entre una acción u omisión ilícita y la lesión considerada, por ejemplo, en los casos de acciones simultáneas en que en la ejecución del daño participan varios actores o en el caso de los daños históricos. Este sistema subjetivo ha provocado que en muchos casos los Jueces o Tribunales de Justicia por mucho que apliquen una responsabilidad de carácter objetivo, desestimen las pretensiones de responsabilidad civil o patrimonial por daños ambientales inclusive las acciones de remediación

y restauración ambiental debido a la falta de prueba del nexo causal entre la actividad y los daños producidos e incluso cabía la posibilidad de que aunque se probase la relación causal, si las leyes no determinaban lo contrario, la jurisprudencia, con carácter general, prefería la indemnización al perjudicado que la reparación en especie del daño, sin garantía alguna de que dicha indemnización fuera a utilizarse en restaurar los daños ambientales producidos.

Este sistema de responsabilidad empieza a ser superada en el Ecuador a partir de la expedición de la Constitución del República del año 2008 que establece como elemento fundamental y expreso la responsabilidad objetiva por daño ambiental<sup>13</sup>, sin embargo de aquello, la responsabilidad subjetiva sigue operando básicamente en el campo penal, en donde se requiere un cambio de paradigma en la tipificación punitiva.

## NEXO CAUSAL



13 A pesar de aquello, desde el año 1998 se ha venido implementando en el Ecuador mecanismos de prevención y reparación, que se han diseñado a partir del concepto de la responsabilidad objetiva.

### a. Elementos Constitutivos de la Responsabilidad Subjetiva.

Respecto de la acción u omisión a considerar para el establecimiento de la responsabilidad subjetiva, el sujeto debe cometer un acto ilícito extracontractual en donde confluyan los siguientes elementos materiales que configuren dicha responsabilidad:

- *Anti juridicidad material.* Esto es que la acción u omisión del sujeto vulnere una norma expresa sea a nivel constitucional o legal.
- *Existencia real y concreta de daño.* Debe existir una evidencia material científica del daño, esto es que sea medible y verificable cuantitativa y cualitativamente.
- *Relación causa-efecto entre elementos materiales y daño.* Es necesario que la acción que provocó el daño esté vinculado a los efectos que éste produjo, que no exista dudas de que el daño tuvo como causa la acción u omisión que se alega.
- *Dolo, culpa o negligencia (factor subjetivo).* El factor más importante en este sistema de responsabilidad subjetiva es que el sujeto es responsable y debe responder por el daño causado en la medida en que aparezcan pruebas que demuestre que su acción u omisión fue realizado a sabiendas de que la mismas ocasionará un daño, es decir que la acción fue realizada por conciencia y voluntad, en la cual debe considerarse si el acto o acción fue realizada con dolo, culpa leve, culpa grave, negligencia o mala fe. Este sistema tiene el riesgo potencial de que el actor del daño quede exento de la responsabilidad de repararlo e indemnizarlo en caso de que los daños provengan de casos fortuitos o de fuerza mayor, ajenas a su voluntad.

Como podemos observar, los requisitos de la culpa y dolo limitan la aplicación del régimen de responsabilidades por el daño ambiental toda vez que buena parte de las conductas lesivas del medio ambiente no sólo no son contra legem (por ausencia de leyes protectoras del mismo) sino que también cuentan con la autorización administrativa requerida, lo que elimina la existencia de culpa. En ausencia de dolo, culpa o negligencia no existe la obligación de reparar y sólo son exigibles las medidas de prevención y evitación del daño.

Este régimen tradicional de la responsabilidad por culpa corresponde a una época en la cual los daños se producían normalmente por el empleo de medios o instrumentos que eran fácilmente dominables por las personas. Sin embargo, el desarrollo industrial y tecnológico acarreó un constante factor

de riesgo que se manifiesta en los procesos productivos, en la proliferación de nuevas sustancias peligrosas, en el manejo que se hace de las mismas, etc., con lo cual la permanencia de este tipo de responsabilidad, dentro del moderno sistema jurídico ambiental se torna ineficaz e inapropiado.

### 3. Responsabilidad Objetiva

La responsabilidad objetiva *es la determinada legalmente sin hecho propio que constituya deliberada infracción actual del orden jurídico ni intencionado quebranto del patrimonio ni de los derechos ajenos*<sup>14</sup>. Así tenemos que la Constitución ecuatoriana establece que *la responsabilidad por daños ambientales es objetiva*<sup>15</sup>. Esto implica que los responsables de la afectación tienen la obligación de reparar el daño originado, es decir, deben responder de forma directa e inmediata, sin que para ello se necesite previamente una categorización que determine los grados subjetivos de su responsabilidad<sup>16</sup>.

Nos parece importante la consolidación de la responsabilidad objetiva debido a que como habíamos analizado en el apartado anterior, dentro de la responsabilidad subjetiva el elemento principal para establecer la responsabilidad por los daños tiene que ver con la existencia de la intencionalidad de causarlo, esto es, que exista un nexo causal de culpa o dolo entre sujeto y daño ambiental por lo que el juzgamiento no solo debía basarse en el daño objetivo ocasionado sino además debía tomar en consideración si el sujeto responsable del daño tuvo la intención de causarlo, caso contrario no tendría la obligación de reparar y muchos menos indemnizar los daños.

Dentro de la responsabilidad objetiva se presume la culpa del demandado pues la demostración de la responsabilidad se centra exclusivamente en la ocurrencia de un daño o de la producción de un riesgo que causa un perjuicio o peligro no solo a la víctima sino a toda la sociedad. De este modo, el nexo causal a probar en la responsabilidad subjetividad daño-intención, cambia por el nexo causa-efecto, pues lo importante es demostrar que la actividad (causa) tiene relación con el daño causado (efecto). Bajo este concepto los niveles y alcances de la reparación o restauración superan sustancialmente la conocida remediación ambiental, así la Constitución al estable-

---

14 Diccionario jurídico elemental, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, edición 1998, pág. 352.

15 Art. 396 de la Constitución de la República 2008

16 Wilton Guaranda Mendoza, Instrumentos Jurídicos para la Protección y Defensa de los Derechos Ambientales aplicados a las actividades Hidrocarburíferas, INREDH, mayo 2009, pág. 72.

er los mecanismos de sanción dispone que *todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas*<sup>17</sup>. De este modo se establece un sistema de responsabilidad que está guiada bajo la concurrencia de lo social, lo económico y lo ambiental en virtud de que el espíritu de la Constitución es que los responsables de la contaminación atiendan todos los efectos que su acción u omisión ocasiona, que por lo visto no sólo se refleja en el daño eco sistémico sino que trasciende a los derechos de las personas y el patrimonio público y particular.

En la responsabilidad objetiva el carácter de la conducta de quien causa el daño deja de ser relevante apreciándose únicamente el daño causado. Los sistemas de responsabilidad objetiva exigen de demostrar la existencia de culpa, aunque eso no implica que no haya que probar la relación de causalidad entre la actividad del sujeto agente y el daño producido. Pero es obvio, como señala GOMIS CATALÁ<sup>18</sup>, que *no existe un único modelo de responsabilidad objetiva. Se podría distinguir una “responsabilidad objetiva absoluta” cuando ni tan siquiera es necesario probar la existencia del nexo causal, hay una presunción de causalidad y ninguna posibilidad de excepciones o exoneraciones, de la “responsabilidad estricta pura” en que sería necesaria la prueba del nexo causal pero no existe posibilidad de exoneraciones y de la “responsabilidad estricta relativa” en que además de ser necesario probar la conexión causal, contempla la posibilidad de establecer exenciones o exoneraciones. En el extremo opuesto estaría la responsabilidad subjetiva y más allá la “statutory immunity” en que la norma eximiría de responsabilidad al autor del daño. Parece claro que el mecanismo de responsabilidad objetiva se vaya imponiendo con mayor nitidez cada vez, puesto que en términos de justicia distributiva se asienta sobre un fundamento sólido y equilibrado, y también porque se trata de una modalidad que facilita la efectiva reparación del daño ambiental.*

Los argumentos que se han ido esgrimiendo a favor de la responsabilidad objetiva son entre otros, los siguientes:

- Es el régimen más favorable para la víctima porque le ahorra todas las complicaciones de la prueba de la culpa, que a veces resulta imposible.
- Agiliza el proceso, facilita la tarea del juzgador al no entrar en cuestión

---

17 Art. 96 Inc. 2 de la Constitución de la República 2008

18 Responsabilidad por daños al medio ambiente. Pamplona , 1998. Tomado de: El Sistema de Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente, José Juan Bautista Romero: disponible en: [http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/18/04\\_el\\_sistema\\_de\\_responsabilidad.html#11a](http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/18/04_el_sistema_de_responsabilidad.html#11a), visita 21-07-2010.

los elementos conductuales del causante del daño.

- Incentiva a los potenciales responsables para que adopten un mayor grado de cuidado.
- Los avances técnicos, el empleo de nuevas sustancias, como los organismos genéticamente modificados, pueden generar nuevos riesgos, en parte desconocidos, lo que está más a favor de que la responsabilidad sea objetiva

El ejercicio de las modernas actividades industriales son portadoras de “un notable peligro de daños” que afecta directamente a las personas y a la naturaleza por el hecho de que estas actividades son particularmente arriesgadas al margen de cualquier consideración de culpa o negligencia. Así la responsabilidad objetiva es una responsabilidad por riesgo, conforme a la cual quien crea en su propio beneficio una situación de riesgo o de peligro es responsable del daño causado sin entrar en consideración de cómo haya sido su conducta “ubi cómodo, ibi incommodo”.

Según REYES LÓPEZ<sup>19</sup>, desde la interpretación jurisprudencial la responsabilidad objetiva viene calificada por los siguientes criterios, que antes que otra cosa parece una objetivación de la culpa, porque no se sustraen de la consideración subjetiva:

- *Presunción de culpabilidad por parte del causante del daño, la adopción de esta presunción implica la necesidad de invertir la carga de la prueba, lo que facilita la posición del perjudicado que verá como corresponde al agente desvirtuar que no ha obrado con la diligencia debida.*
- *El principio de que cuando en una actividad arriesgada se produce un daño previsible y evitable no basta con cumplir las disposiciones legales y reglamentarias, pues la producción del daño implica su insuficiencia.*
- *La apreciación de la prueba en beneficio del más débil cuando no se pueda probar con exactitud la causa del daño.*
- *Cuando no se pueda probar con exactitud la causa del daño es el agente quien debe probar su propia diligencia. Cuando el daño se ha producido como consecuencia del ejercicio normal o anormal de una actividad de la cual la persona obtiene un beneficio económico, la carga de la prueba se invierte de tal manera que no es el perjudicado quien tiene que probar la culpa del dañador sino que es éste quien tiene que probar que adoptó las medidas de precaución posibles para evitar el daño.*

---

<sup>19</sup> Derecho Ambiental español. Valencia, 2001. Tomado de: El Sistema de Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente, José Juan Bautista Romero: disponible en: [http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/18/04\\_el\\_sistema\\_de\\_responsabilidad.html#11a](http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/18/04_el_sistema_de_responsabilidad.html#11a), visita 21-07-2010.

- *Elevación del nivel de diligencia exigible con relación a las personas, al tiempo y al lugar, de manera que deba extremarse la prudencia precisa para evitar el daño.*

El Libro Verde de la Comisión Europea sobre reparación del daño ecológico<sup>20</sup> examina las ventajas e inconvenientes de la responsabilidad por culpa y de la responsabilidad objetiva y llega a la conclusión de que un régimen de responsabilidad objetiva demasiado amplio que regulara un número muy grande de actividades podría tener consecuencias negativas para los agentes económicos, crear incertidumbre jurídica y resultar inaplicable en la práctica, por eso consideraba que no todas las actividades deberían estar sujetas al régimen de responsabilidad objetiva, lo que significaba que sólo se consideraba que deberían estar sometidas a dicho régimen las actividades peligrosas para el medio ambiente y cuando no concurriese la nota de peligrosidad operaría el régimen de responsabilidad por culpa.

La postura del Libro Verde de la Comisión sobre reparación de daño ecológico ha sido defendida por algunos teóricos y presenta su limitación en la medida de que una de las características del moderno derecho ambiental es la actuación ante la incertidumbre y la adopción de medidas preventivas ante el riesgo. Por lo tanto, se torna difícil poder predecir y menos aún afirmar con certeza qué actividad se puede definir como peligrosa y a cuáles no, pues el nivel de riesgo de una determinada actividad depende en gran medida del contexto en donde se desarrolla, más que de la actividad en sí misma<sup>21</sup>.

Sin embargo y a pesar de que en nuestro país se consagra la responsabilidad objetiva, este sistema de responsabilidad ambiental en la práctica no funciona, pues resulta que el mayor inconveniente a la hora de atribuir responsabilidades en materia ambiental lo constituye la prueba de la relación de causalidad ya que como dejé mencionado anteriormente, para poder exigir cualquier tipo de responsabilidad ambiental es necesario acreditar la existencia de una relación entre el daño producido y la acción u omisión imputada a quien causa el daño.

En la práctica resulta difícil la prueba plena de la misma debido a que

---

20 Publicado en Mayo de 1993 por la Comisión Europea.

21 Un ejemplo que nos puede ayudar a comprender esta situación es imaginándonos el desarrollo de las mismas actividades industriales en las provincias de la Costa ecuatoriana y en Galápagos, en donde podríamos fácilmente constatar que el nivel de impacto y de peligrosidad que representan esas actividades para el ecosistema, son distintas, por el componente eco sistémico diferente que existe entre ambas regiones.

como sostiene Carolina García en su Tesis “Responsabilidad por contaminación por hidrocarburos”<sup>22</sup> *en reiteradas ocasiones, la contaminación se disemina, se traslada a grandes distancias. Sus efectos pueden no sentirse en el momento de su producción, sino mucho tiempo después. Otras veces la contaminación se produce como resultado de actividades de distintas partes, se pueden acumular diferentes sustancias contaminantes, potenciando a su vez los efectos dañosos de las mismas, o se puede reunir una mayor cantidad del mismo tipo de sustancia contaminante, pero procedente de un foco diferente. Por otra parte, el mismo contaminante no siempre produce las mismas consecuencias, ni éstas perduran el mismo tiempo, hay que tener en cuenta que factores climatológicos y naturales pueden influir sobre su impacto y ubicación, la luz solar, el viento, las lluvias, los niveles de las aguas o mareas, entre otros.*

Por lo tanto estas circunstancias generan muchas dudas científicas en relación con el nexo causal entre la exposición a la contaminación y el daño y puede ocurrir que la parte responsable intente refutar las pruebas de causalidad presentadas por la parte perjudicada planteando otras posibles explicaciones científicas sobre el daño.

Debido a esta situación, la Constitución del Ecuador ha incorporado la inversión de la carga de la prueba de la relación de causalidad, por lo cual, ante la dificultad existente, debe ser el demandado judicialmente, el que ha de probar que su actividad no ha provocado un determinado daño ambiental. En definitiva ninguna carga probatoria debería ser a cargo del perjudicado; sin embargo hay autores que opinan que con esta disposición se estaría violentando el Principio de Presunción de Inocencia, aunque aceptan que de todas formas es conveniente que el Juez atenúe el rigor de la carga del nexo causal.

Sin embargo, ¿es necesario que se identifique al responsable del daño para tomar las acciones en protección del ambiente y evitar que el daño se siga extendiendo en el tiempo y el espacio?. La respuesta es no, debido a que proteger el ambiente corresponde a un deber estatal que tiene la obligación de tutelar principal y subsidiariamente este derecho. El momento que si se requiere identificar al responsable es cuando se propongan establecer las sanciones correspondientes, pues en este caso, es necesario identificar a quien deberá cargar con los efectos de dicha sanción.

En esta misma línea, ¿será indispensable probar la existencia del daño

---

22 Tesis de Maestría ante la Universidad del País Vasco, disponible en <http://www.tesis.bioetica.org/des13.htm>. Ultima visita: 20 de julio de 2010

para tomar las medidas de reparación y restauración correspondientes? La respuesta es sí, en virtud de que para cuantificar y establecer las acciones concretas de reparación o remediación es necesario que el daño sea concreto y cuantificable pues de lo contrario no tendríamos claro que acciones objetivas y concretas podemos tomar, pues estaríamos basando nuestra argumentación frente a una incertidumbre, en cuyo caso bastarían acciones de prevención o precaución, pero no de reparación.

#### **a. Características del procedimiento sancionatorio por responsabilidad objetiva**

Los artículos 396 y 397 de la Constitución establecen determinadas características que la podemos determinar como propias de la responsabilidad objetiva, que se refieren a lo siguiente:

- El causante del daño ambiental se hace responsable de éste solo por el hecho que ocurra aunque no haya habido culpa e inclusive si se han cumplido con todas las precauciones que manda la Ley.
- La responsabilidad es independiente de que exista una norma que así lo establezca al ser un principio general del derecho al ambiente sano reconocido por la Constitución.
- El causante del daño solo puede exonerarse en caso de fuerza mayor, como los desastres naturales.
- El responsable de una actividad de riesgo ambiental se hace cargo de los posibles daños al ambiente aunque no haya existido culpa o intención de causar daño y se obliga a su reparación inmediata.
- Se presume la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad de su actividad
- Se revierte la carga de la prueba. Ya no es a la víctima que le corresponde probar la existencia del daño sino que le corresponde al presunto causante demostrar que el daño no existe.

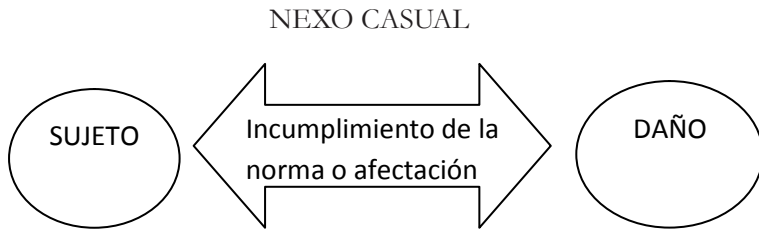
El régimen de sanción puede aplicarse en los casos en que el daño haya sido provocado por actividades ilícitas, por accidentes industriales o por la contaminación gradual causada por sustancias peligrosas o residuos vertidos al medio ambiente por fuentes identificables como sucede con la explotación de petróleo y minería, en donde podemos tener daños concretos, cuantificables, actores identificables y una relación probada de la causa y efecto del daño.

Por los antecedentes expuestos, para que el daño ambiental pueda en-

frentar el régimen de responsabilidad objetiva, se necesita:

- Que haya uno o más actores identificables (contaminadores, deforestadores, etc.)
- Que el daño sea concreto y cuantificable, y
- Que se establezca una relación de causa – efecto entre sujeto y daño.

Estas características se vuelven complejas cuando se trata de daños ambientales globales como los del cambio climático, emisiones de CO<sub>2</sub> u otras sustancias, los provocados por la lluvia ácida y la contaminación atmosférica producida por el tráfico vehicular, se dificulta mucho aplicar la responsabilidad objetiva en virtud de que tanto las fuentes de contaminación como los actores son difusas.



Se responde ante un hecho objetivo: el daño

#### 4. Responsabilidad Directa

El artículo 396 numeral 3 de la Constitución establece que: “Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Mediante esta disposición Constitucional la responsabilidad de prevenir los daños ambientales o reparar los daños ocasionados corresponde principalmente a los actores de la producción<sup>23</sup>, por lo tanto están en la obligación de establecer mecanismos eficaces que eviten tanto la consumación del daño como su restauración efectiva.

Lo que en teoría pretende esta disposición constitucional es terminar

23 Entiéndase como actores de la producción a los concesionarios, productores, distribuidores, comercializadores y consumidores

con determinadas excusas de empresas privadas o estatales que bajo la argumentación de la inexistencia de condiciones económicas, geográficas o de infraestructura para el tratamiento o depósito de desechos domésticos o industriales terminan depositando la basura industrial en los ríos o las quebradas sin ningún tipo de tratamiento. Bajo esta disposición constitucional, los actores de la producción y las instituciones en general deben crear mecanismos de prevención y reparación por lo que no es excusable trasladar su responsabilidad al Estado central.

Bajo este sistema de responsabilidad, el operador ante un riesgo o daño ambiental presente en el área de influencia de su proyecto debe ejecutar por sí mismo las acciones más efectivas aún cuando no exista la prueba fehaciente de que dicho riesgo o daño sea imputable a su gestión.

## 5. Responsabilidad Subsidiaria

Este tipo de responsabilidad se encuentra explícita en el inicio del artículo 397 de la Constitución de la República, el mismo que establece: en caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas y de mantener un sistema de control ambiental permanente, mediante esta disposición, el estado tiene el deber de actuar ante la falta de atención oportuna del contaminador. Esta responsabilidad es imperativa, no pueden existir excusas para que el estado deje de actuar en la toma de medidas oportunas.

La responsabilidad subsidiaria está supeditada a dos acciones concretas del Estado: i) garantizar la salud; y, ii) restaurar el daño ocasionado, lo cual implica que las acciones de reparación ecosistémica y de los derechos deben ser satisfechas en su debida oportunidad por el responsable de la contaminación por constituirse en el responsable directo de la misma. Sin embargo, puede existir el caso de que haya incertidumbre sobre la identificación del responsable del daño ocasionado, en este caso, el estado como garante de los derechos de los y las ecuatorianas debe intervenir para garantizar el derecho al ambiente sano y los derechos de la naturaleza, por tanto deberá cumplir su responsabilidad hasta la reparación integral del daño.

La responsabilidad subsidiaria lleva implícita la facultad del Estado para que posteriormente inicie el proceso por derecho de repetición<sup>24</sup> contra el

---

24 Es el derecho que tiene el Estado de iniciar un proceso judicial para lograr que el causante del

operador de la actividad que produjo el daño ambiental a quien trasladará todos los costos que el Estado debió invertir en la prevención o reparación del daño.

Existen muchos casos en los cuales el Estado podría implementar la subsidiariedad en la restauración de daños ambientales, por ejemplo en los casos de derrames de petróleos en donde por determinadas circunstancias el daño no es o no puede ser atendido de forma oportuna o eficiente por la operadora de la explotación o cuando se presentan evidencias de pasivos ambientales en donde se torna difícil identificar al responsable de dichos pasivos.

---

daño pague al Estado la cantidad que éste tuvo que invertir en la reparación del daño ocasionado.



## **CAPITULO III**

La responsabilidad de los sujetos que  
interviene en el daño ambiental



El Principio 13 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 hace referencia explícita a la necesidad de que los Estados adopten legislación sobre responsabilidad por daño ambiental -y la consecuente indemnización- tanto a nivel nacional como internacional. Dicho principio establece claramente que:

*“los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción”.*

Los sujetos que intervienen en la gestión ambiental y en la explotación de los recursos naturales son diversos. Así por ejemplo, dentro de la explotación de recursos naturales no renovables la Constitución vigente en los artículos 315 y 316 establece que deberá ser realizada en primer lugar por empresas públicas, en segunda opción por empresas de economía mixta y excepcionalmente podrá delegar dicha gestión a las empresa privadas o de economía popular y solidaria. Por lo tanto, tenemos tres tipos de actores dentro de la gestión de los recursos naturales no renovables que se refieren a explotación estatal directa, explotación a través de delegaciones a empresas de economía mixta y explotación a través de concesiones realizadas a la empresa privada o de economía popular y solidaria.

Analizaremos en este espacio la responsabilidad de cada uno de estos actores que para efectos prácticos les denominaré “los operadores de la actividad” y además las responsabilidades que sobre los daños ambientales podrían tener los funcionarios públicos en su calidad de encargados de vigilar el cumplimiento de la normativa sectorial correspondiente y finalmente, la responsabilidad ambiental de los consumidores.

## 1. Responsabilidad de los operadores de la actividad

Como se dejó señalado en el apartado anterior, el actor principal que debe responder por la generación de riesgos o daños ambientales son los operadores de las actividades, pues sobre ellos recae la responsabilidad de implementar mecanismos de prevención permanentes que minimicen los efectos de su intervención en el ambiente y las personas. Así, nuestra legislación secundaria ambiental -Ley de Gestión Ambiental, los Reglamentos Ambientales de Operaciones Hidrocarburíferas y Mineros, Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente TULSMA-, establecen las condiciones que deben sujetarse las labores de aprovechamiento de los recursos naturales. En ellas se establecen mecanismos de verificación y cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte de los operadores de las actividades tales como: Estudios de Impacto Ambiental, Planes de Manejo Ambiental, Auditorías Ambientales, etc., las mismas que contienen un sinnúmero de disposiciones y observaciones para prevenir riesgos potenciales o mitigar los impactos causados.

Este conjunto de mecanismos de prevención y control deben ser ejecutados de forma inmediata y directa por el responsable de la actividad que aprovecha o explota el recurso natural, sin embargo, es innegable que debido a limitaciones de carácter institucional y sobre todo a la ausencia de conciencia ambiental junto con la falta de incorporación de los costos ambientales dentro de los gastos de operación de las actividades a ejecutarse, estos mecanismos de prevención y mitigación son afrontados de forma ineficiente generando mayores riesgos y en otros casos daños permanentes al ecosistema y las personas.

Ejemplo de aquello lo podemos constatar en las labores de explotación de hidrocarburos en las provincias amazónicas, en donde debido a las reiteradas omisiones y falta de prevención de riesgos de parte de los operadores estatales o privados se han generado condiciones permanentes de exposición de material tóxico al aire, al suelo y el agua. Así, en el Juicio Verbal Sumario No. 10/2008 por daños y perjuicios seguido por la señora Rosa Matango Segovia contra Petroproducción, se señala que la empresa estatal ha descuidado totalmente el tratamiento de los desechos tóxicos pues durante todos los años de operación de la mencionada compañía han visto correr agua de color anaranjado y petróleo por su propiedad, debido a que la misma se encuentra a 500 metros aproximadamente de las actividades hidro-

carburíferas de Petroproducción, existiendo en el límite de la propiedad de la demandante una piscina de crudo que a pesar de los reclamos presentados para su remediación, la compañía no ha cumplido con los trabajos ni realizó el tratamiento de este crudo.

En el informe pericial presentado el 03 de febrero de 2009 por el Ing. José Pilamunga, perito designado por la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, dentro del proceso en referencia, se logró determinar que *existe en el área investigada afectación que no ha sido tomada en cuenta y/o reconfirmada, debido a que como se puede apreciar en las fotos pertinentes hay la presencia de crudo líquido, posiblemente debido a derrame ocurrido y que no fue remediado de una manera correcta. Por lo que se concluye que la contaminación y desatención al tema ambiental está presente. El área de influencia directa requiere de manera urgente un proceso de rehabilitación y remediación de acuerdo a los resultados de los análisis de laboratorio*<sup>25</sup>.

Otro caso que ilustra este apartado, son las actividades de contaminación permanente ocasionadas por la Empresa PERENCO dentro de la Estación Payamino del Bloque 7. Así, dentro del Recurso de Amparo Constitucional presentado por el señor Daniel Jungal y signado con el No. 1409-2007-RA, la Corte Constitucional sostuvo que: *consta de autos que la Dirección Nacional de Protección Ambiental, el 08 de junio de 2005, recibió la denuncia de los accionantes, por lo cual la Delegación Regional de Protección Ambiental Amazónica realizó el 16 de julio de 2005, la inspección técnico ambiental en áreas de la asociación Vencedores...de cuyo informe se desprende el oficio No. 839-DINAPA-CSA-0000510137 de 23 de agosto de 2005, disponiendo a PERENCO ECUADOR LIMITED el cumplimiento de ciertos requerimientos...*”.

Estas experiencias nos demuestran que los operadores como parte de sus obligaciones ambientales deben ejecutar actividades de prevención y mitigación del daño, caso contrario serán responsables de forma directa y de distinta naturaleza por los daños ocasionados y serán objeto de sanciones de diversa índole, sin embargo esto no parece incomodar a los operadores, pues ciertamente el sistema sancionatorio ecuatoriano en temas ambientales hasta ahora ha sido muy débil, de modo que los efectos de esas sanciones no han pasado de constituirse en expectativas de cumplimiento que en su mayoría recaen en el ámbito pecuniario sin establecer sanciones ejemplares y contundentes que estén al nivel de los daños producidos<sup>26</sup>.

---

25 Ing. José Pilamunga, conclusiones del Informe Pericial presentado el 03 de febrero de 2009, Punto 9.- Primer párrafo.

26 En el caso PERENCO la Corte dispuso que sea la Dirección Nacional de Hidrocarburos quien

En la última reforma a la Ley de Hidrocarburos publicado en el Suplemento Registro Oficial No. 244, martes 27 de julio de 2010, se incluyó una disposición mediante la cual se establece una sanción al operador de la actividad en caso de incurrir en acciones u omisiones en contra del ambiente, esta reforma consta en un numeral agregado al Art. 74 de la mencionada Ley, que dispone lo siguiente:

*Art. 74.- El Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos, si el contratista:*

*Num. 14.- “provocare, por acción u omisión, daños al medio ambiente, calificados por el Ministerio Sectorial; siempre que no los remediare conforme a lo dispuesto por la autoridad competente”.*

De la misma manera, la Ley de Minería<sup>27</sup> establece una sanción al responsable de la actividad minera en los casos que se produzcan daños ambientales. La mencionada disposición establece lo siguiente:

*Art. 115.- Caducidad por Declaración de Daño Ambiental.- El Ministerio Sectorial deberá declarar la caducidad de las concesiones mineras cuando se produzcan daños ambientales, sin perjuicio de la obligación del concesionario de reparar los daños ambientales causados.*

Un aspecto importante a tomar en consideración dentro del análisis de la responsabilidad de los operadores, especialmente cuando se trata de la explotación de los recursos naturales no renovables, es que no siempre el operador de la actividad es el titular de la concesión, pues por las características de la actividad, generalmente el titular suscribe contratos de operación con un tercero para que éste realice las labores de explotación en nombre de él, lo cual a pesar de no eximir responsabilidades del concesionario genera suspicacias jurídicas que tratan de eximir de responsabilidad a los titulares de las concesiones, pretendiendo que sean tan sólo los operadores directos quienes asuman las consecuencias de las sanciones.

## **2. Responsabilidad de los funcionarios públicos**

Un aspecto importante de resaltar en el nuevo marco Constitucional, es el establecimiento de *«la responsabilidad sobre las servidoras o servidores responsables*

---

realice el respectivo proceso de sanción, pero no se dispusieron acciones concretas y directas de remediación que deban ser realizadas por la empresa PERENCO.

27 Publicada en el Registro Oficial Suplemento # 517, el 29 de enero de 2009

de realizar el control ambiental»<sup>28</sup>. Es decir, el establecimiento de responsabilidades para quienes estando en el deber de hacer cumplir la Ley, no la hacen, sea por acción u omisión. Esta responsabilidad se fundamenta además, en lo dispuesto en el Art. 11. Num. 9 de la Constitución de la República que señala:

*“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución..*

*El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.”.*

Esta disposición tiene enorme importancia debido a que en la práctica quienes ejecutan las labores en nombre del Estado son los funcionarios públicos encargados de diseñar y ejecutar las políticas públicas y los derechos reconocidos en la Constitución. Siendo por lo tanto indispensable que sin perjuicio de la responsabilidad estatal en la vulneración de los derechos, exista también en el caso ambiental, una responsabilidad a quienes por sus actos administrativos o normativos u omisiones ponen en práctica la política estatal y provoquen daños ambientales.

Hemos sido testigos en algunos casos que debido a la falta de diligencia y control adecuado de parte de las autoridades competentes, se han provocado daños ambientales que no han recibido sanción para los responsables directos, menos para quienes estando en la obligación de exigir la adopción de medidas correctivas no lo hicieron, sea por acciones negligentes o por omisiones. Ahora con la nueva Constitución estos funcionarios tendrán que responder civil, administrativa y penalmente cuando los daños provocados al ambiente hayan tenido como causa la falta de control.

La responsabilidad de los funcionarios en temas ambientales ya ha sido incorporada en la legislación infra constitucional del Ecuador aún antes de la expedición de la vigente Constitución, así tenemos que de acuerdo a lo señalado en el Art. 93-D de la Ley de Hidrocarburos<sup>29</sup>, *el Estado a través de sus instituciones y estas a través de sus funcionarios, velará porque la actividad petrolera no provoque daños a las personas, a la propiedad o al medio ambiente, y deberá periódicamente realizar auditorías ambientales de cumplimiento de los planes de manejo, de las*

---

28 Art. 397 de la Constitución de la República

29 Decreto Supremo 2967, R.O. 711 del 15 de noviembre de 1978.

*correspondientes medidas de prevención y mitigación.*

La disposición más elocuente de la responsabilidad de los funcionarios públicos la encontramos en la disposición del Art. 437-E del código penal que establece: “Se aplicará la pena de uno a tres años de prisión, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites fijados de conformidad con la ley; así como el funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado”.

La responsabilidad que se atribuya a los funcionarios públicos que por error, falta de diligencia, negligencia u omisión hayan contribuido a la perpetuación del daño en ninguna medida disminuye o atenúa la responsabilidad del operador de la actividad debido a que los sistemas de sanción son distintos y por cuerdas separadas. Un ejemplo que ilustra este análisis es la sanción administrativa al operador y a los funcionarios públicos sobre los que se halló responsabilidad en el derrame de petróleo sobre el río Taone<sup>30</sup> causado supuestamente por el rebosamiento en los tanques de almacenamiento de la Refinería Esmeraldas. En este caso, se articularon las acciones a fin de que no sólo el operador responsable del daño sea quien responda por los daños ocasionados por la Refinería Esmeraldas sino que también el funcionario público encargado del control de la actividad fue sancionado mediante el retiro de su cargo público. En este sentido, también fue separado del cargo el superintendente de la Refinería, acción que fue realizada por parte del gerente general de la Empresa Pública Petroecuador.

En la gestión de los funcionarios públicos está presente la responsabilidad del estado tanto en el control como en la reparación del daño ambiental, lo cual no se limita a los parámetros de la clásica responsabilidad civil subjetiva, sino su responsabilidad objetiva, es más, la autoridad, en vista de los principios de precaución y prevención está obligada a demostrar la existencia del daño ambiental; esto es así en razón de que las comunidades afectadas no siempre tienen los medios técnicos y económicos para probar los daños causados al medio ambiente

---

30 La unidad de gestión ambiental del Municipio de Esmeraldas, presentó una demanda judicial por daños ecológicos y ambientales ocasionados por el derrame de fuel oil en el río Teaone, en cuya acción responsabiliza a Rosendo Machado, Gerente de Refinación de la industria petrolera, como responsable del siniestro ambiental.

### 3. Responsabilidad de los consumidores

¿Somos responsables los consumidores?

Quizás proponer que el sistema de responsabilidades ambientales se traslade al consumidor resulte al principio un poco descabellada, sin embargo, si tomamos en consideración las responsabilidades que tenemos constitucionalmente los ecuatorianos frente al ambiente y la naturaleza, nos podemos dar cuenta de que tal postura no es tan dramática. En efecto, el artículo 83 numeral 6 de la Constitución establece como una responsabilidad de los ecuatorianos *respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible*.

Este señalamiento es importante debido a que como había enunciado en una anterior publicación<sup>31</sup>, en la perspectiva de la economía neoclásica, el consumidor aparece en el rol del niño ingenuo y el productor en el rol del adulto informado. El consumidor como el afectado de productos contaminantes y el productor como el generador de la contaminación. En fin, el consumidor la víctima y el productor el culpable. Pero no son acaso también los consumidores de muebles fabricados con madera extraída del Yasuní, corresponsables de la desertificación del Parque debido a que generan demanda de estos productos?, o aquellos consumidores de vehículos que a sabiendas de la contaminación que representa para la salud el aumento del parque automotor, compran indiscriminadamente vehículos sin ninguna responsabilidad ambiental? ¿O acaso no deben ser responsables los consumidores de productos bioquímicos importados que a sabiendas de que determinadas semillas transgénicas atentan contra la producción local de sus pares agricultores y pueden acabar con los tipos de cultivos que garanticen la soberanía alimentaria nacional, lo hacen sin ningún escrúpulo?

Estos ejemplos nos muestran que la responsabilidad debe ser compartida, esto es, no debe recaer solamente en el productor o proveedor de los bienes y servicios sino que debe vincularse al consumidor, un consumidor que debe desde luego, estar lo suficientemente informado para decidir sobre la compra de un producto del mercado que en ocasiones puede ser un bien producido de forma ilegal o con materiales ilegales.

---

31 Instrumentos Jurídicos para la Protección y Defensa de los Derechos Ambientales, Aplicado a las Actividades Hidrocarburíferas, INREDH, mayo de 2009

Este principio de responsabilidad ciudadana expuesto en la Constitución, responde a una nueva percepción que concentra la responsabilidad ambiental tanto en los productores, los comercializadores y los consumidores, de tal forma que las personas como las comunidades debemos responder con acciones de prevención y uso sostenible de los recursos para evitar eventuales problemática ambiental. Por supuesto que pensar en construir un sistema de sanción para los consumidores por el momento es una quimera, sin embargo no estará muy lejos en que debido al avance del derecho ambiental, se estructuren mecanismos para controlar y sancionar las prácticas consumistas inescrupulosas.

## **CAPITULO IV**

La responsabilidad ambiental en relación  
a los sistemas sancionatorios



Es de considerar que al haberse desarrollado y evolucionado el derecho ambiental ecuatoriano a partir de las ramas tradicionales del derecho, la manera como la legislación trata de resolver los problemas derivados de la producción de daños al ambiente es, precisamente mediante la aplicación de las reglas jurídicas propias del derecho civil, del derecho penal y del derecho administrativo, sin considerar que el bien jurídico protegido por el derecho ambiental es diverso del que aquéllos persiguen y además de que la constitucionalización del derecho ambiental como un derecho humano fundamental le otorga la característica de derecho humano de protección *Ius Cogens* – *erga omnes*, esto es derechos de aplicación universal e inminente a la naturaleza humana los mismos que se debe hacer efectivo a través de la tutela directa e inmediata de parte del Estado.

En nuestro sistema jurídico ecuatoriano podemos detectar la existencia de cuatro sistemas legales sancionatorios de daños ambientales cuyos propósitos se distinguen unos de otros en cuanto al bien jurídico que protegen, los sujetos sobre los que se dirige, la sanción que se imponen y los efectos que producen. Estos sistemas son: el sistema de responsabilidad administrativa, sistema de responsabilidad civil, sistema de responsabilidad penal y sistema de responsabilidad constitucional.

Sobre la existencia de los tres primeros sistemas mencionados ha existido un consenso de parte de la academia jurídica, sin embargo el establecimiento de un sistema sancionatorio constitucional o la responsabilidad constitucional estatal o de los operadores, ciertamente que es una propuesta que se trata en esta investigación y que aspiro que de a poco se integre a la estructura del moderno derecho ambiental.

## **1. Responsabilidad administrativa**

La responsabilidad administrativa ambiental es aquella que se deriva

de la infracción de la norma ambiental administrativa, sus normas complementarias y su reglamentación, se concreta en la aplicación de una sanción administrativa por la acción u omisión infractora, y de ella nace la obligación de reparar la agresión ocasionada, aplicar las medidas de prevención y mitigación, y asumir los costos correspondientes.

El Estado a través de los distintos niveles de gobiernos tiene la obligación de garantizar los derechos establecidos en la Constitución, para tal efecto realiza acciones políticas que conlleven a tutelar los derechos por él reconocidos.

Siendo que el derecho al ambiente sano es uno de los derechos de tutela estatal, deben generarse a través de los distintos niveles de gobierno políticas públicas que establezcan competencias, manejo de recursos, sistemas de prevención, evaluación y control ambiental, etc., para proteger este bien jurídico. Estas acciones deben ser desarrolladas en el marco de la relación entre el Estado y la sociedad para lo cual deben establecerse las obligaciones de los administrados y las correspondientes infracciones y sanciones que se consideren oportunas, necesarias y proporcionales para cumplir con los objetivos del desarrollo sustentable.

De estas sinergias nacen acciones en lo administrativo, relativas a rectorías, control y gestión de los recursos naturales. La norma administrativa se convierte en una norma de comportamiento en cuanto a la actuación o conducta de los sujetos en la protección del medio ambiente y una norma de organización al establecer las jerarquías o niveles de acciones y las relaciones entre dichos niveles junto al papel del Estado y del gobierno del país en el cumplimiento de los fines del derecho ambiental.

Mediante este sistema de sanción las instituciones competentes del Estado<sup>32</sup> establecen responsabilidades a los contaminadores por los hechos que representen daños ambientales o violaciones a la normativa ambiental vigente sin necesidad de una intervención judicial. Esta responsabilidad administrativa nace de las acciones de control de la calidad ambiental y los sistemas de prevención que las instituciones competentes realizan sobre las actividades y productos, estableciendo acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y demás, a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones de los sujetos de control.

---

32 En materia ambiental, ejerce la rectoría ambiental el Ministerio del Ambiente con sus respectivas Delegaciones Provinciales desconcentradas, además los Gobiernos Municipales y los Gobiernos Provinciales

Las características más relevantes de la responsabilidad administrativa, son: i) la tipicidad, ii) la irretroactividad; iii) el debido proceso; iv) la Protección de la tutela ambiental; v) la Garantía de derechos; vi) La correcta imputación de los medidas por incumplimientos de normas administrativas ambientales; y, vii) Obligar al usuario del ambiente o generador de riesgos ambientales a una autorregulación adecuada.

En virtud de la tipicidad, el establecimiento de las sanciones administrativas debe constar en la Ley. En nuestra legislación las sanciones administrativas por daño ambiental no están estandarizadas en un solo cuerpo legal sino que se encuentra dispersa en algunos cuerpos normativo, lo cual tiene mucho que ver con la participación de los gobiernos subnacionales o autónomos en la regulación y control ambiental. Por tal motivo la tipificación de las infracciones administrativas se encuentra establecida en Ordenanzas Provinciales, Ordenanzas Municipales, Decretos Ejecutivos, Acuerdos Ministeriales, Legislación Secundaria Ambiental<sup>33</sup> y Leyes o Reglamentos sectoriales como Ley de Hidrocarburos, Ley de Minería, Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para Operaciones Hidrocarbúferas, Reglamento Ambiental de Actividades Mineras, entre otras.

La responsabilidad administrativa, tiene como fundamento la prevención, de modo que para llegar a este objetivo, no solo se establecen sanciones por daño sino que incluyen mecanismos administrativos para prevenirlo, así la responsabilidad es establecida de forma precautoria y remediadora imponiéndose al unísono sanciones como multas, clausuras, decomisos, suspensión de actividades, revocatoria de permisos, caducidad de concesiones e inclusive la reparación del daño ambiental en tanto la alteración ambiental haya supuesto el incumplimiento de un deber.

En responsabilidad administrativa es necesario que la infracción haya sido declarada o tipificada con anterioridad al acto para que surta efectos de sanción caso contrario no se podrá sancionar por un acto que en el momento de su cometimiento no estuviera establecido como una obligación a cumplir. Esto tiene estricta vinculación con los principios del debido proceso, en virtud del cual, las sanciones administrativas deben preveer un procedimiento en el cual se permita el derecho a la defensa del administrado o

---

33 En este sentido el Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente TULSMA, es la norma de mayor aplicación en las sanciones administrativas.

inclusive del propio estado cuando es éste que por su acción u omisión deba responder administrativamente por dicho acto.

A través de estos procesos administrativos se propende establecer a los administrados una correcta imputación de las medidas por incumplimientos de normas administrativas ambientales, de tal manera que se evite la trasgresión de la norma y se incentive su cumplimiento, lo cual ciertamente obliga al usuario del ambiente o generador de riesgos ambientales a una autorregulación adecuada.

Las licencias ambientales, los estudios de Impacto ambiental, los Planes de Manejo y las Auditorías Ambientales son los instrumentos que existen en el Ecuador como mecanismos básicos para vigilar el cumplimiento de las normas ambientales. Se han establecido también, por ejemplo, las normas técnicas de calidad y emisiones, de control sobre sustancias tóxicas o peligrosas, y demás reglamentos o leyes secundarias para garantizar que las actividades se desarrollen de forma sustentable. Al presentarse una trasgresión a las normas legales o técnicas, se configura la responsabilidad administrativa por incumplimiento a las mismas, de modo que el operador está sujeto a las sanciones establecidas en ellas.

Uno de los mecanismos de sanción administrativa más utilizados en el Ecuador ha sido el imponer sanciones pecuniarias por incumplimiento de la norma, sin embargo este sistema de sanción tiene algunos límites. El primero de ellos tiene relación a que la cantidad que se determina en la sanción no siempre es proporcional al daño causado, el segundo limitante es que el mecanismo resulta muy atractivo para quienes no desean invertir en tecnología o instrumentos de prevención, pues resulta más económico internalizar los gastos por sanciones pecuniarias que realizar una inversión en la prevención o reparación del daño. La tercera limitante es que los recursos recaudados por dichas sanciones no son empleados en la reparación del daño, sino que son destinados a otros menesteres. La cuarta limitante que podemos encontrar es que generalmente la responsabilidad administrativa es aplicada a las actividades de menor relevancia ambiental, dejando de lado actividades de mayor impacto como la explotación minera o petrolera en las cuales se ha constatado formas de evaluación inoportunas y sanciones que no generan precedentes para su no repetición<sup>34</sup> con el agravante de que

---

34 Al respecto cabe mencionar que dentro de los expedientes administrativos ambientales en materia petrolera, quien tenía la capacidad de sanción administrativa era la Dirección Nacional de Hidrocarburos (hoy, Secretaría de Hidrocarburos), quedando limitadas las acciones de las

algunas de las sanciones administrativas no tienen rango de Ley, sino que su establecimiento se basa en sistemas reglamentarios.

No obstante lo manifestado, se empieza a verificar unos rasgos innovadores de la aplicación del derecho administrativo, en el cual se ha comenzado a incorporar elementos de restauración del daño ambiental. Por ejemplo el artículo 46 de la Ley de Gestión Ambiental establece que *“Cuando los particulares, por acción u omisión incumplan las normas de protección ambiental, la autoridad competente adoptará, sin perjuicio de las sanciones previstas en esta Ley, las siguientes medidas administrativas: a) Decomiso de las especies de flora y fauna obtenidas ilegalmente y de los implementos utilizados para cometer la infracción; y, b) Exigirá la regularización de las autorizaciones, permisos, estudios y evaluaciones; así como verificará el cumplimiento de las medidas adoptadas para mitigar y compensar daños ambientales, dentro del término de treinta días (el subrayado es nuestro).*

De acuerdo a lo prescrito en el Art. 77 de la Ley de Hidrocarburos y a los Arts. 90 y 91 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental antes mencionado, el incumplimiento contractual o legal por parte de los sujetos de control durante las actividades hidrocarburíferas, se podían denunciar ante la Dirección Nacional de Hidrocarburos (ahora Secretaria de Hidrocarburo) consecuencia de lo cual se impondrán multas, indemnizaciones por los daños causados o la reparación de estos. Para este trámite se requiere que la Subsecretaría de Calidad Ambiental del Ministerio del Ambiente remita la Resolución correspondiente a la Dirección Nacional de Hidrocarburos (Secretaria de Hidrocarburo) poniendo a su conocimiento los hechos que motivan el pedido de sanción, con la documentación que lo fundamente.

Dentro de nuestro marco jurídico ecuatoriano, la responsabilidad administrativa, es totalmente independiente de la responsabilidad civil, penal o constitucional que pudiera derivarse por los mismos hechos, de modo que, para iniciar las acciones legales civiles o penales no se requiere de una resolución administrativa como requisito prejudicial, lo cual quiere decir que pueden iniciarse al unísono las demás acciones legales correspondientes. De igual manera, tampoco es aplicable el principio non bis in idem, esto que aun existiendo una sanción por la vía administrativa es totalmente procedente sancionar por las otras vías legales existentes, pues el bien jurídico que protege la responsabilidad administrativa es el deber de cumplir las normas y está dirigida a sancionar a la empresa a través de su representante legal por

---

Subsecretarías o Direcciones de ambiente a un labor de vigilancia si capacidad de coerción.

el incumplimiento administrativo. Las responsabilidades penales, civiles o constitucionales deben ser establecidas en procesos independientes.

Se concibe entonces a la responsabilidad administrativa, dentro de la teoría objetiva de la responsabilidad, es decir, que se no toman en cuenta los elementos de intención y voluntariedad del actor de la acción u omisión que trajera como resultado un daño o perjuicio sino el nexo causal de la acción u omisión del sujeto y el resultado dañoso, o sea, que basta con la infracción del orden jurídico establecido o el quebranto del patrimonio de los derechos ajenos para señalar como responsable al actor de la conducta agresora al ambiente. La responsabilidad administrativa concebida a la luz del artículo 46 de la Ley de Gestión Ambiental se concreta con la aplicación de una sanción administrativa en donde nace la obligación de reparar el daño causado.

### **Referencia de disposiciones que contienen sanciones administrativas en los sectores: ambiental, minero y petrolero**

#### **Puramente Ambiental**

#### **- Ley de Gestión Ambiental:**

**Art. 25.** (Auditoria de la Contraloría General del Estado)

**Art. 26.** (obligación de los contratistas y concesionarios)

**Art. 28.** (derecho a la consulta y participación en la gestión ambiental)

**Art. 44.-** (facultad para que los ciudadanos soliciten sanciones a los funcionarios públicos que incumplen las normas de protección ambiental)

**Art. 45.** (las infracciones que se sancionan en la vía administrativa, se sujetarán al procedimiento establecido en el Código de la Salud)

**Art. 46.** (medidas administrativas en contra de los particulares que incumplan las normas de protección ambiental)

#### **- Ley de Prevención y Control de la Contaminación**

Capítulo I:

De la prevención y control de la contaminación del aire

**Art. 1.** (prohibición de expeler o descargar, sin sujetarse a las normas técnicas y regulaciones que perjudiquen la salud, la vida, la flora, la fauna)

**Art. 2.** (establece las fuentes potenciales de contaminación del aire)

**Art. 4.** Se establece la responsabilidad de los Ministerios de Salud y del Ambiente, relacionados con las causas, efectos, alcances y métodos de prevención y control de la contaminación atmosférica.

<b>Puramente Ambiental</b>	<p><b>Art. 5.</b> (obligaciones de las instituciones públicas o privadas de presentar a los Ministerios de Salud y del Ambiente, según corresponda, estudios sobre el impacto ambiental y las medidas de control que se proyecten aplicar)</p> <p>Capítulo II: De la prevención y control de la contaminación de las aguas</p> <p><b>Art. 6.</b> (prohibición de descargar, aguas sin sujetarse a las correspondientes normas técnicas y regulaciones, que sean nocivos a la salud humana, a la fauna, a la flora y a las propiedades.</p> <p><b>Art. 8.</b> (obligación de los Ministerios de Salud y del Ambiente, de fijar el grado de tratamiento que deban tener los residuos líquidos a descargar en el cuerpo receptor, cualquiera sea su origen.</p> <p>Capítulo III De la prevención y control de la contaminación de los suelos</p> <p><b>Art. 10.</b> (prohibición de descarga, sin sujetarse a las normas técnicas y regulaciones, cualquier tipo de contaminantes que puedan alterar la calidad del suelo y afectar a la salud humana, la flora, la fauna, los recursos naturales y otros bienes.</p> <p><b>Art. 11.</b> (establece las fuentes potenciales de contaminación del suelo)</p> <p><b>Art. 12.</b> (obligaciones de los Ministerios de Agricultura y Ganadería y del Ambiente, de limitar, regular o prohibir el empleo de sustancias, cuyo uso pueda causar contaminación.</p> <p><b>Art. 13.</b> (obligación de los Ministerios de Salud y del Ambiente sobre los sistemas de recolección, transporte y disposición final de basuras en el medio urbano y rural y disposición final de desechos radioactivos de cualquier origen que fueren).</p> <p><b>Art. 14.</b> (obligación de las personas naturales o jurídicas que utilicen desechos sólidos o basuras)</p> <p><b>Art. 16.</b> (acción popular para denunciar toda actividad que contamine el medio ambiente)</p> <p><b>Art. 17.</b> Establece al Código de la Salud, la Ley de Gestión Ambiental, la Ley de Aguas, el Código de Policía Marítima y las demás leyes que rigen en materia de aire, agua, suelo, flora y fauna, como normas supletorias.</p>
----------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<b>Puramente Ambiental</b>	<p><b>- Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente TULSMA.</b></p> <p>Libro VI</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Anexo 1</li> <li>- Anexo 2</li> <li>- Anexo 3</li> <li>- Anexo 4</li> <li>- Anexo 5</li> </ul>
<b>Petróleo</b>	<p><b>- Ley de Hidrocarburos</b></p> <p><b>Art. 16 (sustituido mediante reforma en el 2010).</b> “...El Estado para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, exigirá a la contratista, previo a la suscripción del contrato, una garantía económica, que servirá para la reparación integral del ecosistema, en caso de producirse daño ambiental. El Ministerio del Ambiente será el encargado de determinar su existencia efectiva y su cuantía ambiental...”</p> <p><b>- Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas 1215.</b></p> <p><b>Art.29, literal b.</b> Descargar efluente líquido que incumpla los límites permisibles establecidos en la Tabla No. 4 del Anexo 2 de este Reglamento.</p> <p><b>Art.29, literal e.</b> Descargar aguas servidas (negras) y grises producidas en las instalaciones y durante todas las fases de las operaciones hidrocarburíferas que estén por encima de los parámetros y límites constantes en la Tabla No. 5 del Anexo 2 del Reglamento.</p>
<b>Minería</b>	<p><b>- Ley de Minería:</b></p> <p>Capítulo II De la preservación del medio ambiente</p> <p><b>Art. 78.</b> Obligación de los titulares de presentar Estudios de impacto ambiental y Auditorías Ambientales, previo al inicio de las actividades mineras en todas sus fases.- Prohibición de ejecutar actividades mineras de exploración inicial, avanzada, explotación, beneficio, fundición, refinación y cierre de minas que no cuenten con la respectiva Licencia Ambiental.</p>

<b>Minería</b>	<p>Los límites permisibles y parámetros técnicos exigibles serán aquellos establecidos en la normativa ambiental vigente TULSMA</p> <p><b>- Ley de Aguas – Normas INEN.</b></p> <p>Todas las fases de la actividad minera y sus informes ambientales aprobatorios requieren de la presentación de garantías económicas determinadas en la normativa ambiental legal y reglamentaria vigente.</p> <p>Los titulares de derechos mineros están obligados a presentar una auditoría ambiental anual que permita monitorear, vigilar y verificar el cumplimiento de los planes de manejo ambiental.</p> <p><b>Art. 79.</b> Tratamiento de aguas, reutilización del agua. El incumplimiento de esta disposición ocasionará sanciones que pueden llegar a la caducidad de la concesión o permiso.</p> <p><b>Art. 80.</b> obligación del titular minero de Revegetar y Reforestar cuando se afecte la capa vegetal y la tala de árbol.</p> <p><b>Art. 81.</b> Acumulación de residuos y prohibición de descargas de desechos. El incumplimiento de esta disposición ocasionará sanciones que pueden llegar a la caducidad de la concesión o permiso.</p> <p><b>Art. 82.</b> Conservación de la flora y fauna.-</p> <p><b>Art. 83.</b> Manejo de desechos y residuos sólidos, líquidos y emisiones gaseosas, deberá cumplir con lo establecido en la Constitución y en la normativa ambiental vigente.</p> <p><b>Art. 84.</b> Protección del ecosistema.-</p> <p><b>Art. 85.</b> obligaciones de los titulares para el Cierre de Operaciones Mineras.</p> <p><b>Art. 86.</b> Daños ambientales.- El incumplimiento de las obligaciones contenidas en este Capítulo, dará lugar a las sanciones administrativas al titular de derechos mineros y poseedor de permisos respectivos por parte del Ministerio Sectorial, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que diere lugar. Las sanciones administrativas podrán incluir la suspensión de las actividades mineras que forman parte de dicha operación o la caducidad.</p> <p><b>- Reglamento Ambiental de Actividades Mineras</b></p> <p><b>Art. 38.</b> Revocación de licencia por ejecución de garantías.- En caso de ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del plan de manejo ambiental por parte de la Autoridad Ambiental, inmediatamente se revocará la licencia ambiental.</p>
----------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<b>Minería</b>	<p>Este acto administrativo deberá ser notificado inmediatamente a la Autoridad Sectorial para los efectos que de ello se desprendan.</p> <p>Capítulo XII Del procedimiento administrativo</p> <p><b>Art. 103.</b> aplicación del principio precautelatorio, si el titular de derechos mineros aun cuando cuente con la licencia ambiental, realizare actividades que generen riesgo de daños ambientales por accidentes, incidentes o mala aplicación de los planes de manejo ambientales. El Ministerio Sectorial, podrá suspender las actividades mineras hasta que se repare la falta u omisión.</p> <p><b>Art. 104.</b> Jurisdicción y competencia administrativa designada al Ministerio del Ambiente.</p> <p><b>Art. 105.</b> determinación de las Infracciones, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Gestión Ambiental, de la Ley de Minería y del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente,</p> <p><b>Art. 106.</b> determinación para la Calificación de daño ambiental.</p> <p><b>Arts 107 al 121.</b> Determinación del Procedimiento sancionatorio administrativo en materia minero-ambiental.</p>
----------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## 2. Responsabilidad civil

La responsabilidad Civil Ambiental es aquella que se deriva del daño o perjuicio causado por una conducta que lesiona o pone en riesgo el ambiente, se concreta en el daño ambiental sufrido por una persona o colectividad determinada, en sus propios derechos o patrimonio o como consecuencia de la contaminación de un elemento ambiental, genera la obligación de responder sobre las afecciones negativas en base del principio de justicia dirigido a restablecer las cosas al estado anterior a la lesión causada.

Cuando hablamos de responsabilidad civil por daño ambiental nos estamos refiriendo a la obligación que surge de una persona natural o jurídica, pública o privada de reparar por conducto de mecanismos judiciales civiles el daño que produjo al ambiente, razón por la cual dicho responsable tendrá la obligación de realizar acciones positivas o negativas o de indemnizar a los perjudicados para restablecer o al menos disminuir los efectos negativos

producidos sobre el ambiente y los derechos relacionados.

Todo daño ambiental genera un costo que generalmente lo carga la naturaleza y que es transferido a otro sujeto de derechos que pueden ser personas individuales o colectivos, por tanto el costo de la reparación del mismo debe ser asumido por quien causa el daño, aquí nace el principio contaminador - pagador establecido en varios instrumentos internacionales de derecho blando, de manera puntual del Principio 16 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo que sostiene que **quien contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación**. Sin embargo la aplicación de este principio no es absoluta, tratándose dentro del contexto de la reparación por daño ambiental, pues no siempre el principio se aplica al concepto de reparación civil sino que es un elemento que deben estar vinculado a las distintas fases de la actividad de desarrollo en donde se necesita internalizar los costos ambientales al operador para no tener que llegar a esferas civiles de reparación. Un ejemplo ilustrativo de lo mencionado es el establecimiento de garantías económicas que aseguren el cumplimiento de planes de manejo ambiental y su consecuente reparación de daños, pues más allá de que estas garantías persigan una reparación civil, son más bien un mecanismo que está vinculado al principio contaminador – pagador pero como un elemento de la responsabilidad administrativa.

La responsabilidad civil ha tenido un creciente debate en los últimos años debido a que tal como está diseñada se confunde con la responsabilidad meramente patrimonial a través de la cual el pago de una indemnización económica parecería solucionar el daño causado, dejando del lado el aspecto primordial de la afectación, que es la restauración ambiental. Se trata en todo caso de responde a los intereses del mercado que a los intereses propios de la naturaleza. Para romper con este concepto, como lo aconseja el profesor Juan Carlos Henao (de la Universidad Externado de Colombia) debe partirse de la idea según la cual, la reparación de este tipo de daño debe buscarse mediante la restauración del bien ambiental dañado y no mediante la equivalencia del dinero. Es decir que se apunte a privilegiar la reparación en especie que restaure el hábitat o el equilibrio de los valores ecológicos, obligándose a que se tenga que invertirse en la reparación del ecosistema. Pero “si la restauración no es técnicamente posible, o solo lo es en parte, la evaluación de los recursos naturales tiene que basarse en el coste de soluciones alternativas que tengan como meta la reposición de recursos naturales equivalentes a los que se han destruido, con objeto de recuperar el grado de conservación de

la naturaleza y la biodiversidad”<sup>35</sup> .

Sin adelantarse a dar mayores detalles sobre la reparación ambiental, que será objeto de análisis en el último capítulo del presente estudio, es necesario dejar sentado la necesidad que tiene la ciencia del derecho ambiental de establecer un sistema de responsabilidad civil ambiental que la diferencia de la típica responsabilidad patrimonial establecida en nuestra legislación civilista, que tiene sus limitaciones en la génesis del derecho de reparaciones en donde la reparación de los derechos tienen un coeficiente matemático que los sustenta y los aspectos colectivos y difusos como es el caso del ambiente, no son aún vistos como bienes jurídicos por sí mismos.

Para que exista responsabilidad civil debe existir un daño ambiental concreto y dicho daño debe ser atribuido a una persona en particular. Aquí aparece otra problemática dentro del campo civil que es la determinación o imputación de la responsabilidad, la misma que plantea muchas dificultades debido a que en la mayoría de casos los daños ambientales tienen una pluralidad de autores contaminantes y es difícil determinar a quién o a quienes se les puede imputar el hecho. Sin embargo, en la actualidad esto ya no parece ser un problema debido a que la Constitución de la República del Ecuador establece un sistema de responsabilidad objetiva y subsidiaria en donde están inmersos tanto los contaminadores como los funcionarios públicos que por acción u omisión hayan contribuido a la ejecución del daño, por tanto de no lograrse identificar el actor del acto lesivo será el Estado en última instancia quien debe responder por tales efectos.

La responsabilidad civil dentro de Ecuador implica en primer lugar responder pecuniariamente ante el daño, con el objeto de pagar los costos que la recuperación demande. La responsabilidad civil debe ser probada, para ello el estado ha empleado mecanismos de judicialización civil mediante los cuales en base a un debido proceso legal se determine la responsabilidad del contaminador y la forma de reparar el daño. El mecanismo utilizado para este propósito es la acción civil por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al ambiente establecido en la Ley de Gestión Ambiental, mecanismo que como se reflexionaba en párrafos anteriores, no se diferencia de la ordinaria reparación civil patrimonial, en el sentido de que el resultado de activar una acción civil por daño ambiental en Ecuador es recibir

---

35 Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 9.2.2000 COM (2000) 66 final. Libro Blanco sobre Responsabilidad ambiental p. 21

una indemnización para cubrir fundamentalmente la pérdida del patrimonio afectado y los derechos vulnerados, mientras que poco se insiste en la recuperación de los ecosistemas degradados.

La responsabilidad civil está regulada por el Código civil y sus leyes complementarias. El concepto de daño ambiental está sujeto a la transgresión de los valores y límites establecidos en la legislación y actos particulares y en su defecto al criterio de la racionalidad. En este sentido los elementos que se toman en consideración para la sanción son aquellos vinculados con la afectación patrimonial o moral.

Esta situación conlleva a formularnos propuesta modernas que cambien los métodos de calcular la reparación de los ecosistemas, pues generalmente las pericias judiciales se ocupan más de establecer montos por pérdida materiales y patrimoniales, que en establecer los rubros que sean suficientes para recuperar los ecosistemas degradados.

Constatamos que la reparación del daño ambiental por establecimiento de responsabilidad civil implica por un lado, realizar acciones para reparar los componentes de la naturaleza destruidos, y en la misma acción establecer montos de indemnización por el agravio ocasionado, pero tal como está diseñada la ley adjetiva civil no se ha reconocido la especificidad del daño ecológico puro. Por esta razón, la responsabilidad por el daño ambiental ha sido tratada y lo seguirá siendo (mientras no cambien las reglas de juego) desde la perspectiva de la responsabilidad civil patrimonial.

En este sistema de responsabilidad no se necesita agotar otras vías judiciales, como por ejemplo la vía administrativa, pues el objeto de esta responsabilidad es el establecimiento de medidas de reparación del daño causado, lo cual es independiente de las medidas que administrativamente tome la autoridad para sancionar el incumplimiento de la norma. Por ejemplo, en un derrame petrolero, la autoridad administrativa (Ministerio de Ambiente) puede sancionar al operador de la actividad con la suspensión de la licencia ambiental y un Juez de lo civil puede disponer al unísono la reparación ambiental y el pago de indemnizaciones por los derechos vulnerados. Sin que se necesite en ambos casos de un pronunciamiento anterior.

El sistema de responsabilidad que opera es la responsabilidad objetiva en virtud de lo cual el Juez no necesita establecer si el daño demandado fue provocado por negligencia, dolo o fuerza mayor, sino que lo que debe establecerse es la identificación del sujeto causante del daño, probar la existencia de daño, el mismo que tiene que ser concreto y cuantificables y establecer las consecuencias que resultaron del daño en las personas y el ambiente.

### 3. Responsabilidad penal

En relación a la responsabilidad penal, el Ecuador a partir de la década del 90 con las reformas al código penal ha incorporado la tipificación de delitos para aquellas acciones humanas que provoquen daños ambientales y que hayan sido realizadas con dolo o mala fe. Esta preocupación surgió como una necesidad del Estado central así como las instituciones legitimadas para ejercer el poder punitivo de tutelar los derechos colectivos, más allá de la gestión pública, pues anteriormente las infracciones contra el ambiente se sancionaban administrativa y civilmente.

Como consecuencia de aquello se establecieron niveles de tutela sobre el ambiente al considerarlo como bien jurídico de protección colectiva, constituyendo en un nuevo bien de protección del derecho penal<sup>36</sup>.

Algunos actores discrepan respecto si el bien jurídico que tutela el derecho penal es el ambiente o la colectividad, o si se trata tal vez de delitos de víctima difusa o delitos sin víctima. Considero que más allá de los considerables criterio que se esgriman al respecto, es importante tener presente que cuando hablamos de derecho al ambiente sano nos estamos refiriendo a un derecho humano que interactúa integralmente con otros derechos, entre ellos los derechos de la naturaleza, para dar como resultado la satisfacción de las necesidades humanas que logren el bienestar y sus modos de vida y el mantenimiento de los ciclos vitales. Si el derecho del ambiente se ocupa principalmente de combatir los peligros que amenazan nuestras vidas y el equilibrio natural, en virtud de que nosotros como seres humanos y la naturaleza formamos parte del cosmos de la vida, sería poco concordante que no se fijen niveles de sanción para quienes atenten contra este bien natural, aunque dicho sea de paso, esto por sí solo no soluciona los problemas de contaminación que deben ser abordados desde una perspectiva más amplia.

Es importante señalar que con el establecimiento de los derechos de la naturaleza en el Ecuador, el derecho ambiental asume una doble dimensión: proteger a las personas como sujetos de derechos y al ambiente como bien jurídico, y proteger a la naturaleza, como otro sujeto de derechos. En este sentido la tipificación de delitos ambientales tiende a proteger dos sujetos jurídicos interdependientes: las personas (de manera individual o colectiva) y

---

36 El sistema penal ecuatoriano considera al ambiente como un bien jurídico a proteger, tal como sucede con derechos como la vida, la propiedad, la libertad etc.

la naturaleza, y además un bien jurídico amplio como es el ambiente debido a que su destrucción o contaminación podría poner en peligro la integridad física o psíquica de las personas así como el desarrollo normal de los ciclos vitales de la naturaleza si es que ambos sujetos se exponen a materiales peligrosos, contaminantes o con riesgo potencial de causar daño.

Algunos estudiosos como Hassemer<sup>37</sup> consideran que más bien las tipificaciones de los delitos ambientales deberían salir de la esfera penal, pues en el fondo lo que expresan son “objetivos de organización política, económica y social”. No obstante este criterio, la tipificación de delitos ambientales ha sido materia de gran aceptación de las Constituciones y legislaciones de los países occidentales, desde hace mucho tiempo atrás, tal como ha sucedido con la Constitución de Alemania de la Post-guerra, la española de 1978 y la Constitución Argentina de 1853.

Otros actores como José Santos Ditto<sup>38</sup>, le otorgan al derecho ambiental una cualidad de derecho de última ratio o complementario, en su obra Derecho Ambiental, dice que *“la norma penal, debe reservarse para conductas mas graves, para cumplir también una función preventiva. Por lo tanto, como dicen los juristas españoles, la norma penal, de conformidad con su condición de última ratio, debe castigar conductas que ponen en peligro bienes jurídicos, de singular relevancia social, con las sanciones más radicales de que el estado dispone. Por lo tanto, se recomienda que el Derecho Penal, solo debe intervenir en la tutela de bienes de mucha importancia y también ante delitos más lesivos”*.

La tipificación de los delitos en el Ecuador no es de ultima ratio o subsidiaria, sino por el contrario, una de las características de la responsabilidad penal en el Ecuador, es que busca consolidar el principio universal de precaución, ya que muchas veces el daño causado puede convertirse en irreversible por lo que es mejor prevenir el daño con el establecimiento de penas rigurosas que desmotiven la ejecución de prácticas contaminantes. Adicionalmente los Convenios Internacionales y demás instrumentos de derecho blando suscritos por el Ecuador le han obligado a reformar su sistema de prevención y sanción interna, lo que ha permitido establecer sanciones paradigmáticas en el campo penal<sup>39</sup>. De esta manera, la pena ambiental tiene

---

37 Winfried Hassemer, Prof. Universidad de Frankfurt

38 Especialista en Derecho Ambiental y Desarrollo sostenible, Universidad de Guayaquil

39 Esto se evidencia en la apertura de procesos penales en contra de 3 alcaldes ecuatorianos de los cantones de Zaruma, Portovelo y Atahualpa, a quienes se los procesa por arroja basura a los ríos y no poseer un sistema de tratamiento de desechos sólidos y líquidos.

características de preventiva y sancionadora. Preventiva porque actúa frente a una situación de peligro y sancionadora porque establece una pena a quien infrinja las normas establecidas.

Para que exista responsabilidad penal, debe existir la tipificación del delito, es decir debe existir la disposición penal que establezca que tipos de conductas son consideradas como constitutivas de una sanción penal, para cumplir con el principio de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, en virtud de lo cual no hay crimen sin ley, ni existe pena sin ley anterior. El capítulo X-A del código penal, de los delitos contra el medio ambiente, desde el artículo 437A al artículo 437K establece los actos susceptibles de sanción penal. En dichas disposiciones se establecen las sanciones las mismas que van desde la imposición de condenas de privación de la libertad (que no superan los 5 años de prisión) hasta la obligación de resarcir los daños ocasionados (situación compleja pues no siempre se logra recuperar los espacios naturales degradados).

El problema práctico de la aplicación de la responsabilidad penal es el sistema de sanción, en el cual se debe demostrar que el daño fue realizado por un acto en donde existió dolo, falta de precaución u omisión culpable grave, es decir el sistema de sanción es típicamente subjetivo en donde es necesario establecer el nexo causal, es decir, demostrar que el sujeto que generó el daño tuvo la intención positiva de causarlo, debido a que si no existe esta intencionalidad no existe responsabilidad, lo cual ha tornado difícil comprobar que los actos en contra del ambiente son actos de dolo o mala fe, es decir actos delictivos. Como consecuencia de aquello, su juzgamiento ha quedado generalmente en la esfera de lo civil o administrativo. No obstante la existencia de esta problemática, es necesario puntualizar que según la constitución vigente, la responsabilidad por daño ambiental es objetiva y en este sentido, nuestro marco constitucional no establece diferencias respecto del tipo de responsabilidad en la que se debe aplicar el principio de objetividad, lo cual indica que los operadores de justicia deben sancionar en base a los criterios de la responsabilidad objetiva para garantizar la aplicación del sistema sancionatorio penal ambiental.

En el sistema de responsabilidad penal ambiental ecuatoriano contenida en el código penal podemos distinguir cuatro elementos claves que le caracterizan al derecho penal ambiental y que se apartan de la doctrina penal tradicional, estos son: i) La tipificación penal en blanco, ii) La responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como la desestimación de la personalidad jurídica; iii) La exención de grupos o poblaciones determinadas; y,

iv) La preferencia de la responsabilidad objetiva penal ambiental.

Una de las características principales del derecho ambiental penal es el establecimiento de la ley penal en blanco, cuyo término en derecho alude a una norma con rango de ley que habilita a otras normas de rango reglamentario mediante una delegación expresa, para que puedan tipificar actividades como delito sin hacer mención expresa a las actividades prohibidas por la norma legal remitente. Nuestro código penal ecuatoriano contiene algunos ejemplos al respecto, veamos algunas de éstas disposiciones:

*Art. 437-A.- Quien, fuera de los casos permitidos por la ley, produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga en posesión, o use desechos tóxicos peligrosos, sustancias radioactivas, u otras similares que por sus características constituyan peligro para la salud humana o degraden y contaminen el medio ambiente, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años.*

En la presente disposición, la norma nos remite a las normas ambientales y la lista de desechos que se encuentran en el Ministerio del Ambiente a través del TULSMA o Ministerio de salud a través del Código Orgánico de la Salud.

*Art. 437-B.- El que infringiere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, si tal acción causare o pudiere causar perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido.*

En el presente caso, a pesar de que el artículo dispone “límites fijados de conformidad con la ley” el juzgador debe remitirse a las normas de carácter reglamentarias, pues en la mayoría de leyes ambientales ecuatorianas no existen tales normas de calidad, encontrándose tan solo en disposiciones reglamentarias como las de Operaciones Hidrocarbúricas o Actividades Mineras o las normas secundarias del TULSMA que fijan límites permisibles para efluentes.

Bajo estas consideraciones, la utilización de leyes penales en blanco puede suponer una vulneración del principio de legalidad, en virtud de que este principio supone la integración de cuatro exigencias: *lex scripta*, *lex certa*, *lex previa* y “*lex stricta*”: ley escrita, cierta, previa y estricta. Las dos primeras exigencias pueden verse afectadas por la existencia de las normas penales que hacen un reenvío a normas de rango menor.

Por otra parte, existen criterios que cuestionan este tipo de leyes al considerar que también implica una vulneración del principio de separación

de poderes, puesto que habilita a la función ejecutiva para que instituya prohibiciones penales, lo cual debería estar reservado a la función legislativa. Sin embargo, y compartiendo el criterio del doctor Lenin Arroyo Baltán, en su obra “*las normas penales en blanco y su legitimidad*”, pese a la evidente lesividad del principio de legalidad, las normas penales en blanco, dentro del derecho ambiental resultan necesarias para tutelar ciertos bienes jurídicos, que si bien no están liberados en su totalidad, es producto quizá de la infinita complejidad de hechos humanos y sociales cambiantes con el tiempo.

Adicionalmente, se debe considerar que este tipo de normas puede significar una vulneración al principio de tipicidad, en virtud de que las sanciones establecidas en el código penal que remiten su ejecución a los límites permisibles o el catálogo de especies de peligros de extinción pueden variar en cuestión de días o semanas, lo cual provocaría una incertidumbre jurídica para quien está inmerso en el aprovechamiento de dichos recursos.

Las actuales relaciones económicas y de producción caracterizadas por un crecimiento del papel de las empresas en la explotación de recursos naturales y la relación con el ambiente han provocado que se empiecen a establecer sanciones penales sobre personas jurídicas, por considerarlas responsables penalmente por conductas criminales de sus agentes o representantes legales, esta circunstancias no se ha sido lo suficientemente desarrollada por nuestra legislación hasta la fecha, pues *dada las características de nuestra legislación, basada en el derecho civil romano, el derecho penal se ha venido aplicando solamente a las personas naturales y no a las jurídicas, toda vez que la responsabilidad penal requiere del elemento subjetivo mens rea, que acorde a la doctrina civilista tradicional, solo puede estar presente en una persona natural, mas no en las jurídicas*<sup>40</sup>. El propio código civil expresa que las personas jurídicas deben estar representadas por una persona natural, quien debe responder civil y penalmente por los actos que realice la sociedad de capital o personas.

La personas jurídicas, actualmente sólo han respondido en la parte administrativa, ejemplos de esto lo podemos encontrar cuando se clausuran los negocios o empresas, se revocan las licencias ambientales, los permisos de funcionamiento, las concesiones, etc. Sin embargo, esta práctica se ha venido desarrollando durante muchos años en países como los Estados Unidos de América en donde existen resoluciones jurisprudencias de las cortes de justicia que han determinado sanciones penales a personas jurídicas, que

---

40 Iván Márquez Quiñónez, Derecho Ambiental y Sociología Ambiental 2004. Pág. 401-402

desde luego son diferentes a las típicas sanciones penales de privación de la libertad impuestas sobre las personas naturales debido a que es físicamente imposible llevar detenida a una empresa, pues como haríamos para recluir en un centro de rehabilitación al edificio de una determinada compañía?. Por tales razones, dentro de los casos resueltos por las cortes norteamericanas las sanciones penales no sólo que son impuestas a los representantes de las corporaciones denunciadas sino que las empresas a su vez deben responder, pero de forma distinta como por ejemplo a través de sanciones a la hoja de vida o historial ambiental de la empresa, la realización de actividades de carácter comunitario, la incorporación o internalización de fondos ambientales, etc.

En todo caso, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no exime a los administradores y demás personas físicas que hayan participado como autores o partícipes en el hecho considerado delictivo.

Otra de las características de la responsabilidad penal ambiental es la exención de responsabilidad que se establece para determinados grupos que realicen actos por estado de necesidad, lo cual ha sido establecido como eximente de responsabilidad en legislaciones como la venezolana y brasileña. Sin embargo, en el Ecuador, esa exención de responsabilidad no existe y más bien se produce un atenuante de responsabilidad en situación excepcional; o cuando una calamidad pública le hizo muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia en la época en que cometió la infracción<sup>41</sup>. Por ejemplo, para la caza de animales en peligro de extinción, cuando el cazador se encuentre en estado de necesidad para alimentarse o alimentar a su familia o para defenderse de depredadores o de animales considerados nocivos. Esta situación se torna compleja si tomamos en consideración que dentro de las comunidades y grupos indígenas, por efectos de la intervención externa, se van acabando los recursos de la fauna y flora o desplazándose a sitios muy lejanos, lo cual promueve la cacería de animales que pueden estar en el catálogo de animales en peligro de extinción, promoviendo una criminalización de esta que podría ser una práctica de cacería ancestral, según su modelo tradicional de subsistencia.

Respecto de la responsabilidad objetiva, como ya hemos mencionado se encuentra establecida en nuestra constitución y además ha sido muy aceptada por la doctrina ambiental, en la que la responsabilidad de indemnización

---

41 Art. 29.- Num. 11 del código penal ecuatoriano

y reparación por el daño causado es independiente de la existencia de culpa, sin embargo, en el campo penal todavía no se logra superar la visión tradicional de la subjetividad pues para que exista responsabilidad por un acto considerado como delito debe existir no solamente el hecho concreto sino la demostración de que tal hecho fue realizado con el propósito de causar daño, lo cual en el campo penal ambiental es muy difícil a menos que se trate de actos que vayan dirigidos a causar daños a determinadas personas.

Sin embargo, nuestra legislación penal establece una figura jurídica de tipificación del delito ambiental como “delito ecológico”, que lo hacen distinto de tipos penales pertenecientes a otras materias. Un ejemplo de esto, es el daño a futuro, incuantificable que puede producir un acto atentatorio al ambiente .

El establecimiento de la responsabilidad objetiva, más los nuevos principios procesales ambientales como la imprescriptibilidad de las acciones ambientales o la reversión de la carga de la prueba deberán desarrollarse mediante la aplicación de la legislación penal por parte de los operadores de justicia, lo cual constituye un reto para el desarrollo de la ciencia del derecho ambiental como para facilitar la aplicación de la norma que posibilite la tutela efectiva de los derechos a través del sistema sancionatorio.

#### **4. Responsabilidad Constitucional**

La doctrina del derecho ambiental convencional ha reconocido e identificado tres sistemas o clases de responsabilidad ambiental: responsabilidad civil, responsabilidad administrativa y responsabilidad penal. Sin embargo, conforme ha evolucionado el derecho ambiental, los sistemas de protección rebasan cada vez estos tres ámbitos y se han perfilado a una protección constitucional directa.

En efecto, en el caso de la constitución ecuatoriana esta situación se ha hecho mucho más evidente cuando dentro de las disposiciones constitucionales se incluyen normas dogmáticas y procedimentales para afrontar la prevención, control y restauración ambiental.

Así, al reconocerse constitucionalmente el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Y además, declararse de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención

del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados<sup>42</sup>, la Constitución establece una responsabilidad del nivel constitucional para afrontar los problemas ambientales que se presenten por la inobservancia o violación de este precepto constitucional.

Esta postura concuerda con lo estipulado en el Art. 397 Num. 1, mediante el cual se permite a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental. Es decir que la tutela del bien jurídico no esté supeditado exclusivamente a la rigurosidad de los sistemas de litigios convencionales (civiles, administrativo, penales) sino que incluye otras posibilidades mediante el cual se pueden articular acciones que amparen de forma directa y eficaz el derecho en cuestión.

Por la naturaleza de las acciones civiles, administrativas y penales, los procesos para establecer la responsabilidad deben seguir un debido proceso que comprende el agotamiento de recursos y trámites internos cuyo tiempo de culminación no deja de superar un término de 60 días en el mejor de los casos dentro de las acciones administrativas, tiempo en el cual las acciones de prevención del daño pueden resultar extemporáneas. Esto nos da la opción de interponer otro tipo de acción que sea sumaria y eficaz, y de la constancia de nuestro sistema jurídico, la acción eficaz en materia de garantías es una acción constitucional.

Adicionalmente el estado como tal, al constituirse en el garante principal de los derechos humanos –entre ellos del derecho a un ambiente sano–, tiene también una responsabilidad extracontractual con los ciudadanos que está sujeta a demandas internacionales cuando se compruebe la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el sistema Internacional o en el sistema Interamericano de derechos humanos, los cuales declararán al estado responsable de tales vulneraciones y establecerán las medidas de reparación correspondientes. En este último ejemplo, la responsabilidad del estado no puede integrársela dentro de los ámbitos civiles, administrativos o penales, pues estas acciones son propias del sistema jurídico interno lo cual nos lleva a la conclusión de que al fallar estos sistemas internos, se establecerá una res-

---

42 Art. 14, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

ponsabilidad constitucional sobre el operador director de la actividad contaminante como del estado por su acción u omisión que obliga la actuación de un órgano supranacional.

Con el nuevo modelo de estado constitucional de derecho y justicia, las personas y funcionarios públicos están obligados primeramente a respetar y hacer respetar los derechos reconocidos por la Constitución, esto incluye también la obligación constitucional de asumir los efectos que produce la falta de respeto y cumplimiento de los derechos en ella reconocidos, es decir de prevenir y sancionar los daños ambientales así como de hacerse responsables por la reparación y restauración de los mismos, incluidos la indemnización a los perjudicados y las sanciones que correspondan según la naturaleza de la infracción.

Es decir, constitucionalmente ya existen obligaciones positivas y negativas en contra de los gestores de la actividad ambiental que incluye sanciones en el ámbito constitucional, entre los que se destacan los sistemas de reparación integral, medidas cautelares a nivel constitucional y otros mecanismos que sólo pueden disponerse en una acción de garantía constitucional. Por tanto, la responsabilidad ambiental en la medida que sea reconocida y dispuesta en una acción constitucional, es una responsabilidad constitucional que puede incluir, eso sí, elementos de la responsabilidad civil, administrativa y/o penal. Así por ejemplo, en las acciones de protección (acción típica para el establecimiento de la responsabilidad constitucional) es común observar en las sentencias que los jueces disponen tanto el cumplimiento de acciones afirmativas por parte del contaminador como la intervención de las autoridades administrativas para que sancionen el incumplimiento de la norma, o la intervención de los jueces penales para que inicien acciones penales cuando dichas prácticas constituyan delitos ambientales; o la participación de los jueces civiles para que en procesos verbales sumarios establezcan las indemnizaciones que correspondan.

## **CAPITULO V**

*Acciones jurídicas para el acceso a la justicia ambiental*



## SECCIÓN I

### Garantías procesales relevantes para el litigio ambiental

Las garantías son los recursos con que los textos Constitucionales aseguran a los sujetos de derecho el disfrute y ejercicio pleno de los derechos que ella determina. La Constitución además de establecer un conjunto de principios sobre los cuales debe construirse el desarrollo y la gestión de los recursos naturales, entre los que destacamos el principio de prevención, precaución, desarrollo sostenible, responsabilidad objetiva, reparación integral, contaminador pagador, acción pública, etc., también dispone de medidas afirmativas como garantías que hacen posible la aplicación práctica de esos principios de tal manera que no queden en la retórica sino que tenga un ejercicio pleno y material de parte de todos los actores.

En este espacio tomaremos nota de cuatro de las principales disposiciones que rompen con el esquema hegemónico tradicional del derecho para convertirse en garantías rectoras de una exigibilidad judicial moderna del derecho, nos referimos a la legitimación pública y popular para ejercer acciones, el principio *in dubio pro natura*, la inversión de la carga de la prueba y la imprescriptibilidad de las acciones ambientales. Estas garantías normativas deben garantizar que las acciones para conseguir justicia ambiental sean más oportunas y eficaces. De la misma manera, deben estar integradas transversalmente en las disposiciones adjetivas y sustantivas de las diversas acciones de responsabilidad ambiental, tanto en las acciones jurisdiccionales como en las de naturaleza civil, administrativa y penal.

#### 1. Legitimación activa pública y popular.

La aptitud o capacidad para poder exigir el cumplimiento de la ley a través del ejercicio de las acciones legales conforme a las facultades que la ley o la Constitución establezcan, es lo que se conoce como legitimación activa.

La legitimación para actuar dentro de un proceso legal, deriva según

el esquema tradicional, de la titularidad de un derecho subjetivo o al menos de un interés legítimo vulnerado o atacado<sup>43</sup>. Dentro del Derecho civil, la legitimación para reclamar la reparación de daño, le corresponde aquel que lo ha sufrido. Esta legitimación no es aplicable al ámbito de responsabilidad por los daños ambientales, pues en la medida en que un daño ambiental afecta una multiplicidad de personas, esta se convierte en una acción difusa que otorga capacidad jurídica para actuar en juicio y ejercer la tutela de los derechos afectados por el daño a cualquier persona que se considere afectada sin necesidad que demuestre tener un interés directo.

Al referirnos a cualquier persona estamos mencionando a la pluralidad de actores que podrían tener interés en la reparación o restauración del daño ambiental, hablamos por tanto de personas naturales, personas jurídicas, instituciones públicas, autoridades, colectivos, comunidades, asociaciones, etc. etc.

Se ha discutido mucho respecto si la legitimación que permite el ejercicio de las acciones para establecer responsabilidades ambientales debe ser considerada como acción pública o como acción popular. Algunos tratadistas consideran que la acción pública es la ejercida por el Estado en manos de los Ministerios Públicos o Ministerios del Ambiente, y que únicamente es utilizada para la persecución de cierto tipo de infracciones o delitos ambientales, sin embargo este criterio no ha sido suficientemente aceptada. Respecto de la acción popular, para los tratadista Trujillo, Quintana y Bolea<sup>44</sup>, la acción popular es la acción jurisdiccional potencialmente concedida para todos y cada uno de los sujetos con capacidad procesal, donde el grado de interés no se califica o dosifica, porque cualquiera puede impugnar el acto lesivo comprometidos ambientales.

La Constitución de la república no hace diferencia respecto de estas dos posturas teóricas o epistemológicas, estableciéndose simplemente que “el Estado se compromete a permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental [...]”<sup>45</sup>.

Esta disposición nos demuestra que el ejercicio de la tutela judicial nos pertenece a todos, por lo que no se debe entender que pueda ser derecho

---

43 Legitimación Procesal en el Derecho Ambiental, CEDA, [www.ceda.org.ec](http://www.ceda.org.ec)

44 Trujillo, Quintana y Bolea, “Comentarios a la Ley de lo Contencioso – Administrativo, España, 1999.

45 Art. 397 Num. 1 de la Constitución de la República de Ecuador

exclusivo de un individuo en cuanto se considere víctima con derecho a reclamar, sino que en la medida en que el ambiente sano y la naturaleza son derechos colectivos existe una legitimación amplia para que cualquier persona exija un ecosistema equilibrado, una calidad del aire, del suelo, del agua, la protección de la biodiversidad, de la atmósfera, etc.

Algunas limitaciones y potencialidades en la aplicación de este concepto serán desarrolladas cuando se analice la legitimación activa en cada una de las acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental que se abordará en los próximos capítulos.

## **2. Principio In dubio pro natura.**

Este principio novedoso, expuesto en la Constitución representa un nuevo paradigma jurídico. Establece que *“En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”*<sup>46</sup>. Esta disposición rompe con el concepto antropocéntrico del derecho ambiental y nos sitúa en una categoría biocentrista del derecho.

Al configurarse que en caso de dudas de las normas se aplicará en el sentido más favorable a la naturaleza, nos coloca frente a una configuración del derecho de la naturaleza como fase superior del derecho ambiental, consistente en que las autoridades públicas y jurisdiccionales, deben aplicar el derecho a favor de la naturaleza por encima de los demás derechos personales. Sin embargo aquí se presenta un problema debido a que según los principios de aplicación del régimen de los derechos humanos, existe el principio in dubio pro homine el mismo que es interpretado que en caso de dudas o conflictos entre normas jurídicas, las normas deben ser interpretados en el sentido que mas favorezcan a los seres humanos. Supongamos un caso extremo, que ante la pobreza y la situación que reflejan los indicadores de desarrollo humano, la sociedad ecuatoriana demande del estado una respuesta urgente, la de explotar los recursos de las áreas protegidas, lo cual conlleva diferentes derechos e intereses en juego. Por un lado los derechos humanos al trabajo, al desarrollo económico, etc. Y por otro lado, los derechos de la naturaleza con el derecho al mantenimiento de sus ciclos vitales. En este caso, el conflicto de aplicación de la norma pro homine estaría en coalición

---

46 Numeral 4 del Art. 395 de la Constitución de la República 2008

con el principio pro natura de conformidad con lo establecido en el Art. Art. 407 (CRE) que dispone:

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

*Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.*

Ciertamente que al coalicionar los principios pro homine y pro natura, la sola definición o alcances de ambos conceptos no son suficientes, por lo tanto deben buscarse respuestas en otros escenarios jurídicos como la ponderación, proporcionalidad, integralidad de la norma, derecho mejor protegido, necesidad, etc.

Lo que parece estar claro, es que por su rango constitucional este principio debe prevalecer frente a la normativa secundaria. Así, en el caso de existir alguna duda o conflicto entre las leyes, como por ejemplo, entre una ley de explotación de recursos naturales (petróleo, minería, biodiversidad) y las disposiciones constitucionales o leyes secundarias posteriores sobre protección de la naturaleza, los funcionarios públicos y judiciales tienen que aplicar las normas que mas favorezcan a la naturaleza en el caso de presentarse una colisión en la aplicación de la norma, de tal manera que los derechos de las personas y los derechos de la naturaleza sean de real y plena vigencia.

Esto nos lleva a suponer que el derecho ambiental adquiere una doble dimensión: derechos ambientales de las personas por una parte; y, derechos de la naturaleza por otra, pero unidos bajo la misma trayectoria, las mismas que en determinadas circunstancias pueden colisionar, como el caso que vimos anteriormente, pero que al mismo tiempo pueden ser complementarias para que ninguno de los sujetos de derechos involucrados (personas y naturaleza) sea perjudicado o se deje en una posición de desventaja.

Este principio es de relevante importancia para el litigio de caso ambientales pues supone que aún habiéndose obtenido una determinada concesión para explotación de recursos naturales, o habiéndose obtenido la respectiva licencia ambiental para realizar las actividades extractivas de conformidad con la ley, si se evidencia el riesgo o la propia existencia de una amenaza que pongan en peligro los derechos de la naturaleza sea por la contaminación de sus elementos ecosistémicos (agua, suelo, aire) o por otros impactos que pudieran generar las actividades autorizadas, puede solicitarse a la autoridad judicial la revisión de tal autorización que aunque haya pasado por un pro-

cediendo legal estaría vulnerando derechos constitucionales de tutela de los derechos de la naturaleza, por lo cual sería perfectamente válido la aplicación del principio *in dubio pro natura*.

Esto supone que la legislación secundaria y la Jurisprudencia de los jueces y las Cortes deban ir configurando unas líneas de aplicación de modo que se vaya determinando de forma clara los alcances de los derechos de las personas en las actividades que implican una afectación al régimen jurídico de los derechos de naturaleza a fin de que en la práctica no se contrapongan dichos derechos sino que existan una armonía y complementariedad entre ambos.

### **3. Inversión de la carga de la prueba.**

El derecho ambiental ecuatoriano, dentro de la disposición del artículo 397 ha establecido que la carga de la prueba sobre la existencia del daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o demandado. Esta disposición destinada a reducir la carga de la prueba a favor del demandante, equivale a una presunción de la responsabilidad del agente contaminador debido a que objetivamente se le hace responsable del daño.

Esto implica una excepción a la regla general de la presunción de inocencia que consta en el numeral 2 del artículo 76 de la Constitución que establece:

*“Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.*

Bajo la disposición de reversión de la carga de la prueba que algunos autores consideran una vulneración al principio de inocencia e igualdad en los procesos judiciales, el demandante no tendría que probar la existencia del daño, es al causante del mismo, es decir al demandado al que le corresponde demostrar que no existe contaminación o el daño denunciado.

“El fundamento de la inversión de la carga de la prueba se basa en que la producción de la carga probatoria se le debe atribuir a aquella de las partes del proceso que dadas las circunstancias del caso, pueda aportar a menor coste evidencia suficiente para convencer al juzgador de la existencia de una relación de causalidad entre el hecho generador y el daño acontecido, y por lo general, tratándose de materia ambiental, suele ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado, probar los hechos relativos a la existencia u ausencia de la relación causa – efecto entre el hecho genera-

dor y el daño acontecido.”<sup>47</sup> .

La inversión de la carga de la prueba lo que pretende es garantizar de forma material la tutela de los derechos y la responsabilidad sobre el contaminador, en razón de que las comunidades afectadas no siempre tienen los medios técnicos y económicos para probar los daños causados al ambiente. Esta disposición es una consecuencia directa de la responsabilidad objetiva y tiene su razón de ser en el sentido de que la responsabilidad del contaminador no se limita a la clásica responsabilidad civil subjetiva, sino que por el contrario, su responsabilidad es objetiva, tal como lo habíamos analizado anteriormente.

“La carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño”<sup>48</sup>.

Ahora bien, esta disposición constitucional tiene grandes repercusiones sobre los sistemas sancionatorios en donde la clásica responsabilidad ambiental se configura por la comprobación que debe hacer el accionante del daño denunciado. Por lo tanto los sistemas de responsabilidad deben cambiar sustancialmente pues tal como está diseñado el procedimiento en las acciones verbal sumarias por daños y perjuicios o en el procedimiento penal por delitos ambientales, el daño debe ser probado por la víctima para que produzca efectos jurídicos sobre el contaminador. La pregunta es ¿Cuántos jueces estarán dispuesto a aplicar directamente esta normativa constitucional y disponer que el demandado presente las pruebas que demuestren la inexistencia del daño?. Tratándose de Jueces conservadores del derecho, puede dejarse de aplicar esta norma y seguirse con la práctica del procedimiento tal como está establecido en el Código de Procedimiento Civil descatando la norma constitucional. Sin embargo se han visto pequeños indicios de apli-

---

47 MSc. Mario Peña Chacón; “Daño responsabilidad y reparación ambiental”; Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., Primera edición, agosto 2006, Costa Rica.

48 CRESPO Plaza, Ricardo. “La responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversión de la carga prueba en la nueva constitución”. En: Letras verdes, Quito: FLACSO sede Ecuador. Programa de Estudios Socioambientales, No. 2, noviembre 2008.

cación de la reversión de la carga de la prueba, como el que consta en la Sentencia de Primera Instancia dentro de la demanda de Acción de Protección Presentada por los representantes de las comunidades y grupos afectados del cantón Pujilí contra la empresa productora de brócoli Agronansiche<sup>49</sup>, en donde en virtud de la reversión de la carga de la prueba el Juez menciona el hecho de que los demandados no han justificado la inexistencia del daño ambiental, ya que a pesar de los informes emitidos por la Dirección Provincial de Salud, los demandantes no han demostrado que dichas actividades no hayan ocasionado los daños alegados.

La aplicación de la reversión de la carga de la prueba en todos los procesos judiciales debe ser directa e inmediata sin que para ello se requiera de norma secundaria o procedimiento propio establecido por algún órgano jurisdiccional o constitucional, pues no aplicar tal garantía procesal bajo los argumentos de falta de ley sería una vulneración flagrante a las disposiciones constitucionales del artículo 11 Num. 3, que establece que *los derechos y garantías establecidos en la Constitución (...) serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.. (...) para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. (...) no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento*”.

#### **4. Imprescriptibilidad de las acciones legales para perseguir y sancionar daños ambientales.**

Una Acción es imprescriptible cuando el tiempo que determina la ley para ejercerla, no caduca. El concepto de imprescriptibilidad es un principio que ha venido operando para dejar sin efecto algunas acciones de carácter civil o penal que por su naturaleza tienen un tiempo determinado para ser exigibles, así por ejemplo una letra de cambio sólo puede exigirse su cobro en cinco años, pasado dicho tiempo el Juez debe considerar la acción como

---

49 Demanda de Acción de Protección deducida en contra de las actividades desarrolladas por la Empresa Nintangá S.A., en sus cultivos de brócoli, en la cual utilizó la técnica de disparar cañones antigranizo y la falta de manejo de desechos, entre otros, que producen impacto ambiental, afectando a las comunidades de las zonas de Alpamalag, Jatun Juigua, la Merced e Isinche, de la parroquia de Pujilí donde la empresa tiene sus cultivos, sin que para ello cuente con la respectiva licencia ambiental.

improcedente por haber prescrito el tiempo para ejercer el derecho a reclamar el pago. Otra ejemplificación nos otorga el campo penal en el cual las acciones por delitos pueden prescribir en cinco y diez años, dependiendo la pena que conlleve la acción delictiva. En el caso de los delitos ambientales, las acciones prescriben en cinco años por ser delitos sancionados con prisión, lo cual significa que después de dicho tiempo, las personas afectadas que presenten acciones penales, dicha denuncias no tendrán validez procesal.

Los ejemplos anteriores son sobre reglas generales de la prescripción debido a que existen otras acciones y delitos que son imprescriptibles. Estas excepciones se han establecido para no dejar en la impunidad algunos delitos graves cometidos por personas o corporaciones en contra de la naturaleza y la supervivencia misma de las personas pues su falta de sanción equivale a situaciones de impunidad y denegación de justicia a las víctimas. Estas excepciones a las reglas de prescripción se han previsto en particular para aquellos delitos considerados perjudiciales a los intereses colectivos o generacionales que invaden un campo más allá de lo privado y que ponen en riesgo la paz y la existencia de la vida y la comunidad Internacional.

La actual Constitución avanza en la determinación de otras acciones a las cuales considera imprescriptibles, establece por ejemplo que: “*los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles*”<sup>50</sup>. En este contexto, la Constitución vigente, declara también que “*Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles*”<sup>51</sup>.

“La imprescriptibilidad de las acciones tendientes a reclamar el daño ambiental puro o de incidencia colectiva, lo es la equiparación teórica que cierto sector de la doctrina ha realizado entre los daños ambientales de gran escala y magnitud, con respecto a los delitos de lesa humanidad contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos. De esta forma, algunos interpretan que por tratarse de un derecho humano el derecho a vivir en un ambiente sano, el hecho de contaminar el entorno que nos rodea con consecuencias negativas sobre la salud, la vida y el equilibrio ecológico conllevaría a una situación análoga a la tutelada por los delitos de lesa humanidad, y por tanto, las acciones tendientes a prevenir, cesar y recomponerlo

---

50 Art. 233 Inc. 2 Constitución de la República 2008

51 Art. 396. Ultimo Inc. Constitución de la República 2008

serían imprescriptibles, tal y como lo son las acciones tendientes a perseguir este tipo especial de delitos<sup>52</sup>

Las heridas en el Oriente Ecuatoriano por la contaminación de la compañía Texaco y otras empresas que han provocado numerosas devastaciones a lo largo de su historia, así como la sanción para aquellos que fraudulentamente otorgan permisos y falsifican documentos para liberar de responsabilidad a las transnacionales o empresas nacionales con comportamientos anti éticos, no deben quedar en la impunidad. Por lo tanto, el principio de imprescriptibilidad opera precisamente para evitar que haya impunidad respecto a estos hechos que comprometen la existencia de pueblos enteros, tal cual como ha sucedido con las poblaciones afectadas por las empresas petroleras, madereras y mineras. En virtud de la imprescriptibilidad, las personas, en cualquier tiempo, bajo cualquier régimen, pueden presentar acciones para la reparación del daño ambiental, y demandar de la justicia que establezca las sanciones a los responsables que estén acabando con espacios de naturaleza y vidas humanas.

Como mencionáramos anteriormente, la imprescriptibilidad opera respecto de las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales, lo cual quiere decir que resultan inaplicables y se entenderían derogadas por mandato constitucional<sup>53</sup> las normas del código penal, código de procedimiento penal, código civil, código de procedimiento civil, leyes administrativas y contenciosas administrativas, en los casos estrictamente ambientales en los que se establecen plazos para la interposición de acciones. Aplicar las normas de prescripción en materia ambiental sería un atentado a la vigencia constitucional y la seguridad jurídica.

---

52 MSc. Mario Peña Chacón; “DAÑO AMBIENTAL Y PRESCRIPCIÓN”; Costa Rica; 2008

53 La DISPOSICION DEROGATORIA de la Constitución de la República dispone: “Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”.

## SECCIÓN II

### Acciones Constitucionales

En la actual Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 10, Título II, Capítulo Primero sobre los Principios de aplicación de los derechos constitucionales, se menciona que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, así como la naturaleza son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en instrumentos internacionales de los cuales el Ecuador es parte; el Art. 11. Num. 1 dispone que *el ejercicio de estos derechos se podrá exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes*; mientras que el Art. 75 al tratar sobre los Derechos de Protección, manifiesta que *toda persona tiene derecho a un acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, y que en ningún caso podría quedar en indefensión*. Por su parte, dentro del Título III, Capítulo Tercero de la Constitución, se encuentran contenidas siete secciones en las que se encuentran establecidas las disposiciones comunes así como los aspectos formales y materiales que permiten articular la exigibilidad de los derechos desde el ejercicio de las garantías jurisdiccionales. Estas disposiciones constitucionales son el punto de partida para el análisis de las acciones constitucionales prevista en nuestro sistema jurídico.

La Constitución del 2008 marca diferencias sustanciales con respecto a la Constitución de 1998; por ejemplo, en lo relativo a las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales se puede constatar un avance en la protección de derechos. La protección que otorgan las nuevas garantías guarda armonía con el paradigma del Estado Constitucional de Derechos y Justicia previsto en el artículo 1 de la Constitución de la República. De esa manera, mientras que el núcleo de las garantías constitucionales contenidas en la Constitución de 1998 se caracterizaba por su naturaleza eminentemente cautelar, el núcleo de las garantías jurisdiccionales contenidas en la Constitución del 2008 es declarativo, de conocimiento, ampliamente reparatorio y sólo por excepción cautelares.

Vale puntualizar que las acciones constitucionales son garantías para la exigibilidad de los derechos establecidos en la Constitución, las mismas que están divididas en tres tipos a saber: garantías jurisdiccionales, garantías normativas y garantías políticas. Al mismo tiempo, las garantías jurisdiccionales se dividen en tres campos: i) Garantías que protegen todos los derechos (Acción de Protección); ii) las que protegen el derecho a la libertad (Habeas Corpus); iii) las que protegen el acceso a la información pública (Acción de Acceso a la Información Pública); iv) las que protegen la intimidad (Habeas data); v) las que protegen la eficacia del sistema jurídico (Acción por Incumplimiento); y, vi) las que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario (Acción Extraordinaria de Protección). En el presente estudio se analizará lo concerniente a las garantías jurisdiccionales de protección de los derechos, la de acceso a la información pública, de protección del sistema jurídico y las de protección de los derechos en la justicia ordinaria, que pueden permitir la obtención de la justicia en el ámbito ambiental. Es decir, se analizarán la Acción de Protección, la Acción de Acceso a la Información Pública, la Acción Extraordinaria de Protección y la Acción por Incumplimiento. Adicionalmente se abordará lo concerniente a la Acción de Inconstitucionalidad de las normas que deban ser expulsadas del ordenamiento jurídico por contravenir los derechos reconocidos en la Constitución o impedir el ejercicio de los mismos.

## **1. Acción de Protección**

El Art. 86 del Título III, Capítulo Tercero de las “Garantías Jurisdiccionales”, Sección Primera de la Constitución de la República, hace referencia a las disposiciones por las cuales se regirán las garantías jurisdiccionales previstas en la constitución para el ejercicio de los derechos reconocidos en ella. El artículo 86 contiene disposiciones procedimentales y formales que deben observarse al momento de interponer una garantía jurisdiccional, las cuales son aplicables a todas las garantías previstas en la constitución. Por lo tanto, son disposiciones que deben aplicarse a las acciones de protección.

Es necesario puntualizar que las garantías jurisdiccionales, entre las que se encuentra la acción de protección, son mecanismos que establece la constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación a uno o varios de los derechos reconocidos en la misma constitución, con la finalidad de darle eficacia jurídica a la parte dogmática de la constitución, pues sin la existencia

de garantías, los derechos serían enunciados líricos que no tendrían sentido en la realidad cotidiana. Pensemos en un momento en un contrato civil, en donde una de las partes le presta cierta cantidad de dinero a otra con la condición de recibir el pago en una fecha determinada y a cierto interés, pero sin determinar una forma que garantice el pago. Que pasará si dicha obligación no es cumplida por el deudor?, lo más probable es que el propietario del dinero no pueda obligar al deudor al cumplimiento de la obligación o se tenga que conformar con que éste la cumpla de acuerdo a sus intereses o circunstancias, lo cual nos da como resultado una situación de desventaja al acreedor, al no tener una herramienta eficaz de poder recuperar su capital e intereses. Para evitar esta situación, dentro del campo civil se han creado un sinnúmero de instituciones jurídicas que hacen efectivo el cumplimiento de las obligaciones, así tenemos las conocidas garantías prendarias, hipotecarias, seguros, etc. Ante lo cual, de no existir el cumplimiento de la obligación de parte del deudor, su prenda, o el bien hipotecado debe ser tomado como parte del pago por la obligación contraída. Lo mismo sucede con las obligaciones del Estado. Recordemos que el estado está obligado primordialmente a respetar y hacer efectivo los derechos reconocidos en la Constitución, por lo tanto las garantías jurisdiccionales o constitucionales, son herramientas jurídicas mediante las cuales exigimos al Estado un comportamiento de respeto o garantía de los derechos humanos, las mismas que deben ser adecuadas y eficaces, de tal forma que su utilización tenga un resultado positivo a favor de quien demanda su aplicación o reparación.

Un estado que no establece garantías adecuadas para cumplir los derechos humanos, es un estado que sólo utiliza los derechos humanos como un recital poético para adornar su Constitución.

Ciertamente que no a todos los derechos se los asume como derecho exigibles o justiciables, pues aún se tiene una sospecha de que ciertos derechos, como el caso de los derechos conocidos como económicos, sociales y culturales, son enunciados de cumplimiento en la medida en que las posibilidades de los estados lo permitan, otros autores como el constitucionalista Italiano Ricardo Guastini aún no los considera como derechos en sí mismo sino como prestaciones de servicios estatales. Guastini sostiene que los derechos sociales no son verdaderos derechos en tanto no pueden ser exigidos judicialmente, pues a sus criterio los verdaderos derechos son aquellos que cumplen las siguientes tres características: i) son susceptibles de tutela jurisdiccional; ii) pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado; y iii) su contenido consiste en una obligación de con-

ducta bien definida al igual que el sujeto titular. Con lo cual, derechos como el de la salud o el ambiente sano, que no contienen estas características no son considerados como derechos. Este criterio lo podemos encontrarlo en la práctica constitucional ecuatoriana, así en la Resolución No. 0140-2003-RA el Tribunal Constitucional respecto de la demanda que presentaron comunidades fronterizas por las fumigaciones en la frontera con Colombia, demandando al estado por omisión ilegítima al no haber tomado las medidas necesarias para evitar la fumigación dentro de los 10 kilómetros de distancia de la línea fronteriza, y a tomar medidas de prevención y remediación a favor de la población, consideró que no existía una norma expresa que indique la obligación de las autoridades de remediar las consecuencias de daños producidos por las fumigaciones. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional resolvió inadmitir la acción de amparo.

Esta dicotomía ciertamente que complica la eficacia de las garantías jurisdiccionales, en particular la acción de protección, pues la inexistencia de una obligación claramente determinada puede dejar desamparado un derecho, que como el caso analizado anteriormente, no se constató lo relativo a la afectación del agua, de la tierra, de los cultivos, etc., sino que se basó en que la inexistencia de la obligación de la autoridad pública no produce la existencia de una omisión ilegítima.

En otras palabras, se podría pensar que de no existir una norma o disposición que obligue a la autoridad, por ejemplo a dotar de vivienda a determinadas familias, a remediar los daños causados por determinadas actividades, etc. no se configura la acción u omisión que vulnera el derecho, por lo tanto no podría tutelar un derecho que no ha tenido una obligación concreta de cumplimiento. Sin embargo, esta práctica debe ser desterrada de nuestra cultura jurídica constitucional debido a que nuestra constitución establece una sola línea de definición de los derechos humanos, entendidos como derechos del buen vivir lo cual plantea un reto para que todos los derechos sean reconocidos en su integralidad e interdependencia, con lo cual debe dejarse a un lado el enfoque de considerar a ciertos derechos como asistenciales o de prestaciones, para ser entendidos como derecho de protección en la medida que su vulneración no sólo puede afectar a una persona sino a un colectivo indeterminado.

El Art. 88 de la carta magna prescribe que la acción de protección, tiene por objeto:

*“...el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u*

*omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación". (El subrayado me pertenece)*

De la disposición antes mencionada debemos realizar un análisis de los requisitos formales, materiales y procedimentales, a fin de determinar en que casos y bajo que circunstancias procede la interposición de acciones de protección, en especial de actividades ambientales a los que hacemos referencia en el presente estudio.

A primera vista podemos constatar que a diferencia de la acción de amparo prevista en la constitución de 1998, en la cual tenían que concurrir tres aspectos simultáneos para tutelar el derechos (acción u omisión ilegítima, violación de derecho constitucional y daño grave e inminente), la misma que debía prevenir de una autoridad pública o concesionario, en la vigente constitución, el aspectos principal es detectar la vulneración del derecho, no importa de que acto provenga, o si el acto fue ilegítimo o provocó daño grave e inminente, tampoco importa la calidad de la persona que vulnera el derecho así como de la víctima, por lo tanto, el acto impugnado no sólo puede provenir de autoridad pública sino también de los particulares.

### **1.1. La Acción de Protección ampara directamente los derechos reconocidos en la Constitución.**

Es decir que los jueces encargados de tramitar y resolver la acción de protección no debe imponer barreras para el accionante ni para la tramitación del proceso, pues estaría limitando la capacidad que tiene de garantizar los derechos. Lo cual indica que el trámite debe ser sencillo, rápido, sin mayores formalidades y las resoluciones deben tener un sujeto concreto que proteja o repare los derechos vulnerados de modo que no compliquen la tutela directa<sup>54</sup>.

---

54 En la práctica constitucional, he observado casos como la de un Juez de lo Civil de Shushufindi que en una acción de Protección por violación al derecho a la consulta previa, negó la práctica de la audiencia, argumentando que no tenía en su poder el acuse recibo de la notificación al demandado a pesar de que el demandado compareció a dicha diligencia a través de sus procuradores judiciales. Otro ejemplo es la Resolución No. 1409-2007-RA. En la que el Tribunal Constitu-

Es necesario aclarar que no sólo los derechos reconocidos en la Constitución de la República son susceptibles de Acción de Protección, pues de acuerdo a lo establecido en el art. 10 de la Constitución, “*Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales*”. Lo cual indica que además de los derechos reconocidos en la Constitución son plenamente justiciables aquellos derechos reconocidos en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, etc.

En el tema ambiental, el mismo art. 10 de la Constitución establece que “*La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución*”. Lo cual puede ser interpretado a la luz del primer inciso del art. antes mencionado que tanto las normas propias de protección de los derechos de la naturaleza reconocidas por la constitución como aquellas normas de derecho ambiental contenidas en instrumentos internacionales - Convenio sobre Diversidad Biológica, El Protocolo de Kyoto, la Convención CITES, la Decisión Andina 321, Convenio RAMSAR-, etc. son susceptibles de acción de protección cuando se produzca un hecho que lesione los derechos contenidos en dichos instrumentos internacionales. Esta postura es respaldada por el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>55</sup> que incluye a los tratados internacionales sobre derechos humanos dentro de los instrumentos de derechos susceptibles de tutela constitucional.

## **1.2. La acción de protección es un amparo eficaz para tutelar los derechos**

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, “el objetivo del Amparo Constitucional en lo sustancial se circunscribe a la tutela judicial efectiva que

---

cional acepta una acción de amparo por considerar que hubo vulneración al derecho al ambiente sano, pero dispone que sea un tercero el que vigile el cumplimiento de la normativa ambiental sin especificar las acciones concretas que deberá realizar la institución que vulneró el derecho.

55 El mencionado artículo establece que: “*la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinarias de protección contra decisiones de la justicia indígena*”.

permite a los jueces tomar medidas preventivas, suspensivas o reparatoras en aras de evitar, cesar o remediar de manera inmediata un acto u omisión ilegítimos provenientes de autoridades de la administración pública, que de manera inminente puedan causar o causen daño grave o irreparable que viole o pueda violar garantías primigenias inherentes a los seres humanos, consagrados en la Constitución política o en Convenios Internacionales de los cuales el Ecuador es signatario<sup>56</sup>. Se entiende por tanto que la acción de protección debe estar configurada de tal forma que se pueda alcanzar la protección del derecho fundamental lesionado. Para este propósito es importante que los jueces lleven adelante prácticas informales pero eficaces de tramitación, por ejemplo la notificación por correo electrónico, vía fax, la práctica testimonial urgente, inspecciones judiciales in situ tratándose de daños ambientales, etc.

Adicionalmente, y siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>57</sup>, el juez debe dictar medidas alternativas y creativas que protejan de mejor manera el derecho comprometido, para lo cual no basta con las prácticas de la justicia ordinaria, sino que deben remontarse a otros aspectos más allá de la formalidad. En el tema ambiental por ejemplo, no basta con la sanción pecuniaria o de remediación ambiental, sino que muchas veces es importante para proteger el derecho al ambiente, que se establezcan medidas más eficaces como establecer una moratoria en la explotación del recurso, la suspensión de los trabajos, la continuidad de las labores en otro sitio menos riesgoso, las disculpas públicas, la corresponsabilidad ambiental, etc.

### **1.3. Requisitos de procedencia para interponer la Acción de Protección**

Según la disposición del art. 86 de la Constitución de la república, los requisitos de la acción de protección son dos: i) que exista un acto que viole los derechos reconocidos en la constitución; y, ii) que el acto provenga de una autoridad pública no judicial o de un particular. Adicionalmente la constitución también prevé la interposición de acción de protección contra políticas públicas cuando estas supongan la vulneración de cualquiera de los

---

56 Resolución No. 0144-07-RA, Primera Sala Del Tribunal Constitucional, 10 de octubre de 2007

57 Ver Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del caso Acosta Calderón contra Ecuador del 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, párr. 93

derechos constitucionales, mientras que con la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,<sup>58</sup> se introdujo un requisito adicional: *la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado*<sup>59</sup>. Pasaremos a analizar el detalle de estos requisitos.

#### **a. Acción de protección contra una vulneración de derechos constitucionales.**

Hay vulneración de un derecho constitucional, cuando la autoridad pública, un tercero que actúa en representación del Estado o un particular comete un acto arbitrario, ilegal o ilegítimo que esté en contra de lo estipulado en la constitución de la república o que por los efectos del acto pueda existir el riesgo o se encuentre evidencia de la vulneración de algún derecho reconocido en la Constitución. Adicionalmente la vulneración puede provenir de una omisión, es decir de las acciones que estando en la obligación de realizar no se realizan por parte de las personas o autoridades correspondientes.

En temas ambientales, la vulneración del derecho a vivir en un ambiente sano, los derechos de la naturaleza y en general las demás normas de garantía ambiental reconocidas en la constitución, como la consulta previa, intangibilidad de áreas naturales protegidas, remediación ambiental, reparación ambiental, prevención de la contaminación, etc., que por actos del estado o particulares hayan sido vulneradas o corran el riesgo de vulnerarse, están sujetas a una tutela efectiva de parte del estado a través de la acción de protección. Cabe mencionar que para el caso de daños ambientales, la responsabilidad constitucional que permite al juez establecer las medidas de reparación o prevención no necesita del elemento probatorio de legalidad o legitimidad del acto lesivo, pues el daño ambiental de por sí mismo, se constituye en una vulneración del derecho a vivir en un ambiente sano, por lo cual se crea la responsabilidad objetiva del operador o de quienes se presume como tal, en caso de multiplicidad de actores, para que, sin perjuicio de declarar que el acto fue ilegal, ilegítimo o arbitrario, se tomen las medidas de reparación.

Siguiendo la misma línea de análisis respecto del objeto de la acción de protección, se debe entender que no sólo corresponde interponer acciones

---

58 Segundo Suplemento. R.O. No. 52, Jueves 22 de octubre del 2009

59 Art. 40 Num. 3, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial No- 52-2S del 22 de octubre del 2009

de protección de la violación de los derechos constitucionales sino también de la vulneración de las disposiciones establecidas en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador tanto en temas de derechos humanos como en los relacionados al ambiente y la naturaleza.

Al referirnos a los instrumentos internacionales, nos estamos refiriendo a una concepción amplia de las obligaciones internacionales del Estado, lo cual no se limita a los Tratados Internacionales sino a todas aquellas formas mediante las cuales el Ecuador se ha obligado ante la comunidad Internacional, siendo procedente que las acciones se interponga respecto de todo el corpus juris del derecho internacional, esto es: Convenciones, Tratados, Declaraciones, Directrices, Jurisprudencia de Tribunales Internacionales, Observaciones de Organismos Internacionales, etc.

En este sentido se debe considerar que el Ecuador es signatario tanto de Protocolo de Kyoto como de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, instrumentos internacionales cuyas ratificaciones se encuentran publicadas en los Registros Oficiales No. 342 de 20 de diciembre de 1999 y 532 de 22 de septiembre de 1994, respectivamente, en las que se establece la elaboración de políticas y medidas tendientes a la “limitación y/o reducción de las emisiones de dióxido de carbono, mediante su recuperación y utilización en la producción, transporte y distribución de energía;” además de “tomar medidas de precaución para prever, prevenir ó reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Estos instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador tienen carácter suprallegal, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 163 de la Constitución de 1998, por lo tanto la vulneración de sus disposiciones por parte de los legitimados pasivos, son perfectamente impugnables a través de la acción de protección.

Adicionalmente, no podemos dejar de lado el contenido de la protección de derechos propios de la Naturaleza, contantes en los artículos 71 y 72 de la Constitución de la República que establece que la Naturaleza tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales. Estructura, funciones y procesos evolutivos, así como a la restauración cuando se afecten sus sistemas naturales. *Más aun cuando conforme la misma Carta fundamental previsto en los artículos 3 y 277, se consagra como deber del Estado el proteger al patrimonio natural y garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la Naturaleza. Siendo necesario además guardar coherencia con el hecho de que el Estado ecuatoriano es parte del Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cul-*

*tural y Natural y de la Convención sobre la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas y Naturales de los Países de América, así como suscriptor de la Carta Mundial de la Naturaleza aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, entre otros, comprometiéndose en todos ellos a velar por el respeto y la conservación de la naturaleza y sus ecosistemas, social e individualmente.<sup>60</sup>*

## **b. Acción de protección por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial**

Como habíamos mencionado en líneas anteriores, la constitución del 2008 avanza sustancialmente en el enfoque de protección de los derechos reconocidos en la constitución de 1998. Esta novedad se detecta cuando se establece la responsabilidad por la vulneración de los derechos tanto a los actores estatales como a los particulares que bien sea a través de concesiones o delegaciones, o bien a su propia cuenta, realizan actos que pueden llegar a atentar contra los derechos reconocidos en la constitución e instrumentos internacionales. En el tema ambiental es común observar que la mayor parte de las actividades con riesgo ambiental son desarrolladas por agentes privados. Así observamos que algunas labores de explotación de recursos naturales petroleros y mineros son desarrolladas por empresas transnacionales que en algunos casos actúan bajo delegación o concesiones y en otros bajo su propia gestión, por lo tanto, es procedente que los actos que provoquen vulneración de derechos de parte de estos actores, reciban la tutela de parte del estado a fin de garantizar los derechos humanos y de la naturaleza.

Un aspecto importante a destacar, es que no es necesario demostrar la ilegitimidad o ilegalidad del acto u omisión que provoca la vulneración del derecho, lo importante es demostrar que en la relación entre el sujeto y el acto se generó una vulneración a un derecho reconocido en la constitución o en instrumento internacional.

Tampoco es indispensable demostrar que el acto que vulneró el derecho ha causado un daño grave e inminente a la víctima, lo cual rompe con el esquema anterior que promovió que muchos operadores de justicia dejaran de amparar derechos fundamentales, argumentando falta de evidencia sobre la gravedad o inminencia del daño demandado.

---

60 Resolución de la Corte Constitucional 567, Registro Oficial Suplemento 23 de 8 de Diciembre del 2009. Primera Sala, No. 0567-08-RA

Los actos que son susceptibles de acción de protección no deben provenir de actos de autoridades judiciales, entendiéndose como actos a los Autos, Providencias, Sentencias, Resoluciones, y demás actos propios del sistema procesal. Sin embargo, esta postura no es del todo general, pues existen ciertos actos de autoridades judiciales que pueden ser susceptibles de acción de protección, es decir, actos que se refieran a aspectos ajenos a las decisiones propias de un proceso judicial. Por ejemplo si se trata de un acto de funcionario judicial que a través de su práctica diaria impide el ejercicio del derecho a la defensa de las partes, o discrimina la atención al público dando preferencias a ciertas personas, o impide el acceso a la información pública sobre los procesos llevados a su cargo, etc. En estos casos, observamos que el acto no es propiamente un acto judicial, pues si bien proviene de una autoridad judicial, no trata sobre temas sometidos a resolución por Sentencia, sobre los cuales existe la posibilidad de presentar acción extraordinaria de protección.

### **c. La Acción de Protección por actos u omisiones de particulares.**

La Acción de protección también se puede presentar en contra de particulares, para tal efecto, la constitución prevé tres formas en las cuales el particular puede tener la calidad de legítimo pasivo de la acción de protección. Estos casos son: i) cuando la violación del derecho provoque un daño grave, ii) cuando preste servicios públicos impropios; y iii) cuando actúe por delegación o concesión del estado.

Al tratarse de una acción de amparo contra un particular no cabe analizar la ilegitimidad del acto mediante la verificación de la competencia, procedimiento, causa, objeto y motivación, que es el modo en que se analiza si un acto es ilegítimo cuando éste proviene de una institución del sector público. En su lugar, la forma de conocer si un acto de un particular vulnera derechos en una acción de protección es contrastar si esta acción vulnera un derecho colectivo o difuso. En el caso de daños o riesgos ambientales corresponde a los actores demostrar que la persona demandada a través de sus actividades causa o amenaza causar un daño grave, lo cual es fácilmente comprobable si se logra evidenciar el riesgo que las actividades entrañan, en caso de no existir una adecuada instalación, monitoreo y medidas de manejo ambiental.

### **d. Acción de Protección contra Política Pública.**

Las políticas públicas son medios mediante los cuales el Estado y los

gobiernos garantizan la aplicación de los derechos. El Artículo 85 de la constitución vigente dispone que:

*Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.*

En relación al numeral 2 del artículo en análisis, la acción de protección también se puede presentar frente a *toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.*

La política pública es el “conjunto de iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución de las mismas o llevarlas a niveles manejables”<sup>61</sup>. La política pública implica un acto de poder e implica la materialización de las decisiones de quienes detentan el poder, supone tomas de posición que involucra una o varias instituciones estatales.

En el tema ambiental las políticas públicas son originadas y operativizadas por un actor público revestido de autoridad; en este caso, los diversos niveles de gobierno estatal pero esa política pública no tiene siempre como intencionalidad solucionar un problema en forma definitiva, sino que, en determinadas ocasiones solo pretende llevarlo a una situación manejable o dependiendo del modelo de desarrollo y los intereses en juego pueden definirse política pública ambientalmente sustentables u otras que contradigan los mandatos constitucionales de la sustentabilidad y el buen vivir.

Generalmente en la Constitución se establecen las reglas de relación social entre las fuerzas e intereses políticos, sociales, culturales y económicos vigentes en un momento histórico determinado; si estas reglas permiten legítimamente la vigencia de los derechos de las personas, los pueblos y

---

61 Ortega José Emilio, Sbarato Darío, Campos Manuel, Tocalli Sergio Hugo, Política Ambiental: políticas públicas, disponible en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/unc/paper33.pdf>. Última visita 21 de julio de 2010.

nacionalidades; así como la convivencia pacífica entre sus miembros, constituyen el mejor escenario para el diseño de políticas públicas desde un enfoque de derechos, caso contrario, la política pública puede estar dirigida a excluir o discriminar a ciertos grupos por sus manifestaciones culturales o sus posturas políticas, lo cual constituye una vulneración de derechos.

Para comprender en qué casos dentro de la problemática ambiental se puede presentar una situación tal, imaginemos por un momento que la amazonia ecuatoriana o alguna parte de ella, requiera de una reparación ambiental para eliminar los efectos de la contaminación por explotación petrolera y precautelar los derechos de las personas que habitan en sus inmediaciones. Esta reparación requiere de la asignación de un presupuesto fiscal que financie los costos que representa el pago de peritos, trabajadores, técnicos ambientales, sustancias químicas o naturales para eliminar el hidrocarburo. Supongamos entonces que el ejecutivo decida que por falta de presupuesto no asignará los recursos y en su lugar decida declarar las zonas afectadas como espacios de depósito de desechos industriales, que serán administrados por el Ministerio del Ambiente. En este ejemplo estamos frente a un caso en que la política pública aplicada por el estado, a través del ejecutivo, amenaza con lesionar gravemente el ambiente y la salud de quienes habitan en dichos territorios y pone en peligro también los ecosistemas frágiles de la amazonia. Por lo tanto no es la acción u omisión dañosa la que produce la vulneración del derecho sino la decisión presidencial de no asignar los recursos para tal efecto.

Sin embargo aquí se presenta un problema que tiene relación a la cultura jurídica con que los administradores de justicia han entendido comúnmente los actos para considerarlos violatorios de derechos. Como lo sostiene Víctor Abramovich han sido tradicionalmente considerados temas no susceptibles de revisión judicial.

*(...) cuando la reparación de una violación de derechos económicos, sociales y culturales importa una acción positiva del estado que pone juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, (...) los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema<sup>62</sup>*

---

62 Abramovich Víctor y Curtis Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los Tribunales locales”, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Martín Abregú y Christian Curtis (compiladores), Buenos Aires, 1998, p. 304

Esto no impide sin embargo, que las personas vayan abriendo camino a una práctica que garantice la aplicación de los derechos desde las políticas públicas y la gestión gubernamental. Adicionalmente, la acción de protección también procede:

- *Contra todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.* Es decir frente a prestación de servicios que puedan prestarse bajo discriminación, exclusión, o suspensión, cuando las causas de la falta de prestación no obedezcan a situaciones fundamentadas. Por ejemplo, la falta de prestación de agua potable o recolección de basura en barrios considerados marginales.
- *Contra todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado.* En el presente caso, la acción debe contener al menos, una de las siguientes circunstancias:
  - a) *Presten servicios públicos impropios o de interés público;*
  - b) *Presten servicios públicos por delegación o concesión;*
  - c) *Provoque daño grave;*
  - d) *La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.*

El caso más común, aplicable a temas ambientales, es el referido en el literal b), en cuyas circunstancias encontramos los actos provenientes de las compañías que prestan servicios petroleros o mineros bajo concesión o contratos de prestación de servicios, por cuyas acciones es perfectamente procedente la acción de protección, lo cual tampoco equivale a evadir la responsabilidad de los actores principales de la explotación de esos recursos.

#### **e. La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.**

Esta es una incorporación polémica y cuestionable en virtud de que la inclusión de este requisito adicional inexistente en la Constitución de la república vulnera el principio de no subsidiariedad de la acción de protección. Al incorporar este requisito se está asumiendo que no se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley.

Un recurso sencillo y sumario como la acción de protección no puede ser subsidiario a otras acciones ordinarias. Pensemos en un momento en un acto de autoridad pública que permita la explotación en un área denunciada de alto riesgo sísmico o ambiental. Bajo la concepción de la subsidiariedad, en

este ejemplo se esperaría que se interpongan las acciones en la vía administrativa, para que, agotadas éstas, se pueda interponer la acción constitucional de protección. Esta hipótesis ciertamente que es un despropósito frente a la acción tutelar efectiva y eficaz de los derechos que fue el espíritu del constituyente al establecer dentro de los principios de aplicación de los derechos, la no limitación ni restricción de los mismos.

Suponer que los hechos demandados en las vías constitucionales deban haber agotado otros recursos previo a la interposición de las garantías jurisdiccionales es una limitación a la tutela efectiva de los derechos humanos y de la naturaleza pues la práctica ha demostrado que la vía administrativa o contenciosa administrativa no son mecanismos eficaz y efectivos, pues no son mecanismo sencillo o desprovisto de formalismo, por el contrario requieren del patrocinio de un abogado, son trámites lentos, imparciales cuando se trata de actos del estado o de funcionarios públicos y los efectos de estas sanciones no producen el efecto deseado por la víctima que principalmente es la protección del derecho, características de las que la acción de protección es la que más se acerca.

#### **1.4. La Acción de Protección en actividades ambientales**

Adicional a los requisitos antes señalados, es importante tener en cuenta que existen otros elementos de procedencia de una acción de protección, los mismos que se encuentran establecidos en el Art. 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que señala:

*Art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra:*

- 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.*
- 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.*
- 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.*
- 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:*
  - a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;*
  - b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;*
  - c) Provoque daño grave;*
  - d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.*

5. *Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.*

Respecto del primer numeral del artículo antes citado, ya he hecho referencia en el análisis del literal anterior, cuando me referí a los requisitos de procedencia, debiendo hacer una precisión. La acción de protección, sobre todo tratándose de temas ambientales procede también contra actos u omisiones que causen daño o amenace con causarlo. Esta es una de las características innovadoras del nuevo sistema constitucional de protección de derechos, pues anteriormente con la constitución de 1998, la Acción de Amparo tenía la característica de cautelar, por lo tanto, solo por excepción, cuando se producía una violación de derechos con daños graves e inminentes, procedía la acción de amparo. Con la Constitución del 2008, la Acción de Protección es tanto cautelar como de fondo o conocimiento. Por lo tanto, tratándose de temas ambientales, se puede presentar medidas cautelares para evitar la violación del derecho, como cuando tenemos certeza de que cierta actividad o acto puede poner en peligro el ambiente. Así mismo podemos solicitar la acción de protección cuando la violación ya se ha consumado.

### 1.5. ¿Cuándo no procede la Acción de Protección?

De acuerdo al artículo 42 de la Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de Protección de derechos no procede:

1. *Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.*
2. *Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.*
3. *Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.*
4. *Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.*
5. *Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.*
6. *Cuando se trate de providencias judiciales.*
7. *Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.*

*En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.*

De las disposiciones antes mencionadas podemos, podemos referirnos a tres aspectos en los cuales puede existir cierta complejidad al momento de interponer una acción por violación al derecho ambiental, estos son: i)

Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos; ii) Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz; y, iii) Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.

Hay impugnación de constitucionalidad de un acto, cuando se pretende que mediante la acción de protección, se declare que un determinado acto normativo de efectos generales (una ley-decreto- reglamento) está en contradicción a lo dispuesto en el texto constitucional, lo cual está reservado para las acciones de inconstitucionales de la que trataremos más adelante. Existe impugnación de legalidad cuando la acción pretende que se declare la violación de un derecho por el incumplimiento de una ley que esté contenida en el ordenamiento jurídico y para la cual exista un procedimiento ordinario de justicia. Así por ejemplo, se podría interponer una acción de protección para ordenar la reparación ambiental, pero no se podrá pretender a través de esta acción, que se declare que una determinada disposición ambiental (legal o reglamentaria) vulnera la constitución o pretender acaso que se declare el pago de daños y perjuicios por daño ambiental, lo cual está determinado en un procedimiento de la Ley de Gestión Ambiental y el Código de Procedimiento Civil.

*La acción de protección tampoco procede si el acto administrativo que se impugna pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.* En el presente caso, la ley es muy discrecional al dejar abierta la posibilidad para que el juez en cada caso concreto interprete a su sana crítica, si el acto que se impugna es susceptible de impugnación por vía judicial adecuada y eficaz. Esto riesgo puede ser muy alto si se trata por ejemplo, de actos que provengan de autoridades de control ambiental que pongan en vulnerabilidad los derechos ambientales, como puede suceder con la expedición de permisos o licencias ambientales para ejecutar actividades extractivas ya sea violando la norma vigente o bien sin haber agotado el proceso de consulta previa. Lo cual a nuestro entender no son actos para los cuales la vía judicial sea la vía más adecuada y eficaz, debido a que por experiencia en el campo del litigio conocemos el retardo -injustificado muchas veces- con que los Tribunales Contenciosos Administrativos administran justicia, por cuya causa la tutela del derechos podría ser resuelta de forma extemporánea. Concordando con lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “[n]o pueden considerarse afectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares

de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, por que el poder judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquiera otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial<sup>63</sup>.

Por lo tanto, tratándose de que las actividades extractivas llevan implícita la afectación a los derechos humanos, no es conveniente que se coloquen barreras para el acceso a la justicia ambiental, y más bien se debe actuar bajo el principio de tutela efectiva y garantía de derechos a que está obligado el Estado.

Finalmente, la otra disposición que hace improcedente la acción de protección es cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. Es decir, cuando se pretende que el juez declare la existencia de un derecho sea este un derecho real o personal, pues en este caso, existen otras vías, como las judiciales ordinarias, mediante las cuales el sujeto que se cree con un derecho pueda pedir su declaración.

## **1. 6. Solicitud de medidas cautelares.**

¿Qué son las medidas cautelares?

Hasta el momento no existe una definición jurídica sobre medidas cautelares, algunos sistemas jurídicos hablan de la adopción de medidas cautelares pero sin definir conceptualmente a que se refieren con este concepto, sin embargo algunas de las definiciones más comunes que podemos encontrar señalan a las medidas cautelares como:

- Resoluciones adoptadas por los Jueces encaminadas al aseguramiento de alguna situación.
- Es el procedimiento que se inicia bien sea para ordenar la suspensión inmediata, total o parcial de las actividades presuntamente infractoras y la realización de actos o actividades provisionales hasta tanto se decida el asunto.

---

63 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. P párr. 23.

- Previsiones que la ley permite anticipar para garantizar la efectividad de los derechos que puedan reconocerse en la sentencia definitiva que se dicte en el futuro al finalizar el proceso o bien por razones de urgencia.

Mediante la adopción de medidas cautelares se requiere que una empresa o el Estado adopte acciones de protección que impidan o detengan la ocurrencia de un daño irreparable. El otorgamiento de este tipo de medidas no constituye prejuzgamiento alguno sobre el fondo del asunto. Su objetivo es fundamentalmente prevenir daños irreparables que puedan ocasionarse al ambiente y los derechos humanos y es requisito indispensable que exista un amenaza de violación o una violación del derecho.

En nuestro sistema jurídico nacional la adopción de medidas cautelares para prevenir el daño ambiental se encuentra incluida en los ámbitos constitucionales, civiles, penales y administrativos. En la mayoría de los casos la ley no establece una medida cautelar específica sino que todo depende de la sana crítica y creatividad del Juez que al analizar el caso concreto puede decidir la medida más eficaz para evitar el daño o la prolongación del mismo.

En materia Constitucional es donde más se debe explotar la vigencia de medidas cautelares como método de prevención del daño ambiental debido a que con la vigencia de la nueva constitución las medidas cautelares se pueden interponer de dos formas. La primera como parte de una acción de protección en donde es posible solicitar medidas cautelares para evitar la consumación del daño o detener la vulneración del derecho; y, la segunda mediante un procedimiento propio que se encuentra establecido en el capítulo II, sección primera, desde el artículo 26 hasta el artículo 38 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para prevenir la violación del derecho.

Según la norma antes citada, las medidas cautelares tienen por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos<sup>64</sup> de tal manera que se convierte en un mecanismo interesante para tomar medidas frente a posibles riesgos que afecten los derechos ambientales o de la naturaleza. Sin embargo la practica jurisprudencial no es muy alentadora, pues los jueces tratan de confundir el procedimiento de medidas cautelares con el procedimiento de conocimiento de una acción por violación de derechos.

---

64 Art. 26, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Esta situación se constató en la solicitud de medidas cautelares a favor de los pueblos libres del Parque Nacional Yasuní, en donde el juez a pesar de haber recibido suficiente información sobre los actos que están ejecutando los Ministerios del Ambiente y de Recursos Naturales no Renovables parece no haber tenido la suficiente convicción que actos como el licenciamiento ambiental, la delimitación de la zona intangible, la exploración física, etc., tienen como propósito explotar la zona intangible lo cual constituye en una amenaza de ocasionar daños irreversibles por la intensidad y frecuencia con que se están ejecutando estas actividades que afectarán tanto los derechos de los pueblos no contactados a su integridad física como los derechos de la naturaleza, por estarse fraguando la explotación petrolera en una zona declarada constitucionalmente como intangible.

El procedimiento para ordenar medidas cautelares es informal, sencillo, rápido. La jueza o el juez tienen la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado<sup>65</sup>. Para tal efecto, cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares, de manera verbal o escrita, ante cualquier jueza o juez. Se aplica la regla general de competencia, esto es que cuando haya más de una jueza o juez, la competencia se radicará por sorteo. La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción<sup>66</sup>.

Siendo que el proceso es sencillo y rápido, solo por excepción el juez podrá convocar a una audiencia para ordenar las medidas, caso contrario una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes. No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas.

---

65 Art. 31, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

66 Art. 32, Ley Ibidem.

En el caso de que la jueza o juez ordene las medidas correspondientes, especificará e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse; sin perjuicio de que, por las circunstancias del caso, la jueza o juez actúe de forma verbal; y se utilizarán los medios que estén al alcance de la jueza o juez, tales como llamadas telefónicas, envíos de fax o visitas inmediatas al lugar de los hechos<sup>67</sup>.

Una vez otorgadas las medidas, estas pueden ser revocadas, pero esto procederá sólo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, hayan cesado los requisitos previstos en la ley o se demuestre que no tenían fundamento. En este último caso, la persona o institución contra la que se dictó la medida podrá defenderse y presentar los hechos o argumentos que sustenten la revocatoria de la medida cautelar. Es importante señalar que para que proceda la revocatoria, la institución o persona a quien se haya delegado o las partes, deberán informar a la jueza o juez sobre la ejecución de las medidas<sup>68</sup>.

Las medidas cautelares son de relevante importancia pues a través de su interposición se podrían suspender o corregir momentáneamente la realización de un acto o hecho que ponga en peligro la vigencia del derecho al ambiente o de la naturaleza para dicho efecto existen algunas medidas cautelares que se pueden solicitar a las autoridades, entre las que se encuentran:

- Suspensión temporal de la actividad contaminante
- Regulación de la Producción
- Suspender provisionalmente los efectos de un determinado acto administrativo de naturaleza ambiental
- Suspender el uso o comercialización de productos que impliquen un atentado contra el ambiente.
- Declarar moratorias temporales para determinadas actividades (vedas), etc.

Dentro del ámbito civil encontramos que la adopción de medidas cautelares puede ser posible en los procesos de demandas civiles por daños y perjuicios cuando el juez durante una inspección constate que la contaminación persiste y que hay el riesgo cierto de que se prolongue o afecten otros ecosistemas. En este caso debería tomar como medida cautelar la suspensión de la actividad, regulación de la producción, transporte, etc.

---

67 Art. 33, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

68 Art. 35, Ley *Ibidem*.

## 1.7. Limitaciones para el ejercicio de la Acción de Protección

Si bien la constitución prevé amplias facultades para el ejercicio de la acción de protección, la práctica judicial y constitucional no ha mostrado señales de cambio en la aplicación de los principios y garantías del derecho ambiental.

Las limitaciones de la acción de protección tienen que ver tanto con su idoneidad como eficacia, si bien hay un conjunto de disposiciones que favorecen la interpretación progresiva del derecho como el principio in dubio pro natura, la reversión de la carga de la prueba, el establecimiento de medidas cautelares, la restauración ecosistémica, los principios de interpretación de los derechos, etc., en la práctica las resoluciones judiciales que se emiten dentro de esta acción no son lo suficientemente claras y contundentes puesto que privilegian el modos operandi empresarial sobre la protección de los derechos humanos y de la naturaleza. Existen casos en que ante la duda de que ciertas actividades puedan ser lesivas al ambiente, se permite la continuidad de las actividades inaplicando el principio de precaución, estableciendo límite hasta que haya la expedición de un acto administrativo posterior, como sucede con la sentencia de acción de protección en el caso Comunidades de Pujilí en contra de la empresa Nintanganga en donde el Juez no prohíbe de forma definitiva la práctica de bombardeo a las nubes (que se utiliza para evitar las lluvias) sino que prohíbe dicha práctica hasta que la empresa consiga una licencia ambiental, lo cual equivale a una protección de actos de mera formalidad y no de derechos en sí mismos como los derechos de la naturaleza al mantenimiento de sus ciclos ecológicos que están en juego.

En la mayoría de casos los jueces no realizan dentro de sus sentencias la fundamentación e interpretación respecto de la jerarquía de los derechos que están en disputa que nos pueda dejar claro las razones por las cuales se toman las decisiones de negar total o parcialmente las acciones, incluso tampoco esta fundamentación es verificable cuando las acciones son aceptadas totalmente a favor de la protección ambiental.

No se resuelve sobre todos los puntos controvertidos de la sentencia, incluso algunas de las pretensiones de los accionantes no son recogidas en las consideraciones y resolución de las mismas, es decir, no desarrolla en nada, las consideraciones sobre los derechos alegados como violentados quedando en deuda con los demandantes, pues si estos derechos son demandados, el juzgador está en la obligación de citar y pronunciarse sobre el particular, de conformidad con el artículo 4 numeral 9 de la Ley Orgánica de Garantías

Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Tampoco existe claridad y consistencia conceptual, pues los jueces al aplicar los derechos y al referirse a los principios en los que se sustentan sus resoluciones, no definen los términos conceptuales utilizados para tales efectos, de modo que se reportan pocas resoluciones en que la Corte Constitucional o los jueces de instancias han definido términos conceptuales como reparación, precaución, intangibilidad, consulta previa, etc., que son muy importantes para establecer una ruta conceptual definida.

Existe un débil criterio de razonabilidad en las sentencias el mismo que provoca la inexistencia de una lógica deductiva expresa, pues no hay una plena respuesta a los argumentos de las partes, incluso no se explica la coherencia de la aplicación de la norma constitucional con la del corpus juris internacional tanto en materia de derechos humanos como de protección ambiental.

Uno de los aspectos más preocupantes es que la mayoría de las resoluciones ambientales no establecen reparaciones o restauraciones, a pesar de que los jueces reconozcan la existencia de daños. Por ejemplo dentro de la Resolución No. 0567-08-RA, del 16 de julio de 2009<sup>69</sup>, la Corte establece que “(...) *es indudable que en el presente caso existe una alteración al ambiente natural en cuanto al elemento agua de los ríos aledaños a las estaciones porcinas, pues está de por medio una actividad humana-industrial que, conjuntamente con las actividades propias de la vida de la civilización humana han generado cambios y degradación, por lo que deben asumir los correspondientes niveles imputables de dicha alteración e inducir sus consecuentes reparación integral.*”)<sup>70</sup>. Sin embargo, a pesar de este reconocimiento expreso de contaminación, la Corte Resuelve *negar la acción de amparo propuesta en cuanto a la instalación de los biodigestores y dispone que las entidades: Ministerio de Ambiente, Ministerio de Agricultura y Ganadería (...) Secretaria Nacional de Agua, Ministerio de Salud; Defensoría del Pueblo, Gobierno Provincial y el Municipio de Santo Domingo de los Tsáchilas, (...) conformen una Comisión de monitoreo de la actividad productiva que esta empresa realiza, en lo tocante al funcionamiento de los biodigestores, al consumo de agua, manejo de desechos orgánicos e inorgánicos que se vierten a los cuerpos de agua, a fin de precautelar os derechos difusos y colectivos manifestados...(...)*”.

Esto nos muestra el poco grado de efectividad que han tenido las ac-

---

69 Acción de Amparo Constitucional propuesto por comunidades del Santo Domingo de los Tsáchila en contra de la Cia. PRONACA por la instalación de biodigestores degradables de desperdicios de cerdos y la contaminación ambiental generada por la cría de cerdos de la empresa

70 Consideración Vigésima, Resolución No. 0567-08-RA, del 16 de julio de 2009

ciones constitucionales para el establecimiento de responsabilidades ambientales en donde se ha fallado en base a consideraciones preferentemente económicas, de protección de las inversiones, de presunción de legitimidad de los actos públicos o del supuesto bienestar laboral de ciertas actividades de impacto ambiental antes que en consideraciones ecológicas y derechos humanos colectivos.

No podemos dejar de mencionar otras situaciones desalentadoras como aquellas resoluciones en donde el juez resuelve acciones de cumplimiento distintas a las pretendidas por el peticionario, como sucedió en el caso 1409-2007-RA<sup>71</sup> en donde el Tribunal Constitucional frente a la pretensiones de los accionados de que PERENCO remedie las zonas afectadas y asume los costos de salud de la familia Jungal-Cárdenas, dispone al Ministerio de Energía y Minas que inicie una sanción administrativa por el reiterado incumplimiento de normas de calidad ambiental, lo cual desde luego no resuelve el problema central que es la contaminación.

También los jueces generalmente en sus sentencias disponen el cumplimiento de las mismas a autoridades diferentes de las demandas, como sucedió con el caso 0535-2007-RA<sup>72</sup> en donde el afectado demandó a Petroecuador y Petroproducción pero el Tribunal Constitucional dispuso notificar al Ministerio de Minas y petróleo para que a través de la extinta Dirección Nacional de Protección Ambiental DINAPA cumpla con la resolución, es decir estableció un mandato de ejecución de sentencia a una persona distinta de las demandadas.

Pero quizás la situación más grave dentro de la eficacia de las acciones de protección, es su ejecución, pues muchas de las causas sobre las que han existido resoluciones positivas no han podido ser ejecutadas debido fundamentalmente a que dentro de las sentencias no se han establecido plazos para su ejecución y cumplimiento, o se ha identificado las personas que deban ejecutarlas o en otras ocasiones su falta de ejecución se debe a la inacción e inoperancia tanto del sistema de justicia como de los responsables de su cumplimiento.

Esta realidad nos muestra que el proceso de acción constitucional no

---

71 Demanda de Amparo Constitucional presentado por Daniel Jungal y Nancy Cárdenas contra PERENCO por daño ambiental generado por las actividades de la empresa dentro de la estación petrolera Payamino.

72 Demanda de Amparo Constitucional presentado por Gabriel Nájera, habitante de la provincia de Orellana contra Petroproducción por afectaciones ambientales y daños a la salud.

siempre es efectivo por lo se hace necesario que las personas, organizaciones y colectivos que interpongan acciones constitucionales estén acompañados de otras acciones complementarias como las veedurías ciudadanas, la incidencia política, la información mediática favorable, pero de manera particular, de la movilización y presión social, sobre todo cuando se trata de casos en los cuales se demanda a empresas con poder económico o político, en donde los intereses contrapuestos complican el cumplimiento de la ley y las resoluciones judiciales.

### Síntesis explicativa de la Acción de Protección

Legitimado activo	Legitimado pasivo	Requisitos de procedencia	competencia	Causales de improcedencia
Cualquier personas	Autoridad pública no judicial	Violación de un derecho constitucional;	Cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos	Hechos en los que no exista una violación de derechos constitucionales.
Grupo de personas	Autoridad judicial sobre actos que no provengan de procesos judiciales	Acción u omisión de autoridad pública o de un particular		Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
Colectividad		Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.	La jueza o juez de turno, cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados.	Cuando se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
Defensor del Pueblo				Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
Afectado directo	Persona particular: - Prestador de servicio público - Concesionario Delegatario			Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.

				<p>Quando se trate de providencias judiciales.</p> <p>Quando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral.</p>
--	--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## 2. Acción de Acceso a la Información Pública

*Dar poder al pueblo para que decida cuestiones públicas directa o indirectamente sin darle la posibilidad de conocer toda la información necesaria para decidir, conduce a un proceso de toma de decisiones imperfecto que puede arrojar resultados fuertemente dañinos para la comunidad...El derecho a la información es, en consecuencia, una precondition del sistema democrático y del ejercicio de la participación política de la ciudadanía<sup>73</sup>.*

Esta parece ser una reflexión precisa para empezar abordar la acción de acceso a la información pública como mecanismo de exigibilidad de derechos humanos y de la naturaleza debido a que en la interrelación entre el estado y las personas, se requiere, como componente necesario para el ejercicio de los derechos, es particular de los derechos ambientales, la provisión de información o el aviso previo del Estado, como medida positiva necesaria para prevenir la afectación de ese bien jurídico, en caso de que el Estado cuente con esa información.

La característica fundamental de la información, es su carácter de medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. De modo que la información tiene, además de un valor propio, un valor instrumental, que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y del funcionamiento institucional de contralor de los poderes públicos.

Si bien el derecho de acceso a la información (en especial de acceso a la información pública) no aparece literalmente en el texto constitucional, el Art. 18. Numerales 1 y 2 se refieren a éste como un derecho individual y colectivo de todas las personas:

*Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:*

<sup>73</sup> Saba, Roberto, "El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno", Derecho Comparado de la Información, López-Ayllón, Sergio. P. 9

1. *Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.*

2. *Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.*

Concordante con esta disposición, el Art. 66 Num. 25 establece *el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.*

En el tema ambiental, tampoco encontramos una norma constitucional expresa que haga referencia al derecho de acceso a la información, sin embargo, dentro del artículo 398 existe la disposición que establece que *“Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente (...)”*.

Por lo tanto podemos encontrar en estas disposiciones que el acceso a la información pública es un componente necesario del derecho a buscar y recibir información, en la medida en que: a) la información pública está comprendida en las expresiones “información... de toda índole” e “información de la que disponen otros”; b) la información pública es un requisito indispensable de la crítica al gobierno, del control democrático por medio de la opinión pública, de la transparencia de la actividades estatales, y de la posibilidad de responsabilizar a los funcionarios públicos sobre su gestión pública; c) la información relacionada con proyectos que puedan afectar el ambiente tiene carácter público.

El tema del acceso a la información es muy relevante en materia ambiental ya que, además de constituirse en un requisito de un informe o evaluación de impacto ambiental previo a la realización de obras o a la autorización de actividades o explotaciones que puedan poner en riesgo el medio ambiente, es un instrumento poderoso que reposa en poder del Estado en donde es común encontrar las estrategias de intervención para la implementación de proyectos extractivos, presupuestos para financiar actividades de gestión ambiental, información relevante sobre contratos y concesiones, utilidades y regalías, etc. Mediante el acceso la información, las personas pueden conocer, por ejemplo, los estudios de impacto ambiental, los planes de manejo ambiental y las acciones de mitigación del daño ambiental en los proyectos que les interese o perjudique, de modo que puedan oponerse o aportar con criterios para lograr una explotación sustentable de los recursos. En este

sentido la producción de información es un presupuesto previo a la exigibilidad del derecho “a un ambiente sano, y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*” (art. 14 CRE).

De este modo, cuando el gobierno o las autoridades competentes incumplan con el mandato de requerir un informe o evaluación de impacto ambiental previo, o cuando, habiéndolo requerido, se niegue a hacerlo público, o cuando niegan la publicación o entrega de información solicitada por los interesados se puede alegar violación al derecho de acceso a la información, conforme lo establece el artículo 91 de la Constitución de la República:

*Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.*

#### **a. ¿Quiénes están obligados a proporcionar información Pública?**

Según se desprende del contenido de la Ley Organica de Acceso a la Información Pública (en adelante LOAIP), en los artículo 1 y 3, están obligados a proporcionar información, las siguientes entidades:

- Los Ministerios de la Función y otras dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
- Los organismos electorales.
- Los organismos de control y regulación.
- Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.
- Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
- Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
- Las personas jurídicas cuyas acciones o participaciones pertenezcan en todo o en parte al Estado, exclusivamente sobre el destino y manejo de recursos del Estado;
- Las corporaciones, fundaciones y organismos no gubernamentales (ONG's) aunque tengan el carácter de privadas y sean encargadas de la provisión o administración de bienes o servicios públicos, que

mantengan convenios, contratos o cualquier forma contractual con instituciones públicas y/u organismos internacionales, siempre y cuando la finalidad de su función sea pública;

- Las personas jurídicas de derecho privado, que sean delegatarias o concesionarias o cualquier otra forma contractual de servicios públicos del Estado, en los términos del respectivo contrato;
- Las personas jurídicas de derecho privado, que realicen gestiones públicas o se financien parcial o totalmente con recursos públicos y únicamente en lo relacionada con dichas gestiones o con las acciones o actividades a las que se destinen tales recursos.

En el tema ambiental que nos ocupa, las instituciones que por sus competencias y actividades mantiene información pública sobre proyectos y actividades ambientales, y que por lo mismo están obligadas a publicar y entregar información, son:

- i. Los organismos de control y regulación, ejemplos: MAE, Contraloría, Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, Instituto Nacional de Patrimonio Cultural y Natural
- ii. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo, ejemplo: Gobiernos Municipales, Gobiernos Provinciales, Juntas Parroquiales, Distritos Municipales, Regiones Especiales.
- iii. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, ejemplo: PETROECUADOR, PETROAMAZONAS, Empresa Minera Nacional ENAMI, Empresa de Cemento Nacional, etc.
- iv. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
- v. Las personas jurídicas de derecho privado, que sean delegatarias o concesionarias o cualquier otra forma contractual de servicios públicos del Estado, en los términos del respectivo contrato, ejemplo: IVANHOE, REPSOL, PETRORIENTAL, etc.

## **b. Los límites en el Acceso a la Información**

Por regla general, la información que reposa en las instituciones públicas o privadas que tengan acciones estatales, es información pública y por tanto, cualquier persona o colectividad puede exigir que se la transmita o divulgue.

Sin embargo la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional así como la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establecen las causas por las cuales dicha información es considerada como reservada, confidencial, estratégica o sensible.

En efecto, el último inciso del artículo 47 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dispone que *no se podrá acceder a información pública que tenga el carácter de confidencial o reservada*. Sin embargo para que una información sea considerada como tal, debe ser previamente declarada por Ley. En este sentido, la ley aplicable es la Ley de Acceso a la Información Pública que en el Título Tercero, Art. 17 define los casos en que una información tiene el carácter de reservada o confidencial.

Art. 17.- De la Información Reservada.- No procede el derecho a acceder a la información pública, exclusivamente en los siguientes casos:

a) *Los documentos calificados de manera motivada como reservados por el Consejo de Seguridad Nacional, por razones de defensa nacional, de conformidad con el artículo 81, inciso tercero, de la Constitución Política de la República y que son:*

1) *Los planes y órdenes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante posibles amenazas contra el Estado;*

2) *Información en el ámbito de la inteligencia, específicamente los planes, operaciones e informes de inteligencia y contra inteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional;*

3) *La información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y,*

4) *Los fondos de uso reservado exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional; y,*

b) *Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes.*

Adicionalmente, se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales que están protegidos en el Art. 66 de la Constitución de la República.

Tampoco es procedente acceder a información considerada como estratégica o sensible para las empresas públicas. A pesar de que estos dos conceptos no han sido desarrollados mediante ley, es necesario que se precise cuáles serían los alcances de los términos estratégico y sensible, para evitar que las empresas públicas, bajo las consideraciones que articulan estos conceptos, lleguen a limitar o impedir el acceso a información relevante para las

personas o colectividades<sup>74</sup>, sobre todo de información que pueda ser clave para la protección ambiental y los derechos humanos.

Por otra parte, el Art. 20 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública dispone lo siguiente:

*“Límites de la Publicidad de la Información.- La solicitud de acceso a la información no implica la obligación de las entidades de la administración pública y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, a crear o producir información, con la que no dispongan o no tengan obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En este caso, la institución o entidad, comunicará por escrito que la denegación de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder, respecto de la información solicitada. Esta Ley tampoco faculta a los peticionarios a exigir a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean, salvo aquellos que por sus objetivos institucionales deban producir.*

### **c. La petición de Información a la administración, como paso previo a la Acción Constitucional de acceso a la información**

Según la Constitución, para poder ejercer la acción de acceso a la información, es necesario que previamente las instituciones obligadas a proporcionar la información la hayan negado tácita o expresamente o hayan remitido información incompleta o poco relevante. La negación tácita se configura cuando dentro del término que dispone la ley para entregar la información, no se entrega la misma y la negación expresa se evidencia cuando se comunica que la información no puede ser entregada sea por su carácter secreto o por cualquier otra circunstancia.

Hay que destacar que para que la información sea considerada como reservada tiene que estar determinada previamente en la ley y debe referirse a circunstancias sumamente especiales que tengan que ver con la protección de información personal de los funcionarios o la integridad del estado.

En este sentido, para demostrar que existió una negación de la información debe primeramente realizarse una petición de información al titular de la Institución que posee o se presume que posea la información, el mismo que debe responder en un término de 10 días, prorrogables por cinco días adicionales. Si en dicho término la información no es entregada al solici-

---

74 El riesgo que se presenta es que para evitar fiscalizaciones o acciones de exigibilidad de derechos, las empresas estatales de acuerdo a sus intereses consideren a cualquier información como estratégica o sensible, privando del acceso a la misma.

tante, se proporciona de manera incompleta, o se niega la información por cualquier circunstancia o por considerarla secreta sin causa legal, cabe la presentación de la Acción Constitucional de Acceso a la Información.

En temas ambientales es muy común estar frente a respuestas de la autoridad que no satisfacen las expectativas de información de los ciudadanos generadas a raíz de la implementación de proyectos de desarrollo. Por ejemplo, cuando se solicitan los estudios de impacto ambiental, lo común es que se proporcione resúmenes ejecutivos o términos de referencia que en nada ayudan a comprender la problemática que está en juego. De igual manera es característico en el acceso a la información que el responsable de transmitirla lo realice de forma poco eficiente, esto es informando situaciones pocas relevantes, con hartos contenidos técnicos o en lengua diferente al lenguaje de los involucrados<sup>75</sup>, lo cual ciertamente constituye una limitación al derecho de acceder a información veraz y oportuna.

#### **d. Objeto y procedencia de la Acción de Acceso a la información**

En materia medio ambiental el derecho a la información es un derecho que tiene todo individuo o colectividad de solicitar información y de ser informado por cualquier ente estatal que no puede ser obstruida por las instituciones estatales referentes a cualquier proyecto que pueda afectar el goce de su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es entonces esta, la garantía que le permitirá participar a cualquier individuo o colectividad, haciendo uso de los intereses difusos del acceso a la participación, dentro de los procesos de toma de decisiones que afecten ese derecho, pues de lo contrario sería ilusoria y la norma constitucional resultaría superflua. “es en consecuencia obligación del Estado democrático, preservar esa libre comunicación formadora de la voluntad política del pueblo, y es a través de esa interrelación entre los receptores pasivos de la información o de quienes la demanden, que se realiza no sólo el pluralismo político, sino la intervención de un pueblo en la formación de proyectos que puedan afectar sus derechos fundamentales.”<sup>76</sup>

---

75 Las regiones donde se explotan recursos petroleros y/o mineros, son territorios con presencia de pueblos indígenas de dialectos diferentes como los kichwas, shuar, wuaoranis, Eperas, Awas, Sionas, Cofanes, etc, para los cuales debería entregarse información en su propia lengua, de modo que puedan entenderla de mejor manera.

76 Sentencia 2231-96, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Siendo que la finalidad del derecho a la información es buscar, recibir u obtener información pública, el objeto de la Acción de Acceso a la Información Pública es garantizar el acceso a ella cuando ésta ha sido denegada expresa o tácitamente por los casos mencionados anteriormente.

Es decir, debe haber existido previamente una solicitud del interesado, al cual la institución donde se encuentra la información no haya satisfecho su requerimiento por falta de contestación, lo haya satisfecho de forma incompleta o lo haya negado aduciendo que la información es confidencial, reserva; o, en el caso de las empresas públicas, bajo el argumento de que la información es estratégica o sensible.

En el caso de las primeras dos posibilidades (falta de contestación e información incompleta) es fácil demostrar tal incurrimento. Sin embargo, tratándose de información que ha sido negada por considerarla reservada, confidencial, estratégica o sensible, éstas deben basarse en fundamentos legales, en los cuales se demuestre que dicha información consta como tal en las leyes pertinentes, y para el caso de las empresas públicas debe ser evidente el argumento de que la información es estratégica, esto es, que esté relacionada a su plan para incrementar o mantener la ventaja competitiva o bien reducir la ventaja de sus competidores. Caso contrario debe ejercerse la garantía jurisdiccional de acceso a la información pública, de conformidad al siguiente cuadro explicativo:

Legitimación activa	Legitimación pasiva	Requisitos de procedencia	Competencia	Causales de improcedencia
Afectado directo Cualquier persona Comunidad Colectividad Defensor del Pueblo	Autoridad pública  Representante de Empresa privada que tenga participación del Estado o sea concesionarias de éste.	Cuando la Información haya sido negada tácitamente (cuando no se contestada a la solicitud en el tiempo establecido por la Ley)  Cuando la información	Cualquier jueza o juez de primera instancia del domicilio de la institución en donde real o presuntamente se encuentre la información La jueza o juez de turno, cuando se	Información de carácter confidencial o reservada  Información estratégica y sensible a los intereses de las empresas públicas

		<p>haya sido proporcionada de forma incompleta, alterada o no se permita el acceso físico a las fuentes de información</p> <p>Cuando la información haya sido negada de forma expresa.</p>	<p>presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados.</p>	
--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------	--

### 3. Normas procesales aplicables a la Acción de Protección y la Acción de Acceso a la Información Pública.

Tanto la Constitución de la República como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establecen principios y normas comunes para ser aplicadas en el ejercicio práctico de las garantías jurisdiccionales. Así tenemos que el Título tercero, Capítulo tercero, Sección primera de la Constitución, establece un conjunto de disposiciones aplicables a todas las garantías jurisdiccionales, por lo que para efectos del presente estudio se deberán tener presente para aplicarlas a la Acción de Protección como para la Acción de Acceso a la Información Pública.

*Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:*

1. *Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.*
2. *Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:*
  - a) *El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e ins-*

*tancias.*

- b) Serán hábiles todos los días y horas.*
  - c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.*
  - d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.*
  - e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.*
- 3.** *Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.*

*Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.*

- 4.** *Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.*
- 5.** *Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.*

Es necesario resaltar, que la vigente constitución da un paso agigantado en la consolidación de los derechos y garantías, al establecer estos principios que permiten que el ejercicio y la aplicación de las garantías jurisdiccionales, sean más coherente con la finalidad principal del estado, que es la tutela efectiva de los derechos.

A través de estos principios rectores, se establece una especie de guía metodológica y conceptual que guía el camino del ejercicio y aplicación de los jueces constitucionales. Es importante referirnos brevemente a algunas de estas innovaciones progresivas.

- a) Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacio-

alidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución. De conformidad con el esquema tradicional, un individuo, para detentar legitimación con el fin de accionar dentro de un proceso judicial, necesita al menos, ser titular de un derecho subjetivo o un interés público, pero este esquema se rompe, cuando se faculta a cualquier sujeto, sea persona física o jurídica en igualdad de condiciones para la defensa de legalidad. De esta forma, el demandante queda facultado de accionar sin necesidad de invocar lesión alguna de un derecho subjetivo ni un interés legítimo, al encontrarse legitimado procesalmente para actuar por una norma jurídica específica.

Es así que nace la llamada acción popular. Mediante la misma, el ordenamiento, tratándose de cierto tipo de bienes jurídicos de naturaleza colectiva<sup>77</sup>, faculta a cualquier persona física o jurídica, a apersonarse a interponer acciones, con el fin de tutelar y proteger ese bien jurídico violentado. Debe quedar claro que la legitimación de recurrir en la acción popular deriva de la misma norma jurídica, y no de la existencia de un derecho subjetivo o un interés legítimo. De esta forma, en la acción popular existe un interés legítimo objetivo, no así subjetivo.

Siguiendo la definición dada por los tratadista Trujillo, Quintana y Bolea<sup>78</sup>, la acción popular es la acción jurisdiccional potencialmente concedida para todos y cada uno de los sujetos con capacidad procesal, donde el grado de interés no se califica o dosifica, porque cualquiera puede impugnar el acto lesivo. Con esta legitimación activa popular o pública, se deja de un lado el engorroso trámite de recolección de firmas o la búsqueda de la víctima concreta que requerían las

---

77 “Una de las características de los bienes colectivos es que en ellos no se presenta exclusión en su uso ni rivalidad en su consumo, lo que si está presente en la configuración de los bienes jurídicos individuales, así por ejemplo en el bien jurídico patrimonio existe una total exclusión y rivalidad en lo concerniente al uso y disfrute de la posesión del patrimonio de una persona en relación a los demás que con él componen el grupo social. Lo que no sucede en los bienes colectivos, en la cual pueden disfrutarlo todos los componentes de la sociedad, sin excepción alguna. Así por ejemplo en el caso de la seguridad colectiva lo puede disfrutar cualquier vecino de una localidad. Además, estos bienes no son distributivos, es decir, que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo concreto.” Reátegui Sánchez, James, “Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales”, publicado en Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica de la Universidad de Sevilla, 2004. [www.cica.es/aliens/gimadus/](http://www.cica.es/aliens/gimadus/)

78 Trujillo, Quintana y Bolea, “Comentarios a la Ley de lo Contencioso – Administrativo, España, 1999.

personas o colectivos para la interposición de acciones constitucionales, sobre todo tratándose de violación a los derechos difusos.

- b) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias. Se persigue la oralidad como eje transversal dentro de los principios de administración de justicia y de manera particular dentro de las acciones jurisdiccionales.
- c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. Algunos han considerado que es contradictorio quejarse de la fiebre de “amparitis” y abrir más la puerta a la cascada de amparos y que muchas garantías serán negadas por incompletas o incorrectamente formuladas. No obstante esta apreciación, se debe considerar que las garantías constitucionales no es un campo que debe estar al servicio y al entendimiento de los abogados sino del ciudadano en general. Además, en las acciones como las de protección y acceso a la información, no sólo que deben eliminarse las limitaciones de acceso a dicha protección sino que el Juez, como garante constitucional de los derechos de las personas es el que debe suplir cualquier omisión de la parte perjudicada. Las víctimas generalmente no hablan un lenguaje jurídico, no pueden expresar que derechos se les violó, parafraseando un poco, se podría decir que las víctimas expresan los síntomas que ha provocado esa violación, ese síntoma debe ser analizado por el juez, por ser a quien le corresponde declarar la enfermedad o el derecho violado y recetar la medicación para la cura de la enfermedad (medidas cautelares, acciones específicas para remediar el daño causado, etc.)
- d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. Las notificaciones a través de casilleros judiciales o en persona, no deberían ser los únicos medios de notificación. Los medios de notificación para que sean eficaces deben estar acorde a las circunstancias geográficas, estructurales y consuetudinarias del lugar donde se genera el acto, de modo que evite el retardo en la administración de justicia, para tal efecto se pueden aprovechar medios alternativos de notificación, como el fax, el internet, etc.
- e) La jueza o juez en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se pre-sumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante

cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. En una acción por violaciones a derechos humanos corresponde al presunto violador del derecho demostrar que su comportamiento está apegado a la Constitución, no a la inversa. Por lo tanto, si el proponente de la acción o legitimado activo, que generalmente no cuenta con los medios económicos y logísticos necesarios para demostrar una vulneración de derechos, propone la acción y ésta no es contestada por el legitimado pasivo, o los argumentos que esgrime no son lo suficientemente convincentes, se debe presumir la vulneración del derecho.

En el tema de reparación es importante resaltar que las sentencias que traten sobre derechos humanos deben establecer reparaciones de carácter integral, esto es que en la resolución, el Juez establezca los métodos de reparación declarando la vulneración del o los derechos, y estableciendo la forma como deben reparados, es decir en qué tiempo, por quienes, mediante que medios, etc.

- f) Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución. Por no ser competencia de la Corte Constitucional el control en segunda instancia de las acciones jurisdiccionales de Protección, Habeas Data, Acceso a la Información y Hábeas Corpus, la apelación debe realizársela ante la Corte Provincial de Justicia de la Jurisdicción del Juez que emita la primera sentencia. Lo cual no tiene efecto suspensivo, esto que los efectos de la Sentencia no se suspende, a menos que haya sido resuelta a favor del presunto violador del derecho.
- g) Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. Es la mejor forma de ser concordante con la disposición constitucional respecto a la responsabilidad de los funcionarios en el ejercicio de los

cargos públicos, puesto que el respeto a los derechos humanos es la mayor responsabilidad estatal y ésta no puede verse quebrantada por el accionar de ciertos funcionarios que asumen retóricamente el cumplimiento de resoluciones judiciales o constitucionales.

- h) Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia. Esta disposición permite que la Corte Constitucional, si bien no conoce las apelaciones en segunda instancia, tenga la posibilidad de realizar un desarrollo jurisprudencial concreto que permita definir la línea de aplicación del derecho de ciertos fallos que puedan ser contradictorios sobre la misma materia y objeto.
- i) Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho. La mejor forma de proteger la vulneración de los derechos humanos es siendo preventivo, esto es establecer las medidas necesarias para evitar su vulneración, o la perpetuación mayor del daño, por lo tanto, es un reto para los jueces, establecer medidas cautelares que conlleven dicha finalidad, incluso antes de pronunciarse en resolución.

A continuación desarrollaré algunas consideraciones metodológicas a tener en cuenta para la interposición, trámite y procedimiento de las acciones jurisdiccionales que hemos analizado:

### **3.1. Requisitos formales**

#### **a. Competencia y Jurisdicción**

De conformidad con el artículo 7 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

- Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley.

- La jueza o juez que deba conocer las acciones previstas en este título no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar.
- La jueza o juez que sea incompetente en razón del territorio o los grados, inadmitirá la acción en su primera providencia.
- La jueza o juez de turno será competente cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados.

### **b. Legitimación Activa**

Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, podrán ser ejercidas:

- a) *Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y,*
- b) *Por el Defensor del Pueblo.<sup>79</sup>*

*Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce.*

En el caso de la acción extraordinaria de protección, está sujeta a las reglas específicas de legitimación que contiene la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

### **c. Legitimación Pasiva**

- Autoridad pública no judicial
- Autoridad judicial sobre actos que no provengan de procesos judiciales
- Persona particular:
- Prestador de servicio público
- Concesionario, Delegatario

### **d. Contenido de la demanda**

De conformidad con el Art. 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la demanda, al menos, contendrá:

1. Los nombres y apellidos de la persona o personas accionantes y, si no

---

<sup>79</sup> Art. 9, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

fuere la misma persona, de la afectada.

2. Los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano accionado.
3. La descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona accionante no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su acción.
4. El lugar donde se le puede hacer conocer de la acción a la persona o entidad accionada.
5. El lugar donde ha de notificarse a la persona accionante y a la afectada, si no fuere la misma persona y si el accionante lo supiere.
6. Declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión. La declaración de no haber planteado otra garantía, podrá subsanarse en la primera audiencia.
7. La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.
8. Los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales, excepto los casos en los que, de conformidad con la Constitución y esta ley, se invierte la carga de la prueba.

Si la demanda no contiene los elementos anteriores, se dispondrá que se la complete en el término de tres días. Transcurrido este término, si la demanda está incompleta y del relato se desprende que hay una vulneración de derechos grave, la jueza o juez deberá tramitarla y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda la audiencia.

### **3.2. Procedimiento**

#### **a. Calificación de la demanda**

La jueza o juez calificará la demanda dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación. La calificación de la demanda deberá contener:

1. La aceptación al trámite, o la indicación de su in admisión debidamente motivada.
2. El día y hora en que se efectuará la audiencia, que no podrá fijarse en un término mayor de tres días desde la fecha en que se calificó la demanda.

3. La orden de correr traslado con la demanda a las personas que deben comparecer a la audiencia.
4. La disposición de que las partes presenten los elementos probatorios para determinar los hechos en la audiencia, cuando la jueza o juez lo considere necesario.
5. La orden de la medida o medidas cautelares, cuando la jueza o juez las considere procedentes.<sup>80</sup>

## **b. Audiencia**

- La audiencia pública se llevará a cabo bajo la dirección de la jueza o juez, el día y hora señalado.
- Podrán intervenir tanto la persona afectada como la accionante, cuando no fueren la misma persona. La jueza o juez podrá escuchar a otras personas o instituciones, para mejor resolver.
- La audiencia comenzará con la intervención de la persona accionante o afectada y demostrará, de ser posible, el daño y los fundamentos de la acción;
- Posteriormente intervendrá la persona o entidad accionada, que deberá contestar exclusivamente los fundamentos de la acción.
- Tanto la persona accionante como la accionada tendrán derecho a la réplica; la última intervención estará a cargo del accionante.
- El accionante y la persona afectada tendrán hasta veinte minutos para intervenir y diez minutos para replicar; de igual modo, las entidades o personas accionadas, tendrán derecho al mismo tiempo. Si son terceros interesados, y la jueza o el juez lo autoriza, tendrán derecho a intervenir diez minutos.
- La jueza o juez deberá hacer las preguntas que crea necesarias para resolver el caso, controlar la actividad de los participantes y evitar dilaciones innecesarias.
- La audiencia terminará sólo cuando la jueza o juez se forme criterio sobre la violación de los derechos y dictará sentencia en forma verbal en la misma audiencia, expresando exclusivamente su decisión sobre el caso.

---

<sup>80</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Art. 13.- Calificación de la demanda de garantía.

- La jueza o juez, si lo creyere necesario para la práctica de pruebas, podrá suspender la audiencia y señalar una nueva fecha y hora para continuarla.
- La ausencia de la persona, institución u órgano accionado no impedirá que la audiencia se realice.
- La ausencia de la persona accionante o afectada podrá considerarse como desistimiento, de conformidad con el artículo siguiente.
- Si la presencia de la persona afectada no es indispensable para probar el daño, la audiencia se llevará a cabo con la presencia del accionante<sup>81</sup>.

### **c. Pruebas**

- La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba. (por ejemplo en demandas ambientales). La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia y la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente.
- En la calificación de la demanda o en la audiencia, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas, sin que por ello se afecte el debido proceso o se dilate sin justificación la resolución del caso.
- Cuando la jueza o juez ordene la práctica de pruebas en audiencia, deberá establecer el término en el cual se practicarán, que no será mayor de ocho días y por una sola vez.
- Por excepción, la jueza o juez podrá ampliar de manera justificada este término exclusivamente por la complejidad de las pruebas y hasta cuando éstas sean practicadas.
- En caso de ser injustificada la ampliación o de retardar en exceso la resolución de la causa, se considerará como falta grave y se aplicará la sanción correspondiente, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial.
- La comisión para recabar pruebas podrá ser unipersonal o pluripersonal, para que realice una visita al lugar de los hechos, recoja ver-

---

81 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Art. 14.- Audiencia.

siones sobre los hechos y las evidencias pertinentes y elabore un informe que tendrá el valor de prueba practicada.

- Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.
- En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza<sup>82</sup>.

#### **d. Sentencia**

La sentencia deberá contener al menos:

1. Antecedentes: La identificación de la persona afectada y de la accionante, de no ser la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción.
2. Fundamentos de hecho: La relación de los hechos probados relevantes para la resolución.
3. Fundamentos de derecho: La argumentación jurídica que sustente la resolución.
4. Resolución: La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.

De no encontrar violación de ningún derecho, la jueza o juez deberá cumplir con los elementos anteriores en lo que fuere aplicable<sup>83</sup>.

#### **e. Reparación**

- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. En el tema ambiental se puede lograr tanto la reparación económica y moral del daño como la restauración ecológica.

---

82 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Art. 16.- Pruebas.

83 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Art. 17.- Contenido de la sentencia.

- La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación.
- La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. (en el caso del acceso a la información, la persona debe acceder a ella en los términos que la solicita o cuando se trata de difusión de información, la institución debe proceder hacer pública de forma adecuada y oportuna la información requerida)
- La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso.
- La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.
- En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.
- La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.

Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.

Responsabilidad y repetición.- Declarada la violación del derecho, la jueza o juez deberá declarar en la misma sentencia la responsabilidad del Estado o de la persona particular.

En el caso de la responsabilidad estatal, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad responsable para que inicie las acciones administrativas correspondientes, y a la Fiscalía General del Estado en caso de que de la violación de los derechos declarada judicialmente se desprenda la existencia de una conducta tipificada como delito. Si no se conociere la identidad de la persona o personas que provocaron la violación, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad pública para que determine sus identidades<sup>84</sup>.

## f. Cumplimiento

- La jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional.
- Durante esta fase de cumplimiento, la jueza o juez podrá expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, podrá modificar las medidas.
- La jueza o juez podrá delegar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio a la Defensoría del Pueblo o a otra instancia estatal, nacional o local, de protección de derechos. Estos podrán deducir las acciones que sean necesarias para cumplir la delegación. La Defensoría del Pueblo o la instancia delegada deberá

---

84 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Art. 18, 19 y 20.- Reparación integral.

informar periódicamente a la jueza o juez sobre el cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio.

- El caso se archivará sólo cuando se haya ejecutado integralmente la sentencia o el acuerdo reparatorio.<sup>85</sup> Esto quiere decir que el proceso finaliza con la ejecución integral de la sentencia o resolución. Lo que importa es la persona, no el expediente, por tanto la sentencia no es el último paso, sino una más.

### **g. Apelación**

- Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito.
- La apelación será conocida por la Corte Provincial; si hubiere más de una sala, se radicará por sorteo.
- La interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia, cuando el apelante fuere la persona o entidad accionada.
- Cuando hubiere más de una sala, la competencia se radicará por sorteo.
- La Corte Provincial avocará conocimiento y resolverá por el mérito del expediente en el término de ocho días.
- De considerarlo necesario, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia, que deberá realizarse dentro de los siguientes ocho días hábiles; en estos casos, el término se suspende y corre a partir de la audiencia.<sup>86</sup>

### **h. Selección de Sentencia por la Corte Constitucional para Jurisprudencia vinculante**

La Corte Constitucional puede seleccionar de las sentencias de las acciones jurisdiccionales que fueren remitidas por las Cortes Provinciales de Justicia, algunas de ellas, con el propósito de establecer precedente constitucionales que puedan ser aplicados en casos análogos o para que sirvan como argumentos de los jueces de instancia para sostener una posición jurídica en otros casos sujetos a análisis.

---

85 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Art. 21.- Cumplimiento de la Sentencia.

86 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Art. 24.- Apelación.

Según las competencias de la Corte Constitucional establecidas en la constitución,

Para la selección de las sentencias por la Corte Constitucional, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. Todas las sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales serán remitidas en el término de tres días contados a partir de su ejecutoría a la Corte Constitucional, para su conocimiento y eventual selección y revisión.
2. La Sala de Selección, después de conocer las sentencias, escogerá discrecionalmente aquellas sentencias objeto de la revisión. El caso seleccionado se hará conocer a través del portal de Internet de la Corte Constitucional.
3. La exclusión de la revisión no requiere de motivación expresa.
4. La Sala de Selección tendrá en cuenta los siguientes parámetros para la selección, que deberán ser explicados en el auto de selección:
  - a. Gravedad del asunto.
  - b. Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial.
  - c. Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional.
5. Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia.

La Defensora o Defensor del Pueblo o cualquier jueza o juez de la Corte Constitucional podrá solicitar la selección de la sentencia, a partir de las causales descritas en el numeral anterior.
6. En caso de que la sentencia no haya sido seleccionada dentro del término de veinte días desde su recepción en la Corte Constitucional, se entiende excluida de la revisión.
7. La Corte definirá los mecanismos para registrar y controlar los casos remitidos y no seleccionados.
8. La Corte dictará sentencia en los casos seleccionados dentro del término de cuarenta días siguientes a su selección.
9. Se remitirá, una vez adoptada la decisión, el expediente a la jueza o juez competente de primera instancia, para que notifique a las partes la sentencia y la ejecute.
10. No cabe recurso alguno de ninguna de las decisiones tomadas por la Corte en el proceso de selección.

El trámite de selección o revisión no suspende los efectos de la senten-

cia<sup>87</sup> lo cual significa que la decisión del juez inferior debe ejecutarse cualesquiera que sea su resolución, pues la selección o revisión que realice la Corte no significa un trámite de tercera instancia.

### **i. Terminación anticipada del procedimiento.**

Por regla general, el proceso de garantía jurisdiccional termina mediante Sentencia, luego de haber agotado el procedimiento de audiencia y pruebas. Sin embargo, se puede dar el caso que dicho proceso termine mediante auto definitivo, que declare el desistimiento o apruebe el allanamiento. Adicionalmente, cuando la jueza o juez se forme criterio, puede dictar sentencia en la misma audiencia, y la notificará por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

- Desistimiento.- La persona afectada podrá desistir de la acción en cualquier momento por razones de carácter personal que serán valoradas por la jueza o juez. Se considerará desistimiento tácito cuando la persona afectada no compareciere a la audiencia sin justa causa y su presencia fuere indispensable para demostrar el daño. En caso de desistimiento el expediente será archivado.
- Allanamiento.- En cualquier momento del procedimiento, hasta antes de la expedición de la sentencia, la persona o institución accionada podrá allanarse. El allanamiento podrá ser total o parcial. En ambos casos, la jueza o juez declarará la violación del derecho y la forma de reparar la violación. En caso de allanamiento parcial, el procedimiento continuará en lo que no hubiere acuerdo.
- El acuerdo reparatorio, que será aprobado mediante auto definitivo, procederá en los casos en que exista allanamiento por parte de la persona o institución accionada; éstas y la persona afectada podrán llegar a un acuerdo sobre las formas y modos de reparación.
- No se podrá apelar el auto definitivo que aprueba el allanamiento y acuerdo reparatorio.
- En ningún caso la jueza o juez aceptará el desistimiento, allanamiento o acuerdo reparatorio que implique afectación a derechos irrenunciables o acuerdos manifiestamente injustos<sup>88</sup>.

---

87 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Art. 25.- Selección de sentencias por la Corte Constitucional.

88 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Art. 15.- Terminación del

#### 4. Acción Extraordinaria de Protección

De acuerdo al Art. 94 de la Constitución de la República<sup>89</sup> y artículo 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, *la acción de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en lo que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución*. Dicha violación debe ser manifiestamente ilegal o arbitraria en el caso concreto y por ello resultaría innecesario someter la controversia a un marco más amplio de debate o prueba, razón por la cual, esta acción, que como su nombre lo señala, es “extraordinaria”, no procedería en aquellas cuestiones dudosas o incompletas en la administración de justicia.

La naturaleza de la acción extraordinaria de protección persigue que la vulneración a derechos constitucionales o la violación de normas del debido proceso no queden en la impunidad, por lo que asumiendo el espíritu garantista de la Constitución de la República, mediante esta acción, se permite que las sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas puedan ser objeto de revisión por parte del más alto órgano de control de constitucionalidad en el país, como en efecto es la Corte Constitucional. Por esta razón, los alcances que asume la acción extraordinaria de protección abarca a las resoluciones ejecutoriadas, las mismas que, como medida excepcional, pueden ser objeto de análisis ante el supuesto de vulneración de los preceptos antes descritos, teniendo como efecto inmediato, si se constatare la vulneración, la reparación integral del derecho violado, reparación que abarca medidas positivas y negativas, materiales e inmateriales. Finalmente, deja sin efecto la sentencia, auto o resolución firme o ejecutoriada de la autoridad impugnada.

Compartiendo el criterio expuesto en una sentencia de la Corte Constitucional, *la acción extraordinaria de protección pretende amparar los derechos que nos asisten a las personas, derechos que, en una visión amplia, no se limitan exclusivamente a derechos fundamentales, sino que en concordancia con las tendencias modernas del constitucionalismo, lejos de competir unos derechos con otros, siguiendo una suerte de “darwinismo*

---

procedimiento.

89 Art. 94.- C. R. E. “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

*jurídico”, lo que pretende es que todos los derechos constitucionales sean protegidos por esta acción.*<sup>90</sup> Lo cual es concordante con el principio del estado Constitucional, que establece todos los poderes de un estado deben someterse al control de constitucionalidad, incluidas las decisiones de los jueces que actúan por delegación constitucional y deben obedecer a estas más que a la mera formalidad de la ley.

Cabe señalar que la acción extraordinaria de protección tiene su fundamento, además, en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 43, 44 y 63<sup>91</sup>, mediante los cuales se ha establecido que los Estados deben desarrollar medidas eficaces y oportunas a fin de remediar los efectos por la mala administración de justicia o la violación al debido proceso legal.

En los temas ambientales ciertamente que debido a los intereses que están en juego, sobre todo cuando se trata de intervenir el ambiente para explotar sus recursos, los Jueces de instancia pueden llegar a cometer errores en sus fallos, autos o resoluciones que pueden vulnerar derechos constitucionales. Es común observar que debido a la falta de especialidad en los temas ambientales, algunos administradores de justicia pecan de conservacionistas del derecho y a través de sus actos judiciales niegan el amparo o la reparación del derecho por circunstancia que muchas veces ya han sido superadas por el derecho moderno y la jurisprudencia. Así por ejemplo, hasta el año 2006, después de haber transcurrido 8 años de vigencia de la Constitución del año de 1998, se negaban acciones civiles, administrativas o constitucionales por la legitimación activa del peticionario, bajo el argumento de que los peticionarios debían demostrar ser propietarios del bien para el cual solicitaban una

---

90 Resolución de la Corte Constitucional 15, Registro Oficial Suplemento 651 de 7 de Agosto del 2009. Quito, D. M., 23 de julio de 2009. Sentencia No. 015-09-SEP-CC. CASO: 0031-08-EP.

91 **Artículo 43.-** Los Estados partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención. **Sección 3. Competencia.- Artículo 44.-** Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte. **Artículo 63 Num. 1.:** Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. **Num. 2.:** En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

remediación ambiental o la implementación de medidas de protección ambiental. Por ejemplo, dentro del caso Nájera contra Petroproducción (Amparo Constitucional No. 264-2006 Juzgado de lo Civil de Francisco de Orellana), el Juez resolvió que “*De lo actuado en la Audiencia Pública llevada a efecto en este Juzgado, y tal como lo manifestó la parte demandada, que el Acto impugnado no se encuentra debidamente justificada, ya que el accionante no ha demostrado la calidad de poseionario o propietario de algún lote de terreno rural, en el sector que menciona en su demanda, ni tampoco ha justificado en su demanda ser representante de la personería jurídica a nombre de quien comparece*”<sup>92</sup>. En el presente ejemplo, observamos que de haber sido ésta decisión, una decisión de última instancia, hubiera violado el derecho al acceso a la justicia, la tutela efectiva, y consecuentemente se hubiera dejado en la desamparo al ambiente, vulnerándolo de forma indirecta. Casos como éstos pueden presentarse en otras controversias judiciales, que siendo de última instancia, dejan a las víctimas sin otra opción judicial. Por lo tanto, la jurisdicción constitucional, como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes fácticos locales o externos, a fin de garantizar los derechos constitucionales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental, actúa para que todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales sean reconocidos y se mantenga vigente el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

#### **4.1. Objeto y procedencia de la Acción Extraordinaria de Protección.**

Como señaláramos al inicio de este apartado, la acción de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y el debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en lo que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

La Acción Extraordinaria de Protección, en su calidad de garantía de ultima ratio, obedece a ciertos límites y/o parámetros que deben observarse, en virtud de que, siendo una Acción que protege derechos vulnerados por la

---

92 Afortunadamente este criterio fue reformado por Resolución la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, el 16 de Octubre del año 2008 mediante Resolución No. 0535-2007-RA, que estableció: “(...) ...el fundamento de la negativa del Juez de Instancia de que el accionante no demostró en el proceso ser el dueño o está en posesión de la finca contaminada por petróleo de la Estatal Petroproducción, carece de fundamento, pues este requisito no es indispensable para ser legitimado activo de una acción de amparo constitucional, ya que la preservación del medio ambiente es de interés público, conforme lo explicamos”.

propia administración de justicia, pone en debate el propio sistema de justicia constitucional, para lo cual la Corte Constitucional en su rol de máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia, debe ensayar un ejercicio valorativo, para su admisión, de modo que no se convierta en una vía común de impugnación de sentencias.

En este sentido, la Acción Extraordinaria de Protección debe contener las siguientes características o requisitos:

- Que se trate de fallos, vale decir, sentencias, autos y resoluciones firmes y ejecutoriadas;
- Que el accionante demuestre que en el juzgamiento, ya sea por acción u omisión, se ha violado el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

En lo que tiene que ver a la procedencia de esta acción, se deben observar los siguientes requerimientos:

- Que exista una violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión; en este caso, de aquellos que tienen por destinatario al juez en su función de interpretar y aplicar el derecho y que a su vez, generan obligaciones, ya sea de hacer o no hacer, cuyo incumplimiento no puede carecer de vías de exigibilidad en un estado constitucional de derechos y justicia social como el nuestro.
- Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, se produzca en la parte resolutive de la sentencia, sin que exista otro mecanismo idóneo para reclamar la prevalencia del derecho constitucional violado.
- Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, pueda ser deducida de manera clara y directa, manifiesta, ostensible y evidente.
- Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, por vía negativa queda excluida la posibilidad de practicar pruebas, a fin de determinar el contenido y alcance de la presunta violación a un derecho constitucional; y,
- Que no exista, a diferencia de la acción de protección, otro mecanismo idóneo de defensa judicial para reclamar el derecho constitucional violado, del cual puede predicarse la misma inmediatez y eficacia para la protección efectiva, idónea y real del derecho constitucional violado.

En síntesis, se puede decir que la acción extraordinaria de protección procede cuando haya intervenido un órgano judicial; cuando dicha inter-

vención haya tenido lugar en el juicio; cuando en el juicio se haya resuelto una cuestión justiciable mediante sentencia o auto definitivo; cuando el fallo cause agravio; cuando en el fallo se hayan violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución o Tratados Internacionales vigentes en el país, referentes a derechos humanos, ambientales o a las reglas del debido proceso; cuando esta acción se haya propuesto una vez que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que se puedan proponer dentro del término legal, a no ser que la falta de interposición de estos recursos no pueda ser atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional violado; cuando estos requisitos subsistan al momento en que la Corte Constitucional resuelva; y, cuando el fallo o auto impugnado, sea una sentencia o auto definitivo de iguales características, vale decir definitivo; esto es, que la violación por acción u omisión de derechos reconocidos en la Constitución, en la sentencia o auto definitivo, sea consecuencia directa de dicha sentencia o auto expedido por un órgano de la función judicial, violación que se deduzca manifiesta y directamente de la parte resolutoria de la sentencia, ya que esto es lo que realmente vincula y produce efectos reales.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional cuando conoce de una acción extraordinaria de protección, debe examinar si existen o no otros mecanismos de defensa judicial aplicables al caso; debe evaluar los hechos en que se basa la demanda y el alcance de derechos o garantías constitucionales violados y si resultan debidamente incluidos todos los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y completa del derecho o garantía constitucional violado en el aspecto probatorio y el de decisión del mecanismo alterno de defensa; pues de no ser así, cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser dictaminado por la Corte Constitucional a través de los procedimientos previstos para la protección, puesto que cualquier otra garantía que se reconozca carecería de sentido si no existe la posibilidad de ejercerla.<sup>93</sup>

Finalmente, para que sea posible la interposición de la Acción Extraordinaria de Protección, es necesario que la misma se presente en un término máximo de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional, para quienes fueron parte; y, para quienes debieron serlo, el término correrá desde que tuvieron

---

93 Quito D. M., 19 de mayo de 2009. Sentencia No. 007-09-SEP-CC. CASO: 0050-08-EP. Resolución de la Corte Constitucional 7, Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de Junio del 2009.

conocimiento de la providencia.<sup>94</sup>

## **4.2. Requisitos formales**

### **a. Legitimación Activa.**

La presente acción extraordinaria puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial. De lo manifestado se desprende que a diferencia de la acción de protección, que tiene la característica de acción pública sobre todo acto violatorio de derechos constitucionales, la acción extraordinaria de protección, es individualísima, por lo que sólo está facultado para ejercerla, la persona que directamente haya actuado en el proceso.

También se prevé la posibilidad de que, quien no haya sido parte procesal en el proceso, pueda interponer esta Acción constitucional, esto con el objeto de no dejar en el desamparo a quienes por algunas circunstancias hayan estado excluidos del caso o no hayan podido participar por algún motivo dentro del mismo para hacer valer sus derechos. Situación que es común cuando se trata por ejemplo de las demandas de carácter ambiental, en donde muchas veces, debido a la legitimidad pública que tienen las acciones, éstas son presentadas por cualquier persona quienes en algunos casos no le dan el seguimiento correspondiente al caso o terminan renunciando a las acciones.

En temas de derecho ambiental, por ser un derecho de carácter colectivo y además difuso, se entiende que una decisión judicial que limite, anule o desconozca este derecho es susceptible de acción extraordinaria de protección por cualesquiera persona que tenga la calidad de afectado o víctima, aunque no haya participado del proceso, pues en el sentido amplio de la interpretación se debe entender que éste afectado o ésta víctima es parte del proceso por tratarse de un derecho colectivo.

Un caso que ilustra este análisis, es lo sucedido en la Comuna Salango de la Provincia de Manabí, cuyos dirigentes de la época, aún con oposición de algunos de sus comuneros y del propio Ministerio de Agricultura y Ganadería, en el año 2002, procedieron a vender inconstitucionalmente parte del

---

94 Art. 60, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

territorio de la comuna Salango a un ciudadano extranjero. El Registrador de la Propiedad se negó a su inscripción, pero posteriormente, por una demanda de negativa de inscripción interpuesta por el ciudadano extranjero en contra del Registrador de la Propiedad, mediante sentencia judicial de última instancia, el Juez obligó al Registrador de la Propiedad a inscribir y perfeccionar la venta. Años después, los comuneros que se opusieron a la venta del territorio asumieron la dirigencia de la comuna y trataron de recuperar el territorio vendido. En el presente caso observamos que dentro del proceso judicial por negativa de inscripción, no participó la comuna Salango, pues no eran legitimados activos, sobre todo considerando que la Comuna, a través de sus representantes legales, eran quienes estaban vendiendo el territorio. Sin embargo, la decisión del Juez violó expresas normas contenidas en la Constitución respecto de la inalienabilidad y prohibición de venta de territorio ancestral y comunal, lo cual le otorga legitimidad activa a cualquiera de los comuneros para iniciar una acción extraordinaria de protección para que se repare sus derechos conculcados, por ser el territorio un derecho de carácter colectivo<sup>95</sup>. En temas ambientales se pueden dar ejemplos similares, sobre todo cuando se trate de ocupación de territorio bajo las figuras de utilidad pública o servidumbres de uso que son otorgadas en procesos judiciales, en los cuales comúnmente no participa la comunidad; o, cuando se trata de aprobación de consultas previas sin el consentimiento de toda la comunidad.

## **b. Requisitos de la demanda**

La demanda de Acción Extraordinaria de Protección deberá contener:

1. *La calidad en la que comparece la persona accionante.*- Esto es, si lo hace como parte procesal afectada o persona que debió ser parte procesal, como representante legal de un colectivo, etc.
2. *Constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada.*- Es decir que hayan pasado los términos que existan para apelar o reformar dichos autos o sentencias.
3. *Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos*

---

<sup>95</sup> El presente ejemplo es solo ilustrativo, debido a que por el tiempo transcurrido desde que se emitió la decisión judicial que vulneró el derecho colectivo al territorio, han pasado muchos años y no cabe bajo los términos establecidos en la actual legislación, presentar esta acción.

*no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.*

Señalar con precisión que no existen otros recursos pendientes o evidenciar que los recursos que pudieran existir no son eficaces para la protección del derecho

4. *Señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional.*
5. *Identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial.*
6. *Si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa.*<sup>96</sup>

Uno de los aspectos importantes a tomar en consideración, es que si bien la regla general que permite la procedencia de la acción extraordinaria de protección, es que se hayan agotado los recursos ordinarios y las vías judiciales correspondientes, existen también circunstancias en las que el sistema jurídico es tan engorroso y complicado que la interposición de una acción podría devenir en un litigio de largo tiempo, con riesgo de producir impunidad.

Para tal efecto volvemos a insistir en que para que un recurso pueda ser considerado como adecuado y eficaz, se necesita que cumpla estándares mínimos de garantía de los derechos, por ejemplo, que su resolución sea en un plazo razonable, que la sentencia tenga como efecto la reparación integral del derecho vulnerado, que sea susceptible de cumplimiento inmediato, etc. Estos criterios de eficacia y adecuación, ciertamente que son bastantes complejos y dependen de la instancia judicial o jurisdiccional donde se planteen, así por ejemplo, en el tema ambiental tenemos varias vías para lograr la reparación del daño ambiental, siendo la más efectiva la acción de protección por su carácter de inmediatez y cautelar.

Otras acciones como la administrativa o civil, posiblemente sean efectivas en cuanto a la sanción patrimonial, o la acción penal sea afectiva en cuanto a establecer penas al infractor, sin embargo no tienen el efecto esperado por las víctimas que en su mayoría solicita la remediación ambiental e indemnización económica, lo cual en un proceso civil, se torna engorroso. Pero cuanto cuantos jueces constitucionales estarán dispuestos a aceptar acciones extraordinarias de protección, si dentro de las acciones de protección, considerado como un mecanismo adecuado de protección de derechos, se niega la protección de los derechos o el establecimiento de medidas caute-

---

96 Art. 61, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

lares para proteger el ambiente, aunque las partes no hayan agotado las vías administrativas, civiles o penales que existen para el efecto?

Lo que cabe señalar es que en estos casos, las acciones extraordinarias de protección tienen presunción de procedencia, debido a que si logramos demostrar que las acciones civiles o penales son ineficaces para la reparación integral del daño ambiental o para establecer medidas de prevención, no es necesario que se agoten todas las vías legales previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

### 4.3. Procedimiento

#### a. Admisión.

La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días.

La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:

1. *Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso;*
2. *Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;*
3. *Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia;*
4. *Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;*
5. *Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;*
6. *Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley;*
7. *Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; y,*
8. *Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.*

*Si declara la inadmisibilidad, archivará la causa y devolverá el expediente a la jueza, juez o tribunal que dictó la providencia y dicha declaración no será susceptible de apelación; si la declara admisible se procederá al sorteo para designar a la jueza o juez ponente, quien sin más trámite elaborará y remitirá el proyecto de sentencia, al pleno para su conocimiento y decisión.*

*La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.*

*Esta identificación incluirá una argumentación clara sobre el derecho y la relación directa e inmediata, por acción u omisión.<sup>97</sup>*

## **b. Sentencia.**

*La Corte Constitucional determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado.*

*La Corte Constitucional tendrá el término máximo de treinta días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción.*

*La sentencia de la Corte deberá contener los elementos establecidos en las normas generales de las garantías jurisdiccionales establecidas en esta ley, aplicados a las particularidades de esta acción.<sup>98</sup>*

Al respecto de la reparación integral a través de la Acción extraordinaria, algunas sentencias de la Corte Constitucional han dejado dudas al respecto, debido a que lo que se está aplicando en estas Sentencias son subsanaciones del error judicial, pero no la reparación que esa decisión violatoria produjo en la víctima. Así por ejemplo, en las argumentaciones sobre violación al debido proceso, la Corte ha establecido en sus Sentencias: *Ordenar que la Presidenta del Tercer Tribunal de lo Penal de Loja revoque el auto del 21 de noviembre del 2008, a las 08h37, dentro de la causa identificada como Reclamo Administrativo No. 0001-2008 y, en consecuencia, tramite dicha acción en los términos señalados en el Libro VI, Título III del Código de Procedimiento Penal, trámite que deberá estar bajo los parámetros señalados en el artículo 426 de la Constitución de la República del Ecuador.<sup>99</sup>* En los casos, 0077-09-EP, Sentencia No. 009-09-SEP-CC y caso 0399-09-EP, Sentencia No. 023-09-SEP-CC, se ha seguido la misma línea. Este es un aspecto limitante para cuando se trate de acciones por daño ambiental, pues

---

97 Art. 62, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

98 Art. 63, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

99 Sentencia No. 007-09-SEP-CC, CASO: 0050-08-EP

decisiones como ésta atacan sólo el aspecto formal de la decisión judicial, revocando una posible decisión que haya negado una reparación ambiental, pero deja pendiente las acciones de hacer, no hacer, las acciones preventivas y reparadores que el operador causante del daño deba realizar.

Un aspecto final a comentar es la disposición sancionatoria contenida en el art. 64 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece sanciones para quienes abusando de la misma, presenten demandas sin ningún fundamento, lo cual a pesar de ser un aspecto subjetivo pues toda acción por limitada de argumentos que parezca, siempre persigue una finalidad legítima aunque no siempre sea justa, es una sanción que podría significar la suspensión del ejercicio profesional, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, sanción que a mi entender no es proporcional con el espíritu de publicidad y acción pública de las acciones constitucionales.

Cuadro explicativo de la Acción Extraordinaria de protección:

<b>Legitimación activa</b>	<b>Legitimación pasiva</b>	<b>Requisitos de procedencia</b>	<b>Competencia</b>	<b>Causales de improcedencia</b>
Cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso	Autoridad judicial que emitió la última resolución, auto o sentencia.	<p>Cuando la Resolución viole derechos constitucionales</p> <p>Cuando se interponga dentro de los veinte días de haberse notificado la decisión judicial</p> <p>Haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que éstos fueran ineficaces.</p>	<p>Se presentará al Juez, Sala, Corte o Tribunal que dictó la última decisión</p> <p>Resolverá la Corte Constitucional del Ecuador.</p>	<p>Que se plantee decisiones del Tribunal Contencioso Electoral, durante proceso electorales</p> <p>Que el fundamento de la acción sea la falta de aplicación o errónea aplicación de la Ley.</p> <p>Que se presente posterior a los veinte días de notificada la decisión judicial.</p>

## 5. Acción por Incumplimiento

En el marco del Estado garantista de derechos que propone la vigente constitución, nuestra marco jurídico ecuatoriano ha establecido una nueva garantía para el cumplimiento de los derechos reconocidos a través de las garantías jurisdiccionales, normativas o políticas, esta es la Acción por Incumplimiento.

Si hay algo que siempre trastoca el cumplimiento de los derechos y demás obligaciones estatales o particulares, es la ausencia de mecanismos efectivos que hagan posible que dichas obligaciones sean satisfechas por parte de quienes están obligados acatarlas o cumplirlas. Así, muchas de las leyes, sentencias judiciales, recomendaciones internacionales o políticas de estado que han establecido acciones de hacer o no hacer, se han incumplido constantemente sin que haya un mecanismo que haga posible la ejecución de las mismas y/o establecer las sanciones para quienes estando en el deber de ejecutarlas no las realizan.

En este sentido, el Art. 93 de la Constitución establece que: *“La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico; así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”*. (Lo subrayado es nuestro).

Por su parte, el Art. 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dispone que:

*Art. 52.- Objeto y ámbito.- La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos.*

*Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.*

De las disposiciones antes mencionadas se puede concluir que esta Acción es una garantía que permite la viabilidad y ejecución de aquellas decisiones mandatorias tanto para las personas como para el estado. Pero para que ésta sea factible es necesario que concurran las siguientes circunstancias: i) que sea respecto de una norma que integre el sistema jurídico; ii) que sea respecto de una sentencia; iii) de decisiones o informes de or-

ganismos internacionales de protección de derechos humanos. Todas estas circunstancias deben contener una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.

Por constituirse en una garantía de vigilancia del cumplimiento que deben realizar las autoridades políticas y judiciales, la presente acción deberá ser resuelta por la Corte Constitucional, como máximo órgano de control y aplicación constitucional, y de conformidad a las competencias asignadas por la Constitución de la República (Art. 436 Num. 5).

### **5.1. Acción por Incumplimiento de una norma que integre el sistema jurídico.-**

La acción por incumplimiento procede en casos en que por acción u omisión se incumpla un mandato legal del sistema jurídico ecuatoriano. La Constitución y la Ley hablan de que procede respecto del incumplimiento de normas que integren el sistema jurídico, expresión que hace necesario revisar el alcance del término norma para verificar si nos estamos refiriendo sólo al término genérico de Ley o si la aplicación se puede extender a otras normas como los Reglamentos, Ordenanzas, Decretos o Acuerdos Ministeriales.

### **5.2. Acción por Incumplimiento respecto de una sentencia**

La disposición constitucional establece que procederá la acción por incumplimiento respecto de Sentencia de Organismos Internacionales, sin embargo, en la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, sutilmente se amplió esta posibilidad para aquellas sentencias judiciales provenientes de la jurisdicción nacional, lo cual a primera vista nos parecería una decisión acertada del constituyente, sin embargo teniendo en cuenta aspectos procedimentales de las garantías jurisdiccionales de protección de derechos, podemos afirmar que la inclusión de la acción por incumplimiento para sentencias provenientes de garantías de derechos implica crear una vía más para el cumplimiento o ejecución del derecho reclamado. Esto en razón de que si mediante un procedimiento sencillo y sumario se logra determinar medidas a ejecutar que hagan efectivas la prevención o reparación del derecho, sobre cualquiera derecho o garantía que fuere (habeas data, acceso a la información, acción de protección, etc.) deben establecerse en la misma sentencia las acciones concretas a realizar y el plazo razonables en que la autoridad o particular responsable del cumplimiento debe

ejecutarlo, sin que haya necesidad de articular un nuevo recurso para hacer cumplir la sentencia en referencia. El riesgo que existe es que a sabiendas de que existe una vía adicional para reclamar el cumplimiento de sentencias, los obligados a ejecutar medidas preventivas o reparadoras, no las realicen a propósito para obligar a la víctima a disponer de este otro recurso, lo cual como mencioné anteriormente en vez de ser una solución al incumplimiento se puede convertir en una traba adicional, lo cual dificulta la efectividad del recurso constitucional.

En todo caso y siguiendo la línea que nos plantea la Ley, de existir una Sentencia judicial ejecutoriada que contenga mandatos expresos de hacer o no hacer y que no haya sido ejecutada por parte de la persona o autoridad obligada a satisfacerla, cabe la acción por incumplimiento, para aquello, la Sentencia debe ser lo suficientemente clara respecto de quien es el responsable de realizar la acción reparadora o cautelar y que tipos de acciones deben realizarse.

Dentro de las sentencias de carácter ambiental, este es quizás uno de los inconvenientes más severos al momento de ejercer la presente acción, debido a que la mayoría de sentencias disponen mandatos de cumplimiento muy complejos, a groso modo o poco claros, en los cuales es complicado identificar las obligaciones de hacer o no hacer y los responsables de su cumplimiento. Así por ejemplo, dentro del caso 0535-2007-RA, en el cual se demandaba remediación ambiental, adopción de medidas necesarias para recuperar y descontaminar un predio y estero, se brinde la asistencia médica necesaria a la víctima al igual que su familia y poner en conocimiento de la Fiscalía los actos ilícitos indicados, el Tribunal Constitucional resolvió lo siguiente:

*Revocar la resolución adoptada por el juez de instancia y en consecuencia conceder el amparo solicitado y ordena oficiar con el contenido de la Resolución al Ministerio de Minas y Petróleos.*

En el presente caso no hay una obligación expresa de hacer o cumplir un acto, si bien existe una obligación tácita de que la institución demandada debe cumplir las pretensiones de la demanda, debido a que la acción de amparo fue aceptada, esto no es suficiente, sobre todo porque el Tribunal en la misma sentencia dispone que se oficie al Ministerio de Minas y Petróleos, pero tampoco explica con que finalidad se oficia.

En el caso 1409-2007-RA- donde se solicitaba la remediación ambiental, asistencia médica a favor de la víctima y su familia y el reconocimiento del derecho a la propiedad del accionante, el Tribunal Constitucional resolvió:

*Confirmar la Resolución adoptada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, Primera Sala; y, en consecuencia, conceder el amparo solicitado por los recurrentes, en el sentido de que se dispone a la Dirección Nacional de Hidrocarburos, inicie el respectivo proceso en contra de PRERENCO ECUADOR, a fin de remediar la grave situación precisada por los recurrentes, observando el debido proceso determinado en el art. 24 de la Constitución, contemplando los términos de la demanda...*"

Observamos en este caso, que las acciones de cumplimiento de la sentencia se dirigen a un ente diferente del directamente demandado y establece procesos de sanción, sin precisar cuáles acciones debe realizar PERENCO para remediar el daño causado.

Como un caso anecdótico debo mencionar que después de dos años de haberse dictado estas resoluciones, hasta la presente fecha no se conocen de actos que demuestren el cumplimiento de las mencionadas sentencias, lo cual ha impedido que los accionantes ejerzan su derecho a vivir en un ambiente sano.

En definitiva para que una sentencia pueda ser sujeta de acción por incumplimiento, debe tener claramente establecida tanto la obligación como quien deba cumplirla, y en lo posible considero que debe establecer también, el tiempo razonable de cumplimiento y los medios necesarios para tal efecto. Caso contrario, si las sentencias siguen siendo oscuras y complejas, se tornará complejo para el Juez Constitucional disponer su cumplimiento.

### **5.3. Acción de Incumplimiento sobre decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos**

El sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos permanentemente realiza informes con recomendaciones concretas hacia los estados sobre diferentes ámbitos de aplicación de los derechos humanos. Así por ejemplo, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos existen diversos informes que nacen a raíz de visitas in locu realizados por los Comisionados, análisis de país por parte de las relatorías, o aquellos informes de las relatorías temáticas que incluyen observaciones y recomendaciones puntuales a los estados miembros del sistema interamericano. Así mismo, dentro del Sistema de Naciones Unidas existen diversos relatores que anualmente realizan informes u observaciones, respecto del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos por parte de los estados, como por ejemplo el Relator de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, Relator Sobre Ejecuciones extrajudiciales, etc.

Cada una de estas instancias internacionales por ser instituciones supraestatales, generan procesos de observaciones a los estados con el propósito de que los mismos adopten las medidas más oportunas a fin de cumplir con los estándares internacionales de protección a los derechos humanos y facilitar con ello el logro de la paz y la convivencia mundial en armonía.

Cuando estos Instrumentos contengan disposiciones expresas de hacer o no hacer por parte de los estados, éstos deben ser ejecutas de forma inmediata. En caso de que no se realicen acciones para cumplir con las recomendaciones dadas, procedería la acción por incumplimiento.

Hay que destacar que el sistema de Naciones Unidas mantiene algunos programas sobre Medio Ambiente, como por ejemplo el Programa de Naciones Unidas para Medio Ambiente PNUMA, el cual permanentemente realiza recomendaciones e informes sobre la situación del Medio Ambiente y el desarrollo en el mundo. También vale destacar que otras instancias Internacionales como el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Civiles y Políticos, la FAO y los Comités de Evaluación de Cumplimiento de Convenios Internacionales relacionados a cambio climático y calentamiento global realizan recomendaciones que según el marco constitucional ecuatoriano son parte del corpus juris interno, por lo tanto susceptibles de interposición de acciones constitucional por su incumplimiento.

#### **5.4. Improcedencia de la acción.**

La Acción de incumplimiento no procede en los casos siguientes:

1. Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional.- Un ejemplo puede ser cuando se trate de hacer cumplir recomendaciones internacionales sobre reparaciones ambientales en un caso concreto de contaminación, en donde por la naturaleza del hecho, es evidente que lo que se debería buscar es la protección de la naturaleza y los derechos intrínsecos del ser humano mediante otras vías más efectivas como la acción de protección.
2. Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales.- Pues este es un procedimiento que debe llenarlo el órgano constituyente a través de una reforma constitucional
3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales,

de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.

4. Si no se cumplen los requisitos de la demanda.

## **5.5. Requisitos formales**

### **a. Legitimación Activa.**

De conformidad a lo establecido en el artículo 86 numeral 1 de la Constitución, la presente Acción tiene la característica de legitimación pública, esto es, que cualquier persona, grupo de personas o colectivos están facultados para presentarla.

### **b. Reclamo de cumplimiento previo.**

Es necesario para que se configure el incumplimiento que la persona o grupo accionante reclame previamente el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si dicho requerimiento no fuera contestado en el término de cuarenta días o se mantuviera el incumplimiento, se considerará configurado el mismo y por lo tanto, hará procedente el escenario para presentar la acción.

### **c. Contenido de la demanda.**

De conformidad con el artículo 55 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la demanda por incumplimiento deberá contener:

1. Nombre completo de la persona accionante
2. Determinación de la norma, sentencia o informe del que se solicita su cumplimiento, con señalamiento de la obligación clara, expresa y exigible que se requiere cumplir.
3. Identificación de la persona, natural o jurídica, pública o privada de quien se exige el cumplimiento
4. Prueba del reclamo previo
5. Declaración de haber presentado otra demanda en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión.
6. Lugar en el que se ha de notificar a la persona requerida

## 5.6. Procedimiento

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece dos tipos de procedimientos en cuanto a acciones por incumplimiento se refiere. El primero de ellos está establecido en el artículo 57 de la norma y se refiere a los sentencias ordinarias, normas del sistema jurídico e informes de organismos internacionales; el segundo procedimiento se refiere al incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, mismo que se encuentra establecido en el artículo 164 de la Ley ibídem.

De conformidad con el artículo 57 de la ley ibídem, el trámite es el siguiente:

- presentada la demanda a la Corte Constitucional, la sala de admisiones será la que decida si la admite o inadmite a trámite.
- En caso de considerar admisible la demanda, inmediatamente se designará mediante sorteo a la jueza o juez ponente y dentro de las veinticuatro horas siguientes, se notificará a la persona accionada para que cumpla o justifique el incumplimiento en una audiencia que se realizará en el término de dos días, ante la jueza o juez ponente.
- En la audiencia, la persona accionada comparecerá y contestará la demanda y presentará las pruebas y justificativos que considere pertinentes.
- En caso de que existan hechos que deban justificarse, se podrá abrir el término de prueba por ocho días tras los cuales se dictará sentencia. Si la persona accionada no comparece a la audiencia o si no existen hechos que deban justificarse, se elaborará el proyecto de sentencia y el Pleno dictará sentencia en el término de dos días tras la celebración de la audiencia.

Para el caso del incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, el trámite a considerar es el siguiente:

- *Podrá presentar esta acción quien se considere afectado siempre que la jueza o juez que dictó la sentencia no la haya ejecutado en un plazo razonable o cuando considere que no se la ha ejecutado integral o adecuadamente.*
- *Cuando se trate del incumplimiento de sentencias expedidas dentro de procesos de garantía judiciales de derechos constitucionales, la jueza o juez competente, a petición de parte, remitirá el expediente a la Corte Constitucional, al cual acompañará un informe debidamente argumentado sobre las razones del incumplimiento suyo o de la autoridad obligada, para lo cual tendrá un término de cinco días desde el momento en que el interesado hizo la solicitud.*

- *En caso de que la jueza o juez se rebúse a remitir el expediente y el informe, o lo haga fuera del término establecido en el numeral anterior, el afectado podrá solicitar, directamente a la Corte Constitucional, dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término señalado, que ordene a la jueza o juez la remisión del expediente y declare el incumplimiento de la sentencia.*
- *En caso de incumplimiento de sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional, ésta de oficio o a petición de parte, ejecutará directamente las medidas necesarias para hacer efectiva su decisión.<sup>100</sup>*

Una limitación que se puede notar en la presente acción es que la Ley no establece los mecanismos procedimentales mediante los cuales se garantice que una vez declarado el incumplimiento por parte de la Corte constitucional, los responsables de su cumplimiento puedan cumplir con la Sentencia, norma o informe cuyo cumplimiento se persigue. La Ley tan sólo hace referencia a que la Corte Constitucional podrá ejercer todas las facultades que la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Código Orgánico de la Función Judicial les atribuyen a los jueces para la ejecución de sus decisiones<sup>101</sup>. En este sentido, las acciones que podrían imponer los jueces serían las establecidas en el artículo 132 del Código Orgánico de la Función Judicial, que se refieren a lo siguiente:

Art. 132.- Facultades coercitivas de las juezas y jueces.- En cumplimiento de lo que dispone el artículo 75 de la Constitución de la República las juezas y jueces pueden:

1. *Imponer multa compulsiva y progresiva diaria destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión, sin perjuicio de las consecuencias legales que, al momento de la resolución de las causas, produce la contumacia de la parte procesal. La multa será establecida discrecionalmente por el tribunal, jueza o juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo ser reajustada o dejada sin efecto si se considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación.*

*Las cantidades serán determinadas considerando la cuantía o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constricción sicológica al cumplimiento de lo dispuesto.*

*Siguiendo estos lineamientos, los jueces podrán imponer multas de entre una quinta parte de una remuneración básica unificada, y una remuneración básica unificada*

100 Artículo 164, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

101 Art. 165 ibidem

*diaria, sin que en ningún caso exceda de veinticinco remuneraciones básicas unificadas; la sanción se aplicará sin perjuicio del cumplimiento del mandato; y,*

- 2. Remitir los antecedentes a la Fiscalía General, si estimare que la resistencia a la orden judicial pueda encuadrar en infracción penal.*

En casos de trascendencia ambiental en donde el cumplimiento de sentencias ambientales pone en jaque inversiones y proyecto de gran envergadura, la aplicación de estas sanciones se tornan insuficientes, sobre todo porque debido a las características del caso, el contexto territorial de donde se encuentran los proyectos, así como la dificultad de los jueces y demás autoridades para llegar a los sitios de donde tengan que evidenciarse el cumplimiento, el efecto del incumplimiento de torna en realidad poco efectivo para garantizar la aplicación y cumplimiento de las mismas. Sin embargo, esto no quiere decir que la presente acción no sea un mecanismo útil al menos para insistir en el cumplimiento del acto, norma o sentencia que se desea.

A más de las acciones coercitivas que les faculta el Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces deben recordar que la Constitución les otorga poder para utilizar todos los mecanismos que estén a su alcance para hacer cumplir sus Resoluciones, esto incluye la ayuda de la fuerza pública y la utilización del sistema penal. En este sentido, los jueces deberían aplicar las disposiciones relativas al prevaricato establecidas en el artículo Art. 277 del código penal, en cuyo numeral 4 dispone:

*Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión:*

*4o.- Los empleados públicos de cualquier clase que, ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, rehusen o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello; o que, requeridos o advertidos en forma legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rehusen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades, para la administración de justicia, o cualquiera necesidad del servicio público;*

## **6. Acción de Inconstitucionalidad**

Dentro de las nuevas garantías jurisdiccionales implementadas en la Constitución ecuatoriana del 2008, se puede identificar a la acción por incumplimiento, que por cierto es una garantía constitucional que no existió

en el pasado del constitucionalismo ecuatoriano.

La Acción de Inconstitucionalidad se puede ejercer respecto de varias acciones y actos. Así tenemos que de la lectura del artículo 436, numerales 2,3 y 4 se desprende que la inconstitucionalidad procede respecto de: i) acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado; ii) normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución<sup>102</sup>; y, iii) actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública.

La declaratoria de inconstitucionalidad tiene como efecto la invalidez de la norma, del acto normativo u administrativo impugnado. Por lo tanto, trae como resultado la expulsión de la norma o instrumento jurídico catalogado como tal (inconstitucional), por lo que desde ese momento en adelante no producirá ningún tipo de efectos; sin embargo, por regla general, los efectos producidos durante el lapso comprendido entre la emergencia de la norma y su declaratoria de inconstitucionalidad, existen y no podrían ser ignorados a no ser que se traten de efectos cuya inobservancia pueda devenir a que las cosas regresen a su estado anterior.

De esa manera, existen casos cuyos efectos son de tal naturaleza que es imposible retrotraerse al estado anterior; por su parte, existen otros casos cuyos efectos son de una naturaleza tal que podrían retrotraerse al estado anterior. Es decir que la Corte Constitucional considere dentro de su declaratoria de inconstitucionalidad la posibilidad de que se enmienden errores o corrijan actos que hayan sido ejecutados anteriormente con la aplicación de la norma declarada como inconstitucional. Esta situación está prohibido por la Ley, que establece que Por regla general, la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos normativos y administrativos de carácter general tendrá efectos hacia el futuro<sup>103</sup>.

Dentro del acceso a la justicia ambiental, la presente Acción es muy importante debido que a través de la misma se pueden impugnar normas o actos de la administración que contengan disposiciones contrarias a la norma constitucional y por cuya aplicación se esté vulnerando o menoscabando los derechos ambientales o de la naturaleza reconocidos en la carta

---

102 En este caso la declaratoria de Inconstitucionalidad es de oficio por parte de la Corte Constitucional

103 Art. 139, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

magna. Y como decíamos anteriormente, se podrían corregir errores por la inconstitucional aplicación de una determinada ley o acto.

Dentro del sistema normativo ecuatoriano, tenemos algunos instrumentos jurídicos de carácter ambiental, que están en franca contradicción con la norma constitucional, pero que debido a la inexistencia de otros instrumentos legales se siguen aplicando por parte de los jueces y la administración pública. Por citar un par de ejemplos, me referiré al Decreto Ejecutivo 1040, publicado en el Registro Oficial No. 332, que contiene el Reglamento de Participación establecidos en la Ley de Gestión Ambiental y el Decreto Ejecutivo 2187 del año 2007, mediante el cual el Gobierno de Alfredo Palacio determinó los límites del Parque Nacional Yasuní y la Zona intangible, reformando el Decreto Ejecutivo # 552, publicado en el Registro Oficial Suplemento # 121 del año 1999 en que se declaró inicialmente la zona intangible de conservación.

En efecto, respecto del Decreto Ejecutivo 1040, este Decreto es Inconstitucional porque no cumplen con las características que debe tener un cuerpo normativo que regule el ejercicio de derechos constitucionales, ya que no fue dictado por el Congreso o Asamblea Nacional que es el órgano legislativo constitucionalmente competente para normar los derechos reconocidos en la Constitución, tampoco fue elaborado con el procedimiento establecido por la Constitución (el procedimiento debió ser el de expedición de leyes orgánicas). Además limita el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y de la ciudadanía en general debido a que no se garantiza que la opinión de los consultados vaya a ser tomada en cuenta por el Estado o los particulares, mucho menos que se busque el consentimiento de las nacionalidades indígenas. Además porque se contradice a la disposición Derogatoria de la Constitución vigente, que establece que “se deroga toda norma contraria a esta Constitución, sólo el resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”.

Respecto del Decreto Ejecutivo 2187, que determinó los límites del Parque Nacional Yasuní y la Zona intangible, reformando el Decreto Ejecutivo # 552, si bien se realizó bajo la potestad de la anterior Constitución Política que no prescribía la intangibilidad explícita de las tierras de comunidades indígenas, este Decreto disminuyó el grado de protección que se había establecido para los pueblos en aislamiento voluntario, en adelante PAV, debido a que el Decreto de 1999 establecía que la zona intangible de conservación estaba vedada a perpetuidad a todo tipo de actividad extractiva, y que esta zona comprendía las tierras de habitación y desarrollo de los

grupos Huaorani conocidos como Tagaeri, Taromenane y otros eventuales que permanecen sin contacto, ubicadas hacia el sur de las tierras adjudicadas a la nacionalidad Huaorani en 1990 y del Parque Nacional Yasuní. Con la expedición del Decreto del año 2007, se delimita la zona intangible a un área que alcanza 758.051 hectáreas (setecientas cincuenta y ocho mil cincuenta y un hectáreas), que se ubican en las parroquias de Cononaco y Nuevo Rocafuerte, cantón Aguarico, provincia de Orellana.

Este Decreto está en clara contraposición a los principios constitucionales de la vigente constitución. Primeramente porque desatiende el principio constitucional de no regresividad y progresividad de los derechos y las políticas públicas en beneficios de la protección de los derechos, segundo, porque limita el área de territorio destinada para los pueblos en aislamiento voluntario, que según expertos en el tema abarca una mayor cantidad<sup>104</sup>, tercero porque desde su concepción el estado inobservó algunas recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos respecto de medidas cautelares eficaces para la protección de la integridad física de los PAV. Con esta reforma y fijación de límites de zona intangible se ha dado lugar a concesiones petroleras dentro del Parque Nacional Yasuní, en una zona cercana a los sitios donde se ha constatado la presencia de estos grupos.

### **6.1. Procedencia de la acción de inconstitucionalidad.**

Como ya habíamos mencionada, el control constitucional tiene un campo amplio de aplicación por parte de la Corte Constitucional, pudiéndose declarar la inconstitucionalidad en diversas circunstancias jurídicas. Es preciso concretar que la Corte Constitucional tiene una labor de control abstracto y control concreto de constitucionalidad. El primero tiene como objeto garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. Y el segundo, tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. Al mismo tiempo dentro de la

---

104 En agosto del año 2009 se produjo la muerte de una familia en un sitio muy distante al área declarada por el gobierno como zona intangible, lo cual nos indica que este límite no es el idóneo para efectos de la protección de los pueblos en aislamiento voluntario, cuyo grado de circulación tiene límites muy extensos.

competencia del control abstracto, la Corte puede:

1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de:
  - a) Enmiendas y reformas constitucionales.
  - b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales.
  - c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley.
  - d) Actos normativos y administrativos con carácter general.
2. Resolver las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.
3. Ejercer el control de constitucionalidad en los siguientes casos:
  - a) Proyectos de reformas, enmiendas y cambios constitucionales.
  - b) Convocatorias a referendo para reforma, enmienda y cambio constitucional.
  - c) Decretos que declaran o que se dictan con fundamento en los estados de excepción.
  - d) Tratados internacionales.
  - e) Convocatorias a consultas populares, excepto aquellas en las que se consulta la revocatoria del mandato.
  - f) Estatutos de autonomía y sus reformas.
4. Promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales.<sup>105</sup>

Para efectos de que el presente análisis aporte con elementos que puedan ser utilizados en casos concretos de exigibilidad del derecho al ambiente sano, me referiré a las acciones de control de constitucionalidad de las normas legales de origen parlamentario y de los actos normativos y actos administrativos de la administración pública.

## **6.2. Acción de Inconstitucionalidad contra normas legales**

Para que proceda una acción de inconstitucionalidad en contra de una norma del sistema jurídico ecuatoriano que haya sido emitida por el Parlamento o Asamblea Nacional, la norma debe ser incoherente e incompatible por razones de forma o de fondo con las disposiciones establecidas en la Constitución de la República.

Según la dogmática jurídica contenida en el Art. 424 de la Constitución

---

105 Art. 75, Competencias de la Corte Constitucional para ejercer el control abstracto de constitucionalidad.- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

vigente, la base esencial de todo el orden constitucional y jurídico de nuestro país, es la Constitución, al cual le otorga una supremacía respecto del resto del sistema jurídico. Este concepto comprende la jerarquía de la norma constitucional frente a las demás leyes y actos de autoridad. Al respecto, el citado artículo prescribe que:

*“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*

*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.*

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

En este sentido, las leyes emanadas de la función legislativa son inconstitucionales cuando contradicen los principios constitucionales tanto en su elaboración como en su aplicación. A esto es lo que llamamos como inconstitucionalidad de forma o de fondo.

Hay inconstitucionalidad de forma en una Ley, cuando la vigencia de la misma ha irrespetado los principios constitucionales previsto para su aprobación y vigencia, por ejemplo cuando una ley que involucra derechos colectivos, no es consultada previamente de conformidad con el art. 57 Num. 17 de la Constitución (consulta prelegislativa) o cuando viola el procedimiento legislativo establecido en la Constitución.

Existe inconstitucionalidad de fondo cuando las disposiciones de la Ley menoscaban, vulneran o contradicen lo dispuesto por la Constitución. Así por ejemplo, los artículos 145 y 147 de la anterior Ley de Seguridad Nacional que permitía el juzgamiento de civiles por Tribunales Militares estaba en franca contradicción con el principio de unidad jurisdiccional y el principio de jurisdicción y competencia en razón de la materia y la persona, en razón de que el Art. 24 (Num. 11) de la derogada constitución establecía que: “Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el

efecto”<sup>106</sup>.

Algunas leyes aprobadas por el parlamento han sido objetadas a través de la acción de inconstitucionalidad por considerarlas incompatibles con la Constitución, el último ejemplo fue la acción de inconstitucionalidad que organizaciones Indígenas y de derechos Humanos (entre ellas INREDH) propusieron en contra de la Ley de Minería por considerar que era inconstitucional por el fondo y forma.

En cuanto a la inconstitucionalidad de forma, se argumentó que la Ley de Minería ha violado la consulta previa pre-legislativa de las nacionalidades indígenas estipuladas en el artículo 57 numeral 17 de la Constitución<sup>107</sup>, afectando a los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, ya que los terrenos que van a ser concesionadas las áreas mineras se encuentran dentro de sus territorios.

En cuanto a la inconstitucionalidad de fondo, se alega que la vigencia de la ley vulnera el derecho a la propiedad e intangibilidad de los territorios indígenas al establecer la división del territorio indígena al permitir que se impongan gravámenes de servidumbre legal sobre los mismos e imponer una actividad económica no sustentable en el territorio de las nacionalidades indígena, además que la libertad de prospección implica que cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera tiene la facultad de prospectar libremente atentando contra el derecho a la propiedad.

En el tema ambiental es posible encontrar algunas disposiciones legales que se contradicen con la Constitución y que pueden ser objeto de acción de inconstitucionalidad tanto por el fondo como por la forma, de conformidad como he explicado anteriormente.

### **6.3. Acción de Inconstitucionalidad contra acto normativo**

El acto normativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objeti-

---

106 Los mencionados artículos fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional el 13 de junio de 2008, mediante Resolución 0042-2007-TC.

107 Según pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia N° 001-10-SIN-CC: “la consulta pre-legislativa no es un simple procedimiento o formalidad que debe seguirse, éste constituye un derecho constitucional de carácter colectivo, derecho que se reconoce a un segmento específico de la población, y que no son reconocidos al resto de ciudadanos, con la finalidad de alcanzar una igualdad sustancial y no solo formal, ya que se trata de un sujeto colectivo autónomo y no se una simple sumatoria de voluntades individuales.

vos de forma directa<sup>108</sup>. El acto normativo es una manifestación de voluntad excepcional de la administración que nace del ejercicio de una potestad legislativa material atribuida a un órgano del Estado específicamente determinado.

De conformidad con el Art. 147 Num. 13 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria necesarios para la aplicación de las leyes, pero sin alterarlas o modificarlas. Lo cual quiere decir que el Presidente de la República tiene facultades de expedir actos normativos para hacer viable la aplicación de las leyes dentro de la función pública, pero esta potestad no puede atentar contra la vigencia y sentido de las leyes y la constitución, es decir el acto normativo expedido por el Presidente no puede contradecir la Ley o la Constitución, pues de lo contrario estaría cometiendo un acto inconstitucional susceptible de acción de inconstitucionalidad.

Generalmente la forma como se expresan estos actos normativos, es a través de la expedición de Decretos Ejecutivos. En nuestra legislación existen varios Decretos que bajo el criterio de dar mayor coherencia y procedimiento a la aplicación de las leyes, lo que hacen es vulnerar su espíritu y sentido o normar cuestiones que son competencias del órgano legislativo. Como ya habíamos comentado al inicio de este apartado, Decretos Ejecutivos como el Decreto 1040 del año 2008 tienen estos vicios de constitucionalidad debido a que sus disposiciones reglamentarias se contradicen a los principios y derechos constitucionales vigentes, por lo que son perfectamente impugnables ante la máxima autoridad de control constitucional, que es la Corte Constitucional.

De la misma manera podemos identificar el Art. 7 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental de Actividades Hidrocarburíferas, que dispone que para la explotación de hidrocarburos en áreas Protegidas se debe coordinar con el Ministerio del Ambiente a fin de iniciar la explotación previo pronunciamiento de esta cartera de Estado<sup>109</sup>, lo cual es contradictorio con la disposición constitucional que otorga intangibilidad a las áreas

---

108 Art. 80, Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

109 El mencionado artículo dispone: "Procedimiento de coordinación para áreas protegidas.- Los estudios ambientales para la ejecución de proyectos petroleros que incluyan actividades hidrocarburíferas en zonas pertenecientes al Patrimonio Nacional de Áreas Naturales, Bosques y Vegetación Protectores deberán contar con el pronunciamiento previo del Ministerio del Ambiente en que se establezcan las condiciones técnicas mínimas que debe cumplir la gestión ambiental a desarrollarse."

naturales protegidas.

De conformidad con el criterio de la Corte Constitucional “las leyes viejas no pueden entrar de “pleno derecho” en el nuevo ordenamiento constitucional cuando contradicen sustancialmente cualquier norma de la Constitución o cuando violan cualquier prohibición dirigida al legislador. “¿Pero en qué sentido las viejas leyes no pueden entrar de Pleno Derecho al nuevo ordenamiento?”, existen dos principios que responden a esta pregunta: a) Las leyes viejas pueden considerarse abrogadas en virtud del principio “lex posterior”; y, b) Las leyes viejas pueden ser consideradas inválidas (materialmente inválidas), en virtud del principio “lex superior”, que es aplicado por la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, para eliminar del sistema jurídico las normas que sean contrarias a la Constitución vigente. Acorde con los artículos 436 inciso 2 de la Constitución de la República del Ecuador, 27 del Régimen de Transición, y la Resolución de interpretación constitucional publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008<sup>110</sup>. Todas aquellas disposiciones establecen la necesidad de declarar inaplicables las normas contrarias la actual marco jurídico constitucional.

#### **6.4. Acción de Inconstitucionalidad contra acto administrativo**

Según la definición proporcionada por el ERJAFE, el acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa<sup>111</sup>. Sin embargo, el artículo 436 numeral 4 de la constitución de la República en concordancia con el Art. 75 literal d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señalan entre las atribuciones de la Corte Constitucional: “Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública...”

De la lectura de los artículos en referencia, surge una interrogante respecto de ¿Si los actos administrativos tiene efectos individuales, singulares y particulares según lo establece el ERJAFE. Cuáles son los actos administrativos de efectos generales establecidos en la Constitución y la Ley de

---

110 Resolución de la Corte Constitucional 34, Registro Oficial Suplemento 607 de 8 de Junio del 2009. No. 0034-2006-TC

111 Art. 65, Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

## Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional?

Responder a esta pregunta no es tan fácil, debido a que la academia jurídica aún no ha establecido una definición clara respecto del acto administrativo de efectos generales, sin embargo para simplificar el análisis, me permito remitirme al criterio del doctor Zavala Egas para quién el acto administrativo de efectos generales es aquél que está direccionado a una pluralidad de personas que son indeterminadas. Zavala pone como ejemplo el acto de convocatoria de los aspirantes a llenar una vacante de juez.

Por otro lado, un acto administrativo es “singular” cuando sus efectos son hacia una sola persona o un grupo determinado de personas. Zavala Egas ratifica lo afirmado anteriormente en el sentido de que a diferencia del acto normativo, el acto administrativo de efectos generales se agota al momento de consumarse su fin; pero no se convierte en derecho objetivo o fuente de derecho ni se convierte en parte integrante del ordenamiento jurídico.

La acción de inconstitucionalidad de actos administrativos es una acción constitucional que se limita a revisar en abstracto la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto administrativo de efectos particulares o concretos, por lo cual, la contradicción del acto con la Constitución debe ser directa y no indirecta como producto de la ilegalidad del acto (Resolución 006-2006-AA). De este modo, la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo no se encuentra prevista en la Constitución como un mecanismo para remplazar procedimientos estatuidos en la misma o en el ordenamiento jurídico. Como ya se ha señalado, la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo no tiene por finalidad determinar la legalidad de los actos impugnados, pues para ello se prevén los recursos contenciosos administrativos (subjetivo o de plena jurisdicción y objetivo o de anulación, según lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). No corresponde, entonces, a la Corte Constitucional ni al objeto de la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo determinar si un órgano del poder público ha ejercido las facultades que le confiere la ley.<sup>112</sup> Sino determinar que dicho acto vulnera la constitución por haber sido emitido de manera contraria al procedimiento establecido en la Carta Magna o por contener disposiciones que atentan contra el ejercicio de los derechos.

---

112 Resolución de la Corte Constitucional 5, Registro Oficial Suplemento 605 de 4 de Junio del 2009. No. 0005-2008-AA

A manera de ejemplo podemos señalar que dentro de los actos administrativos destinados a controlar o prevenir aspectos relacionados a daños ambientales es posible encontrar actos con naturaleza inconstitucional, como cuando se disponga mediante acto administrativo que para ejercer la acción pública administrativa de denunciar daños ambientales, el demandante deba pagar al Estado tasas administrativas, acompañar elementos de prueba o demostrar ser propietario o residente del lugar de donde reclama el derecho. Estas disposiciones están contrarias a la constitución y al mismo tiempo no están dirigidas a una persona en particular sino que tiene efectos generales en virtud de que cualquier persona que pretenda interponer deberá afrontar estas limitantes.

## **6.5. Normas de procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad: Aspectos formales de la acción**

### **a. Legitimación Activa**

La demanda de inconstitucionalidad tiene legitimación pública y popular, esto es que cualquier persona individual o colectivamente puede proponerla. La Corte Constitucional conocerá y resolverá sobre las acciones de inconstitucionalidad presentada por cualesquier persona respecto de normas, y cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales. Lo cual es un avance sustancial respecto de la anterior Constitución, en donde se requería reunir un mínimo de mil firmas para acceder a esta garantía. La legitimación pública es consecuente con los principios del neoconstitucionalismo en donde el sujeto referente del poder es la persona, por tanto deben ofrecerse las garantías necesarias para que ésta por sí misma o en representación de un colectivo, pueda ejercer las acciones que considere necesarias para asegurar el respeto de los derechos.

### **b. Contenido de la demanda**

De conformidad con el artículo 79 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la demanda de inconstitucionalidad deberá contener:

- 1. La designación de la autoridad ante quien se propone.*
- 2. Nombre completo, número de cédula de identidad, de ciudadanía o pasaporte y domicilio de la persona demandante.*

3. *Denominación del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso; en el caso de colegislación a través de sanción, se incluirá también al órgano que sanciona.*
4. *Indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales.*
5. *Fundamento de la pretensión, que incluye:*
  - a) *Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, con especificación de su contenido y alcance.*
  - b) *Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa.*
6. *La solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada debidamente sustentada, cuando a ello hubiere lugar; sin perjuicio de la adopción de otras medidas cautelares conforme la Constitución y esta Ley.*
7. *Casillero judicial, constitucional o correo electrónico para recibir notificaciones.*
8. *La firma de la persona demandante o de su representante, y de la abogada o abogado patrocinador de la demanda.*

De los requisitos antes mencionados existen dos por cuya importancia merece la pena referirse. Estos son el numeral 3 que se refiere a la co-legislación y el numeral 6 que hace referencia a la *suspensión provisional* o el establecimiento de *medidas cautelares*.

Hay tal co-legislación en los casos en que las leyes una vez aprobadas por la Asamblea Nacional deben ser ratificadas o vetadas por el Presidente de la República. Esto sucede en la mayoría de casos, sobre todo en el Ecuador, en donde el Presidente de la República, de conformidad con el Art. 147 (Num. 11 y 12) de la Constitución tiene facultades legislativas a través de la iniciativa legislativa y la sanción u orden de publicación en el Registro Oficial de los proyectos de Ley aprobados por la Asamblea Nacional. Por tanto cuando se demande la inconstitucionalidad, debe hacérselo tanto al órgano que expidió la ley como aquel que lo vetó u ordenó su publicación.

Respecto del numeral 6, la Ley desarrolla de forma muy precisa el contenido del mecanismo cautelar que la Constitución prevé para los casos en donde el riesgo de la vulneración del derecho de promover en la autoridad la facultad para aplicar medidas de prevención de la potencial vulneración o daño. Es decir dentro de la acción de Inconstitucionalidad se puede solicitar a la Corte Constitucional que antes de emitir su Resolución final o Sentencia, implemente mecanismos cautelares, como por ejemplo la suspensión de la vigencia de la norma hasta que se resuelva su constitucionalidad, su aplicación limitada en los casos en que no sea la totalidad de la norma la que se considere inconstitucional u otros mecanismos que a criterio y creatividad

del Juez o Jueza Constitucional, pueda implementar.

### c. Procedimiento y trámite de la acción

Una vez presentada la demanda, debe observarse el trámite previsto en el artículo 80 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, según el cual:

Para que la demanda sea admitida se seguirán las siguientes reglas:

1. *La sala de admisión decidirá sobre la admisibilidad de la demanda dentro del término de quince días.*
2. *El auto admisorio tendrá el siguiente contenido:*
  - a) *La decisión sobre la admisión de la demanda.*
  - b) *La orden de recabar información que fuere necesaria para resolver, cuando fuere pertinente.*
  - c) *La orden para correr traslado con la demanda al órgano emisor de la disposición demandada y, de ser el caso, al órgano legislador, concediendo el término de quince días para que intervenga cuando lo considere necesario, defendiendo o impugnando la constitucionalidad de la norma demandada.*
  - d) *La orden al órgano emisor que remita el expediente con los informes y demás documentos que dieron origen a la norma.*
  - e) *La orden de poner en conocimiento del público la existencia del proceso, así como un resumen completo y fidedigno de la demanda. Esta obligación comprende la de ordenar la publicación respectiva en el Registro Oficial y en el portal electrónico de la Corte Constitucional.*
3. *El auto será notificado al demandante en el casillero o correo electrónico respectivo. De no haberlo fijado no tendrá lugar ninguna notificación, sin perjuicio de que pueda comparecer en cualquier momento y fijarlo para notificaciones posteriores.*

**Sorteo de la demanda.** Admitida la demanda, la Secretaría General deberá efectuar el reparto de las demandas de inconstitucionalidad por sorteo para determinar la jueza o juez ponente.

**Acumulación de demandas.** Se deberán acumular las demandas respecto de las cuales exista una coincidencia total o parcial de normas impugnadas.

**Inadmisión.** La inadmisión se realizará mediante auto, cuando no cumpla los requisitos de la demanda y siempre que no sean subsanables, debiendo indicarse con precisión los requisitos incumplidos, para su respectiva co-

rrección.

Se concederá el término de cinco días a la persona demandante para realizar la corrección. Cuando no se complete la demanda en este término, se la archivará.

Contra el auto de inadmisión no procede recurso alguno.

**Rechazo de la demanda.** Se rechazará la demanda en los siguientes casos:

1. Cuando carezca de competencia, en cuyo caso se ordenará el envío de la demanda con sus anexos a la jueza o juez que considere competente.
2. Cuando la demanda se presente por fuera de los términos previstos en la ley.
3. Cuando no se corrija la demanda dentro del término de cinco días.
4. Cuando recaer sobre normas jurídicas amparadas por una sentencia que tenga efectos de cosa juzgada.

Contra el auto de rechazo no cabe recurso alguno.

**Intervenciones públicas e intervenciones oficiales.** Sorteada la causa y remitida a la jueza o juez ponente, éste iniciará la sustanciación. En el término de diez días siguientes al sorteo, el órgano emisor de la disposición demandada o cualquier persona, podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas demandadas.

La sentencia deberá exponer de manera sucinta, clara, completa y precisa todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos por los intervinientes, y deberá tenerlos en cuenta dentro de su análisis.

**Información para resolver.** La jueza o juez ponente, podrá recabar información que considere necesaria y pertinente para la resolución del proceso. El ponente podrá invitar a entidades públicas, universidades, organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso, para que presenten informes técnicos sobre puntos específicos que sean relevantes para realizar el análisis del caso.

La solicitud de informes técnicos deberá permitir la diversidad de criterios y pareceres, de haberlos.

En estos casos, se extenderá el término para presentar el proyecto de sentencia hasta quince días, contado a partir del vencimiento de aquel fijado para las intervenciones públicas y oficiales.

**Audiencia.** Cualquier interviniente dentro del proceso constitucional o cualquiera de los jueces de la Corte puede solicitar que se convoque una audiencia pública ante el Pleno, para que quien hubiere expedido la norma o participado en su elaboración, y el demandante, expongan, clarifiquen, sustenten y profundicen los argumentos de hecho y derecho en que sustentan su pretensión, que será aceptada siempre que la jueza o juez ponente lo considere necesario. De manera excepcional se podrá invitar a la audiencia a otros intervinientes dentro del proceso constitucional, cuando resulte necesario para realizar un análisis completo del proceso. La invitación deberá permitir la diversidad de criterios y pareceres, de haberlos.

Esta audiencia se podrá solicitar hasta cinco días después de vencido el término para recabar información, en caso de haberse solicitado, o de las intervenciones públicas y oficiales y se realizará hasta cinco días después de haber sido solicitada.

**Criterios de las juezas o jueces de la Corte.** Cualquiera de las juezas o jueces de la Corte podrá presentar al ponente sus criterios sobre el proceso, para que los evalúe y tenga en cuenta en la elaboración del respectivo proyecto de sentencia.

Para tal efecto, cualquier jueza o juez de la Corte puede acceder al expediente, examinarlo y solicitar copias, antes de que sea discutido en el Pleno de la Corte Constitucional.

El criterio podrá presentarse en cualquier momento hasta el vencimiento del término de veinte días contados a partir de las comparecencias públicas y oficiales.

**Proyecto de sentencia.** La jueza o juez ponente presentará por escrito el proyecto de sentencia a la Secretaría General de la Corte Constitucional, para que ésta envíe copia del mismo a todos los jueces de la Corte.

El proyecto será presentado dentro del término de quince días a partir del vencimiento del término para la presentación de los criterios de los jueces de la Corte.

Cualquier jueza o juez de la Corte podrá presentar observaciones al proyecto de sentencia dentro del término de cinco días siguientes a la presentación en Secretaría.

**Deliberación y decisión.** La sentencia de la Corte Constitucional se sujetará a las siguientes reglas:

1. La decisión deberá adoptarse dentro del término de diez días a partir del vencimiento del término para la presentación de las observaciones de los miembros de la Corte Constitucional;
2. La decisión se adoptará por la mayoría absoluta, se aclara que la mayoría corresponde a cinco (5) votos, de las juezas o jueces de la Corte Constitucional;
3. Cuando el proyecto no sea aprobado, se designará una nueva jueza o juez ponente para que elabore el proyecto.

#### **d. Efectos de la sentencia de la acción de Inconstitucionalidad.**

Por norma general y sentido común, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, acto administrativo o acto normativo, elimina o expulsa del sistema jurídico dicho cuerpo jurídico o parte de él que haya sido declarado inconstitucional. Conforme el artículo 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,

*Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general.*

*Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.*

Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual:

1. *Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia.*
2. *Cuando la sentencia que desecha la demanda de inconstitucionalidad ha estado precedida de control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia.*
3. *Cuando la sentencia no ha estado precedida de un control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el funda-*

*mento del juicio de constitucionalidad.*

- 4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.<sup>113</sup>*

## **6.6. Limitaciones de la Acción de inconstitucionalidad**

Si bien la acción de inconstitucional es el mecanismo idóneo para expulsar del sistema jurídico a las normas, decretos, actos administrativos o normativos y demás que contraríen las disposiciones de la constitución y provoquen una amenaza o violación concreta al principio de jerarquía constitucional, la efectividad de esta acción esta en entre dicho, sobre todo cuando los casos puesto en análisis de la Corte Constitucional son de tal relevancia que ponen en riesgo la aplicación de ciertas leyes consideradas como importante o estratégicas para el gobierno nacional y en donde la Asamblea Nacional ha jugado un papel trascendental de las mismas.

Debemos tomar en cuenta que expulsar del sistema jurídico nacional una ley, cuerpo de leyes, actos o demás instrumentos legales, no es cualquier cosa, su relevancia es tal que incluso en determinadas circunstancias la declaratoria de inconstitucionalidad podría dejar en el vacío la regulación de ciertas actividades o podría de la misma manera permitirse a través de la vigencia de una ley inconstitucional, la practica de regulaciones al margen de la constituciones, restringiendo derechos constitucionales.

Es decir la resolución de inconstitucionalidad no es una cuestión de mera legalidad sino que sus impactos trascienden el ámbito jurídico e invaden el aspecto político, pues las leyes nacen de un órgano eminentemente político como lo es la Asamblea Nacional, sin dejar de mencionar que el Presidente de la República, representante del poder político ejecutivo tiene también facultades legislativas a través de las reglamentación de leyes.

Entonces la conformación de la entidad que resuelve la acción de inconstitucionalidad así como los grados de presión política que ejerzan los actores políticos que expiden y sancionan la ley será trascendental a la hora de resolver sobre la conveniencia de declarar o no la inconstitucionalidad de una norma. Esto parece haber sido precautelado por el órgano legisla-

---

113 Art. 96, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

tivo que en la aprobación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional han incluido varios principios que conducen a considerar la declaración de inconstitucionalidad como último recurso de aplicación constitucional, así tenemos el principio de presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas, de interpretación conforme y principalmente el principio *in dubio pro legislatore*, esto es que en caso de dudas sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica, se optará por no declarar la inconstitucionalidad, situación que ya ha sido puesta en práctica, por ejemplo, dentro de la resolución que declaró la constitucionalidad condicionada de la ley de minería.

Más allá de que este tipo de enfoques que se les otorga a las acciones de inconstitucionalidad conllevan una fuerte discusión respecto de la vigencia del sistema democrático en donde están en juego muchos aspectos del poder político que no siempre se solucionan por la simple expulsión de una ley, el riesgo fundamental es que leyes de gran contenido inconstitucional sean resueltas en base a estos principios a favor de los intereses partidistas y de un determinado grupo de poder que en determinadas coyunturas procuren mantener en vigencia determinadas leyes, lo cual restaría la importancia que tiene la Corte Constitucional como órgano de control de los poderes fácticos del Estado.

## SECCIÓN III

### Acciones Administrativas

Otras de las vías mediante las cuales podemos demandar el establecimiento de la responsabilidad ambiental a quienes incumplen las normas de prevención y control o que provoquen con su accionar daños ambientales, es la vía administrativa.

En el Ecuador, una de las primeras formas de enfrentar la responsabilidad por los daños ambientales ha sido mediante la aplicación de sanciones administrativas. Mediante este sistema se han creado mecanismos legales para establecer responsabilidades respecto del incumplimiento de las normas ambientales, sin la necesidad de la intervención judicial.

Siendo que la responsabilidad administrativa, tiene como fundamento la prevención, a nivel procedimental se han establecido mecanismos administrativos para prevenir los riesgos y daños ambientales, para ello se han creado mecanismos de control como los estudios de impacto ambiental, planes de manejo ambiental, auditorías ambientales, guía de buenas prácticas ambientales, etc., los cuales deben cumplir con los estándares fijados por la normativa ambiental que establecen las normas técnicas de calidad ambiental, límites de emisiones y descargas, control sobre sustancias tóxicas o peligrosas y demás aspectos que generalmente reposan en disposiciones reglamentarias o secundarias, pero que tiene como fin garantizar que las actividades de explotación se desarrollen de forma sustentable. Así por ejemplo, el Art. 46 de la ley de Gestión Ambiental al referirse a las sanciones administrativas, establece:

*“Cuando los particulares, por acción u omisión incumplan las normas de protección ambiental, la autoridad competente adoptará, sin perjuicio de las sanciones previstas en esta Ley, las siguientes medidas administrativas:*

*...b) Exigirá la regularización de las autorizaciones, permisos, estudios y evaluaciones; así como verificará el cumplimiento de las medidas adoptadas para mitigar y compensar daños ambientales, dentro del término de treinta días.”*

La característica más evidente del principio precautorio con que actúe el

sistema sancionatorio administrativo lo podemos observar en el Art. 103 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras en la República del Ecuador que señala:

*Art. 103.- Principio precautelatorio.- Si el titular de derechos mineros que cuente con la licencia ambiental o ficha ambiental aprobada por el Ministerio del Ambiente, según sea el caso, realizare actividades que generen riesgo de daños ambientales por accidentes, incidentes o mala aplicación de los planes de manejo ambientales, calificados por el Ministerio del Ambiente o por no conformidades mayores señaladas en las auditorías, o en caso de daño al medio ambiente calificado por el Ministerio del Ambiente, esta autoridad podrá disponer la suspensión de la licencia o de la aprobación de la ficha ambiental de la actividad que causante del daño ambiental.*

*Si la actividad minera no cuenta con licencia o aprobación de ficha ambiental, el Ministerio del Ambiente iniciará los procedimientos sancionatorios tanto en el ámbito administrativo y en el jurisdiccional para requerir las sanciones a que hubiere lugar, conforme a lo dispuesto en la normativa ambiental vigente para dichos casos. La regularización de la actividad minera en lo que corresponde a la materia ambiental requerirá del cumplimiento del procedimiento de evaluación ambiental establecido en este reglamento y el cumplimiento previo del plan de remediación debidamente aprobado por el Ministerio del Ambiente.*

*Las autoridades en mención podrán contar con el apoyo de la Fuerza Pública para hacer cumplir la disposición señalada en este artículo.*

El régimen administrativo ha establecido un sistema de sanciones que va desde la amonestación, clausura parcial o total, multa, caducidad de concesiones hasta la terminación del contrato del operador. Sin embargo uno de los mecanismos de sanción administrativa que sobresale es el de imponer sanciones pecuniarias, sin que necesariamente los recursos recaudados por dichas sanciones sean empleadas en la reparación del daño ambiental o en la implementación de mecanismos para enfrenar los riesgos que suponen el desarrollo de dichas actividades.

## **1. Objeto de las acciones administrativas**

Como hemos manifestado la responsabilidad ambiental recae sobre todos quienes intervienen el ambiente sea en calidad de aprovechadores de los recursos, de controladores de los mismos o de beneficiarios de la actividad (consumidores). La acción administrativa por tanto tiene como objetivo establecer la responsabilidad ambiental que se deriva de la infracción de la

norma ambiental administrativa, sus normas complementarias y su reglamentación, para lograr de esta forma el establecimiento o la aplicación de una sanción por la acción u omisión infractora, pudiendo también lograr con ello la obligación de reparar la agresión ocasionada, la aplicación de medidas de prevención, mitigación o en definitiva, hacer que el sujeto causante del daño o la infracción asume los costos correspondientes.

Por medio de las acciones administrativas se puede lograr que el contaminador asuma una actitud de respeto a los derechos ambientales y de la naturaleza y evite en lo posible causar daños o aumentar los riesgos sobre el ambiente y la salud de las personas. Las acciones administrativas ambientales promueven que el estado cumpla con su rol de tutelar los derechos constitucionales, pues si no realiza el control adecuado, no sólo que a través de las acciones ciudadanas se le obliga a cumplir con su rol sino que puede ser objeto de sanción cuando sea el operador de la actividad o cuando por acción u omisión haya provocado el incumplimiento de la norma o el daño ambiental.

Como habíamos mencionado anteriormente, no existe un sistema uniforme dentro del régimen jurídico ecuatoriano para sancionar administrativamente las acciones por responsabilidad administrativa, generalmente el sistema sancionatorio administrativo es sectorial, por lo que cada sector establece las sanciones que han de imponerse a los sujetos de control. Así por ejemplo, podemos constatar que las actividades hidrocarburíferas, mineras, forestal, agropecuarias, han incorporado normas jurídicas propias de sanción por cada actividad, las mismas que se encuentran determinadas en las respectivas normas o reglamentos del sector.

Un aspecto relevante a tener en cuenta es que la sanción administrativa no es personal sino real, es decir no se sanciona a la persona sino a la actividad en sí misma, y cuando se trata incumplimiento por parte de personas jurídicas no se sanciona a los representantes legales de la misma sino a la institución por ser la generadora del daño o del incumplimiento por el desarrollo de su actividad de riesgo. Debiendo advertirse que la autorización administrativa para el ejercicio de la actividad no exime al contaminante de su obligación de reparar, sino solamente en el supuesto del caso fortuito extremo devenidos por fenómenos naturales.

## 2. Legitimados activos para interponer acciones administrativas

*“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos al resarcimiento de daños y los recursos pertinente”*

*Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*

El esquema de legitimación activa para las acciones administrativas es el mismo que establece la Constitución de la República para la recepción de acciones de protección para la protección del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

El Art. 71 de la Constitución de la Republica, que confiere la capacidad de ejercer la representación de la naturaleza a cualquier persona o grupo de personas, a fin de que se hagan cumplir los derechos de la naturaleza. En la misma línea, el artículo 397 Num. 1 establece que para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: *“...Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental,...*”. El Art. 41 de la Ley de Gestión Ambiental prescribe también la acción pública cuando se produce un daño ambiental, igual situación se presenta con el Art. 91 del Reglamento de Actividades Hidrocarburíferas que también precisa que se concede acción popular para denunciar ante la Subsecretaría de Protección Ambiental (actualmente Ministerio del Ambiente) todo hecho que contravenga dicho Reglamento, con el fin de que la Autoridad aplique las sanciones correspondientes y se obligue a regularizar su actuación.

De esta manera tratándose de intereses difusos, cualquier miembro de la colectividad está legitimado para acudir, tanto a la vía del amparo como a cualquier otra vía, sea esta administrativa o judicial, en procura de la protección de sus derechos fundamentales.

Este esquema de legitimación pública deviene en estricto cumplimiento del principio diez de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo el cual contempla la participación ciudadana como una de las mejores formas de tratar la temática ambiental. Esa participación se debe traducir

tanto en el libre acceso a la información ambiental como a los procedimientos judiciales y administrativos.

Por lo tanto para ejercer las acciones administrativas las personas no necesitan de otros requisitos para actuar, que no sea la existencia de la norma jurídica que lo habilita a accionar, esto es la disposición constitucional y secundaria que faculta expresamente esta legitimidad y sobre la cual el resto del sistema jurídico o el sistema judicial no deben inventarse requisitos adicionales, pues estarían atentando a esta libertad y garantía constitucional.

Dentro del Derecho civil, la legitimación para reclamar la reparación de daño, le corresponde aquel que lo ha sufrido. Esta legitimación no es aplicable al ámbito de responsabilidad por los daños ambientales, pues en la medida en que un daño ambiental afecta una multiplicidad de personas, se plantea el problema de quien posee la capacidad jurídica reconocida para actuar en juicio y ejercer la tutela de los derechos ambientales. Uno de los conceptos que se establecen, es que en el caso de los daños ambientales, *la víctima del daño es el propio medio ambiente*<sup>114</sup>, por lo tanto al ser un bien jurídico de titularidad colectiva, están legitimadas todas las personas titulares del derecho a un medio ambiente sano.

### **3. Legitimados pasivos en las acciones administrativas**

Corresponde ahora referirnos a los sujetos pasivos de las acciones administrativas o también llamados sujetos activos del daño o incumplimiento de la norma ambiental. Conforme lo hemos sostenido, las actividades que conllevan un riesgo ambiental, según la dinámica de producción de nuestro país, se realiza a través de las personas particulares, sean personas naturales o personas jurídicas, por interés propio o bajo concesiones o contrato; y, también por el Estado a través de sus empresas públicas o de economía mixta.

En este sentido, la denuncia por el cometimiento de un daño ambiental o por el incumplimiento de una norma puede estar dirigida a cualquiera de los sujetos descritos anteriormente dependiendo del grado de responsabilidad de cada uno de ellos dentro de la gestión ambiental. Se puede dar el caso que las acciones de carácter administrativo estén dirigidas tanto al contaminador directo como a la autoridad que no realizó el control adecuado, conforme

---

114 José Gonzales Márquez, La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina PNUMA 1996

la norma constitucional de responsabilidad de los funcionarios públicos establecida en el Art. 397. Es decir, se sanciona al prestador de servicios que puede generar riesgos sea por la omisión de normas preventivas, como por la obligatoriedad de contar con licencias ambientales, cumplimiento del proceso de consulta previa o por la generación de daños devenidos de su actividad, como también a la autoridad por su falta de diligencia efectiva.

En definitiva son legitimados pasivos de las acciones administrativas, los particulares, sean personas naturales o jurídicas, las empresas que actúen por delegación o concesión del Estado y el Estado a través de sus empresas públicas, de economía mixta, y los funcionarios de las instituciones encargadas del control y prevención ambiental.

#### **4. Acción administrativa contra particular**

El sistema jurídico ecuatoriano establece determinadas obligaciones que todos los sujetos de control está obligados a cumplir en los distintos ámbitos sectoriales de las actividades industriales, así por ejemplo, es requisito sine quanon para los sujetos de control que antes de iniciar cualquier actividad deban contar con una licencia ambiental otorgada por la autoridad competente, de la misma manera deben cumplir con los procesos de participación ciudadana y consulta previa. Una vez ejecutada la actividad, los sujetos de control están obligados a presentar informes de cumplimiento de su plan de manejo ambiental, someterse a una auditoría ambiental o cumplir con determinadas obligaciones dispuestas por la autoridad ambiental nacional o seccional, como el pago de patentes, tasas, garantías ambientales, etc.

El Art. 33 de la Ley de Gestión Ambiental establece los instrumentos de aplicación de las normas ambientales, los que se refieren a: Parámetros de calidad ambiental, normas de efluentes y emisiones, normas técnicas de calidad de productos, régimen de permisos y licencias administrativas, evaluaciones de impacto ambiental, listados de productos contaminantes y nocivos para la salud humana y el medio ambiente, certificaciones de calidad ambiental de productos y servicios y otros que serán regulados en el respectivo reglamento. El incumplimiento de estas obligaciones y otras que estén determinadas en la Leyes nacionales o subnacionales, como las Ordenanzas Municipales, llevan implícito una sanción a quien las inobserva. Como mencionamos anteriormente, al ser el sistema sancionatorio administrativo un sistema multiforme, cada una de los sectores de la actividad industrial

fija determinadas sanciones para los sujetos que están abajo su control. Así tenemos que la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales Protegidas y Vida Silvestre, define algunos tipos de sanciones para las actividades relacionadas con la explotación ilegal de especies forestales o animales. La Ley de Minería y su Reglamento Ambiental<sup>115</sup> fija sanciones para el incumplimiento de la normativa ambiental en las actividades mineras. La Ley de Hidrocarburos y su Reglamento Ambiental 1215<sup>116</sup> establece sanciones por el incumplimiento de las disposiciones estipulados en dichos cuerpos legales en actividades de explotación, exploración, comercialización y transporte de hidrocarburos.

Estas disposiciones ofrecen legitimidad para interponer acciones en contra de los responsables del incumplimiento de las normas ambientales, para cuyo efecto no es necesario identificar el grado de responsabilidad del operador, como tampoco la existencia concreta del daño, pues será suficiente con evidenciar el incumplimiento de la norma.

## **5. Acción administrativa contra empresas estatales o funcionario/a Público**

El funcionamiento de la administración pública se enmarca de diferentes factores, una de ellas es que los funcionarios públicos sólo pueden actuar de acuerdo a los senderos establecidos en la Constitución de la República y las leyes secundarias. Hacer lo contrario vicia los actos de nulidad absoluta o provoca las llamadas vías de hecho de la administración, que es el obrar de la administración sin ningún fundamento legal. La norma administrativa se convierte por tanto en norma de comportamiento en cuanto a la actuación o conducta de los sujetos, en la protección del medio ambiente.

Cuando nos referimos a la función de los funcionarios públicos en esta actividad administrativa debemos tener en cuenta que ella se desarrolla en dos órdenes: la protección y prevención ambiental. Cabe resaltar que la protección del ambiente tiene por fin inmediato no sólo el cuidado de la

---

115 Ley de Minería, Publicada en el Registro Oficial NO. 517 del 29 de enero del 2009. Reglamento Ambiental para Actividades Mineras en la República del Ecuador, Suplemento Registro Oficial No. 67, del 16 de noviembre de 2009

116 Reglamento Sustitutivo del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental de Actividades Hidrocarburíferas del Ecuador, D.E. 1215, publicado en el Registro Oficial 265 del 13 de febrero de 2001.

naturaleza en sí misma, sino el cuidado de las personas y de su calidad de vida, por medio de la satisfacción de sus necesidades vitales.

Diríamos entonces que una de las ocupaciones primordiales del Estado es cumplir con su obligación de tomar las medidas necesarias y oportunas para la preservación del medio ambiente, proteger al entorno y a las especies vivientes de cualquier tipo de alteración perjudicial al ambiente. De allí que los habitantes tienen derecho a exigir una conducta positiva del Estado a ese respecto (inspección, supervisión administrativa y vinculación de la administración a las leyes). Cuando ello no ocurre y se concreta el daño en una lesión sufrida por los propietarios en sus bienes jurídicos protegidos, los particulares, frente al deber de la administración de actuar y la obligación de resarcir de los particulares contaminantes, tienen derecho a demandar la reparación del daño ambiental así como a ser indemnizados patrimonialmente por los funcionamientos anormales concretizados en ineficaces actuaciones o muy especialmente en omisiones de la administración.

En el supuesto de que las autoridades administrativas, hayan otorgado permisos, licencias o autorizaciones sin observar las obligaciones prescritas en la Ley, hayan emitido la correspondiente autorización ambiental o aprobación de los estudios ambientales sin ajustarse a la ley, si se validan informes incompletos, si se aprueban inicio de actividades que no cuenten con un plan de manejo, o plan de mitigación que garantice la protección y prevención de daños a los recursos naturales, según lo dispuesto en el Art. 44 de la Ley de Gestión Ambiental, pueden ser sujetos de sanciones administrativas impuestas por el superior jerárquico, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que puedan aplicarse.

Se pueden presentar múltiples posibilidades de incumplimientos por parte de funcionarios públicos, las mismas que se determinan de acuerdo a las responsabilidades señaladas en la ley o en instrumentos orgánicos funcionales o por designación de funciones discrecionales; en este sentido ante el incumplimiento de algunos de los deberes señalados en las leyes, se podrán presentar las acciones administrativa correspondientes ante las máximas autoridades del Ministro del Ambiente, Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, etc.

El asunto se pone delicado cuando el propio estado es el sujeto de control y el controlador al mismo tiempo, lo cual sucede en la relación entre las empresas estatales que explotan recursos o realizan actividades con impacto ambiental y las instituciones que el estado ha creado para vigilar el cumplimiento de la normativa ambiental. Recordemos que esta situación de tornaba más

evidente hasta marzo del año 2009, cuando el control ambiental de las actividades mineras y petroleras estaban bajo control del mismo ministerio que ejercía la rectoría en el sector Petrolero y Minero (Ministerio de Energía y Minas, posteriormente Ministerio de Minas y Petróleos). Lo cual generaba la sospecha de que por intereses del Ministerio como rector de las actividades mineras y petroleras, el control ambiental estaba orientado a alienarse a los lineamientos e intereses de dicho sector, restándole independencia al sector.

Los sujetos de Control en el tema petrolero, en este caso PETROECUADOR, sus filiales y sus contratistas o asociados, para la exploración y explotación de crudo, deben cumplir con lo prescrito en la Ley de Hidrocarburos y en sus reglamentos de aplicación, en especial y en atención al caso analizado, el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental de Actividades Hidrocarburíferas D.E. 1215, publicado en el Registro Oficial 265 del 13 de febrero de 2001, el Acuerdo Ministerial 47 del 19 de abril de 2007 sobre el Licenciamiento Ambiental para Actividades Hidrocarburíferas.

En el caso de las empresas que actúan bajo concesión o delegación, además de las normas antes mencionadas, deberían cumplir también lo estipulado en el respectivo contrato de concesión suscrito entre éstas y el Estado a través de Petroecuador, en el cual generalmente se establecen elementos más precisos y especiales sobre la explotación de petróleo y las medidas de protección ambiental, prevención, mitigación, control, monitoreo y remediación.

De acuerdo a lo prescrito en el Art. 77 de la Ley de Hidrocarburos y a los Arts. 90 y 91 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental antes mencionado, el incumplimiento contractual o legal por parte de los sujetos de control, es decir del Estado y las empresas privadas, se podrán denunciar ante la Dirección Nacional de Hidrocarburos (DNH) (actual Secretaría de Hidrocarburos) consecuencia de lo cual se impondrán multas o indemnizaciones por los daños causados o la reparación de los mismos.

El Art. 91 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental de Actividades Hidrocarburíferas, reconoce la acción popular para denunciar ante la Subsecretaría de Protección Ambiental – actualmente Subsecretaría de Calidad Ambiental del Ministerio del Ambiente- los hechos que contravienen el mencionado Reglamento.

Como conocemos tanto las actividades hidrocarburíferas como mineras requieren de un sinnúmero de actividades previas para iniciar su fase de explotación, entre ellas las de abrir trochas, construir carreteras, autopistas de aterrisaje, etc. Muchas de esas actividades pueden estar dentro de áreas de

claradas como protegidas o de alta sensibilidad ambiental, por lo tanto para la mejor gestión y desarrollo de dichas actividades, la autoridad ambiental dispone el cumplimiento de actos y demás acciones determinadas en la Ley, sin cuyo cumplimiento no es posible ejecutar las actividades.

Una de las disposiciones administrativas más clara respecto de lo que estamos analizando es la contenida en el artículo 86 de la Ley de Minería, en donde se establecen los tipos de sanciones para el caso de incumplimiento de los actos administrativos previos y demás disposiciones establecidas en el capítulo de la Prevención del Medio Ambiente. El artículo en mención señala:

*Art. 86.- Daños ambientales.- Para todos los efectos legales derivados de la aplicación de las disposiciones del presente artículo y de la normativa ambiental vigente, la autoridad legal es el Ministerio del Ambiente.*

*Para los delitos ambientales, contra el patrimonio cultural y daños a terceros se estará a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador y en la normativa civil y penal vigente.*

*El incumplimiento de las obligaciones contenidas en este Capítulo, dará lugar a las sanciones administrativas al titular de derechos mineros y poseedor de permisos respectivos por parte del Ministerio Sectorial, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que diere lugar. Las sanciones administrativas podrán incluir la suspensión de las actividades mineras que forman parte de dicha operación o la caducidad.*

*El procedimiento y los requisitos para la aplicación de dichas sanciones estarán contenidos en el reglamento general de la ley.*

## **6. Instituciones con competencia para conocer acciones administrativas ambientales**

De conformidad con las normas de procedimiento civil, Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados<sup>117</sup>. Las Competencias son las capacidades de acción de un nivel de gobierno en un sector. Se ejerce a través de facultades<sup>118</sup>, es decir que tiene competencia aquella institución que la Ley o la Constitución

---

117 Art. 1, Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento 58, 12 de julio de 2005

118 Art. 112 Código Orgánico de Organización Territorial Autonomías y Descentralización, pendiente para sanción del Presidente de la República.

le haya asignado la facultad para dirigir, controlar o sancionar una determinada actividad.

Para conocer que instituciones tienen competencias ambientales administrativas, es necesario remitirnos al capítulo del régimen de competencias establecido en la Constitución de la República, en donde constan las atribuciones y facultades que en materia ambiental tienen los diferentes regímenes de gobierno.

En el Artículo 261, dentro de las competencias ambientales del gobierno central se destacan dos: i) Las áreas naturales protegidas y los recursos naturales; y, ii) Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales. Lo que no está claramente establecido en este régimen es en qué ámbito de estos recursos naturales tiene competencias el Estado, pues es notorio que no se menciona el tema del control o la gestión ambiental sobre estos recursos como parte de las competencias centrales.

De conformidad con lo establecido en el Art. 263, dentro de las competencias ambientales asignadas a los gobiernos provinciales se destaca la gestión ambiental. Por su parte el Art. 264 establece las competencias de los gobiernos municipales, destacándose el Num. 4. (Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley). Num. 10 (delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de las playas de mar, riberas y lechos de ríos, lagos y lagunas, sin perjuicio de las limitaciones que establezca la ley); y, Num. 12. (regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras).

De las disposiciones antes mencionadas se desprende que existen tres instituciones con niveles diferentes pero facultados para realizar control ambiental: El Estado, los Gobiernos Provinciales y los Gobiernos Municipales. Los instrumentos jurídicos que utilizan estas instituciones para cumplir su rol tutelar son: En el caso del estado central, las leyes y reglamentos; y, en el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, las ordenanzas provinciales o cantonales.

El Estado ejerce el control a través del Ministerio del Ambiente que es la autoridad ambiental nacional, con competencia nacional, para cuya gestión ha desconcentrado su gestión a través de las Delegaciones Provinciales de Ambiente, que generalmente cumplen funciones muy específicas como el otorgamiento de certificados de intersección o la aprobación de términos de referencia. También tiene facultades de conocer y resolver acciones por da-

ños ambientales los comisarios de salud y las direcciones, jefaturas o secretarías de ambiente de las distintas instituciones creadas por el Estado para esos fines específicos, como por ejemplo, la Dirección Nacional del Parque nacional Galápagos.

El Estado también ejerce el control ambiental a través de la Contraloría General del Estado, que según lo dispuesto por los artículos 25, 26 y 27 de la Ley de Gestión Ambiental, le asigna las siguientes funciones de control:

*Art. 25.- La Contraloría General del Estado podrá, en cualquier momento, auditar los procedimientos de realización y aprobación de los estudios y evaluaciones de impacto ambiental, determinando la validez y eficacia de éstos, de acuerdo con la Ley y su Reglamento Especial. También lo hará respecto de la eficiencia, efectividad y economía de los planes de prevención, control y mitigación de impactos negativos de los proyectos, obras o actividades. Igualmente podrá contratar a personas naturales o jurídicas privadas para realizar los procesos de auditoría de estudios de impacto ambiental.*

*Art. 26.- En las contrataciones que, conforme a esta Ley deban contar con estudios de impacto ambiental, los documentos precontractuales contendrán las especificaciones, parámetros, variables y características de esos estudios y establecerán la obligación de los contratistas de prevenir o mitigar los impactos ambientales. Cuando se trate de concesiones, el contrato incluirá la correspondiente evaluación ambiental que establezca las condiciones ambientales existentes, los mecanismos para, de ser el caso, remediarlas y las normas ambientales particulares a las que se sujetarán las actividades concesionadas.*

*Art. 27.- La Contraloría General del Estado vigilará el cumplimiento de los sistemas de control aplicados a través de los reglamentos, métodos e instructivos impartidos por las distintas instituciones del Estado, para hacer efectiva la auditoría ambiental. De existir indicios de responsabilidad se procederá de acuerdo a la ley.*

Los Gobiernos provinciales y locales tienen competencias exclusivas de control ambiental las mismas que están normadas en sus respectivas ordenanzas municipales en donde se establecen las normas técnicas de calidad ambiental, las obligaciones de los gestores de actividades contaminantes y las sanciones respectivas en caso de incumplimiento. Estas ordenanzas no pueden estar en contraposición a las normas establecidas por la autoridad nacional pero si pueden complementarse o ser más progresivas. De hecho las ordenanzas sobre calidad ambiental establecidas por algunos gobiernos municipales establecen estándares mucho más rigurosos de los establecidos por el TULSMA o los Reglamentos sectoriales mineros o petroleros, lo cual dentro del principio de aplicación progresiva *e in dubio pro natura*, son perfectamente aplicables.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que cada institución debe sancionar de acuerdo al ámbito de su competencia, para no provocar duplicidad en las sanciones y con ello la vulneración del principio non bis in idem. Aunque existe ocasiones en donde es factible que se generen al unísono varias sanciones administrativas, cuando la actividad del operador haya supuesto la violación de varios instrumentos jurídicos de control ambiental, por ejemplo cuando producto de la explotación de hidrocarburos se contaminan las aguas urbanas a través de descargas o se emite ruidos a zonas pobladas urbanas, lo cual puede suponer no solamente una vulneración a las disposiciones del Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburiíferas sino también a las ordenanzas sobre calidad ambiental del cantón en donde se encuentre generando alteraciones dicha actividad.

Debemos tomar e consideración también que una de las características de la gestión ambiental en el Ecuador, es su gestión descentralizada, pero ¿se podrá llegar a una auténtica descentralización que genere mejores niveles de gestión a través de los entes provinciales y locales que conocen mejor el sistema de relaciones socio-económicas y que pueden tener mejor nivel de conocimiento sobre la problemática ambiental y sus soluciones, por la cercanía que tienen con la realidad?.

La descentralización implica la reducción de la intervención del Estado, lo cual debe ser entendido como la capacidad de delegación de la responsabilidad y competencias estatales a los entes provinciales o gobiernos locales. El riesgo que se corre es que a través de esta descentralización se debilite el papel social del Estado y la capacidad de presión de la sociedad.

Revisando la norma constitucional y la propuesta del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización COOTAD notamos algunas contraposiciones de competencias, como son los casos del ordenamiento territorial y la gestión ambiental, cuyo ejercicio compete a los gobiernos provinciales y municipales, pero bajo el imperio de la rectoría nacional, lo que se evidencia cuando la Constitución delimita este ámbito a las llamadas competencias exclusivas y concurrentes, lo que nos indica que o bien estamos a las puertas de una verdadera gestión ambiental desconcentrada y descentralizada que tenga como referente la eficiencia y eficacia en el control, prevención y sanción ambiental administrativa o tal vez asistiremos a una maraña de competencias que podrían confundir y hacer conflictiva e ineficaz la aplicación de las normas ambientales en el ámbito administrativo.

## 7. Procedimiento de la Acción Administrativa

La Acción administrativa nace bien por denuncia realizada por un particular o tercero interesado, o bien por impulso de parte realizada por la autoridad competente. Para el inicio de la acción administrativa no se requiere agotar ningún procedimiento anterior, es suficiente con que exista la evidencia que señale el incumplimiento de la norma de parte de quien está en la obligación de acatarla y que por cuyo efecto se haya generado un riesgo ambiental o se haya provocado el daño propiamente.

Como se ha venido mencionando, las acciones administrativas dependen de cada sector (minero, petrolero, forestal) y de la institución (MAE, Gobierno Provincial o Municipal) que en el ámbito de sus instrumentos legales aplicables, establecen las formas de regulación y el procedimiento de sanción, sin embargo no distan de diferencias sustanciales y el trámite tiene características similares.

Así por ejemplo, según la Ley de Aguas: Los Jefes de Agencias o Distritos del Consejo Nacional de Recursos Hídricos ejercerán jurisdicción para tramitar y resolver en primera instancia los reclamos y asuntos referentes a esta Ley. El Reglamento Ambiental para Actividades Mineras en la República del Ecuador, establece en el Art. 104 que:

*Corresponde la incoación y resolución del expediente administrativo señalado en este Capítulo, al órgano institucional desconcentrado del Ministerio del Ambiente en razón del territorio, del lugar en el que se produjo el acto observado. La instancia superior en el ámbito administrativo la ejercerá el Ministro o Ministra del Ambiente, potestad que podrá ser delegada.*

De acuerdo a lo prescrito en el Art. 77 de la Ley de Hidrocarburos y a los Arts. 90 y 91 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental antes mencionado, el incumplimiento contractual o legal por parte de los sujetos de control durante las actividades hidrocarburíferas, se podrán denunciar ante la Dirección Nacional de Hidrocarburos (DNH)<sup>119</sup> consecuencia de lo cual se impondrán multas, indemnizaciones por los daños causados o la reparación de estos. Para esto se requiere que el Subsecretario de Protec-

---

119 De conformidad con el Decreto Ejecutivo 1630, del año 2009, el Presidente de la República transfirió al Ministerio del Ambiente, todas las competencias, atribuciones, funciones y delegaciones que en materia ambiental ejercían la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Minas y Petróleos, la Dirección Nacional de Protección Ambiental Minera DINAPAM y la Dirección Nacional de Protección Ambiental Hidrocarburífera, DINAPAH.

ción Ambiental del Ministerio de Minas y Petróleos (ahora Ministerio del Ambiente) inicie un procedimiento de sanción con la documentación que lo fundamente y establezca mediante resolución motivada con la respectiva sanción.

#### **a. Trámite previsto en las actividades mineras.**

Para efectos prácticos transcribiremos el trámite establecido en los artículos 108 a 119 del Reglamento Ambiental para Actividades Mineras en la República del Ecuador, en donde constan los requisitos y el trámite correspondiente para las acciones administrativas por daños e incumplimientos de normas dentro del sector minero:

**Inicio del procedimiento.** *El inicio del procedimiento sancionatorio a las infracciones administrativas a las que se hace referencia en este Capítulo procede:*

- a. *Por denuncia de cualquier persona en ejercicio de los derechos ambientales establecidos en la Constitución de la República del Ecuador;*
- b. *Por remisión de informe de cualquiera de las modalidades de control administrativo previo previsto en este reglamento y normativa ambiental aplicable, a la autoridad competente; y,*
- c. *De oficio por decisión del Ministerio del Ambiente, a través de sus órganos.*

**Contenido de la denuncia.** *La denuncia contendrá al menos la siguiente información:*

- a. *Órgano de la administración o unidad administrativa a la que se dirige;*
- b. *Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones, con nombramientos de representación de terceros cuando sea del caso;*
- c. *Hechos, razones, fundamentos de derecho y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud, el lugar supuesto de la infracción;*
- d. *De ser del caso, la inclusión de la información técnica y social que sustente la infracción que da inicio al expediente administrativo;*
  - a. *Lugar y fecha de la solicitud; y,*
  - b. *Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.*

**Medidas preventivas.** *De ser necesario el órgano desconcentrado en virtud del territorio del Ministerio del Ambiente a cuyo cargo está la potestad de seguimiento y con-*

*trol de cumplimiento de obligaciones de naturaleza ambiental, podrá adoptar medidas preventivas en relación al hecho que dio origen al procedimiento administrativo. Entre ellas, sin que sean exclusivas o excluyentes entre sí, se podrá resolver la suspensión temporal de la acción que dio origen al procedimiento o la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, por la cual se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos. El trámite de urgencia reduce los plazos establecidos en este reglamento o en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.*

### **Calificación de la denuncia o acto que da inicio al procedimiento.**

*La autoridad a cargo del proceso administrativo, calificará la información contenida en el auto de inicio o en la denuncia y citará al titular minero con el inicio del expediente administrativo.*

**Prueba.** *Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Cuando la autoridad competente no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.*

**Práctica de la prueba.** *Las pruebas se practicarán y evacuarán en los términos establecidos en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y el Código de Procedimiento Civil.*

**Audiencia Pública.** *De ser necesaria la realización de una audiencia pública, esta se realizará sobre la base de las siguientes normas:*

- 1. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la resolución del procedimiento administrativo, se pondrá de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes la convocatoria a audiencia, en la que se señalará el día y hora de la misma.*
- 2. Los interesados, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.*
- 3. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones verbales o escritas, ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite. Los plazos referidos son los del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, cuando ellos no se han establecido en este reglamento.*

4. *Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado o la autoridad ambiental.*

**Finalización del procedimiento administrativo.** *Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad. También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser debidamente motivada.*

**Resolución.** *La resolución del expediente administrativo será expedida por la Autoridad a la que se le ha atribuido la competencia específica para tal efecto, deberá contener:*

- a. Indicación del titular del órgano;*
- b. Indicación de la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular para expedirlo;*
- c. Indicación clara de los fundamentos de hecho y las normas aplicables al caso, así como su relación; y,*
- d. Indicación de los actos de simple administración, informes, estudios o actos de trámite que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto.*

## **b. Trámite administrativo en actividades hidrocarburíferas**

A continuación transcribiremos el procedimiento establecido por el Art. 91 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas, teniendo en consideración que en todas las partes en donde se señale a la Subsecretaría de Protección Ambiental, deberá entenderse la Subsecretaría de calidad ambiental del Ministerio del Ambiente, conforme la trasferencias de competencias establecida en el Decreto Ejecutivo 1630. El procedimiento es el siguiente:

**Denuncias.** *Se concede acción popular para denunciar ante la Subsecretaría de Protección Ambiental todo hecho que contravenga el presente Reglamento. Las denuncias presentadas a través del Ministerio del Ambiente se pondrán a conocimiento de la Subsecretaría de Protección Ambiental para su trámite consiguiente.*

*Presentada la denuncia y en base de la evaluación de los documentos que la sustentan, la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas, de*

*considerarlo necesario, dispondrá que la Dirección Nacional de Protección Ambiental de inmediato realice una inspección técnica del lugar en que se han producido los hechos denunciados o un examen especial, a fin de evaluar el impacto ambiental causado, y en el término de diez días a partir de dicha diligencia emitir el informe correspondiente debidamente fundamentado, cuya copia será remitido al denunciante.*

*El denunciado, en el término de quince días de notificado con la denuncia, presentará las pruebas de descargo ante la Subsecretaría de Protección Ambiental, y podrá iniciar las acciones legales a que hubiere lugar frente a denuncias no comprobadas e infundadas.*

*De considerar la Subsecretaría de Protección Ambiental la denuncia infundada ésta resolverá ordenar su archivo. En caso contrario, se procederá de acuerdo al artículo 90 de este Reglamento.*

Hay casos en los que dentro de las actividades mineras o petroleras pueden estar inmersas afectaciones a elementos forestales, áreas protegidas, vida silvestre, biodiversidad, régimen de concesiones de agua, etc. Para estos casos, deben observarse los procedimientos de sanción establecido en cada uno de las respectivas leyes y reglamentos sectoriales.

## **8. Efectos de la falta de contestación de una demanda administrativa: El silencio administrativo.**

Las peticiones, en la medida en que son derechos constitucionales garantizados por el Estado, deben ser contestadas en el término fijado por el sistema jurídico, y en caso de no contestarse, la ley establece las sanciones o medidas de compensación a favor del peticionario, en virtud, de ser el administrado, la parte débil en la relación jurídica entre estado-ciudadano.

La Ley de Modernización del Estado estable en el Art. 28 que:

*“Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto...(…)... En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. ..).*

Por su parte, el Art. 115 del ERJAFE, respecto de la obligación de resolver, dispone que:

*Num. 2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución será el correspondiente al silencio administrativo, salvo el caso de los procedimientos iniciados de oficio, en los cuales la resolución deberá ser expedida en un plazo que no podrá exceder los*

60 días, salvo lo previsto en leyes especiales.

Num. 3. Los plazos previstos en el numeral anterior se contarán:

- a. En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acto o resolución de iniciación; y,
- b. En los iniciados a solicitud o petición del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, cumpliendo todos los requisitos previstos en el ordenamiento.

De las normas antes señaladas se desprende que el efecto de la falta de contestación a las peticiones y demás procedimientos administrativos que se interpusieron ante una autoridad pública de la administración es el silencio administrativo positivo a favor del peticionario, esto es que el reclamo o la petición se resuelve a favor del reclamante.<sup>120</sup>

El silencio administrativo es una técnica ideada para dar solución a la situación de desprotección o indefensión en que puede hallarse un administrado cuando el órgano administrativo no resuelve expresamente la petición o pretensión por él deducida. En efecto, la carga que pesa sobre la Administración Pública de dictar resolución o de emitir el pertinente acto administrativo, resultaría ineficaz si no se arbitraran los medios idóneos para exigir su cumplimiento.<sup>121</sup>

Una vez que se ha producido la falta de contestación, la consecuencia es el silencio administrativo, por lo tanto, aquellas pretensiones del reclamante deben entenderse que han sido otorgadas, pudiendo la autoridad pública disponer que se ejecuten. sin embargo, esto no siempre sucede por lo que para lograr la ejecución de las peticiones resuelta positivamente mediante el silencio administrativo se requiere cumplir algunos procedimientos posteriores, para cuyo efecto el peticionario deberá solicitar a la autoridad administrativa que emita una certificación indicando el vencimiento del término que tenía para contestar. De no otorgarse esta certificación, se puede requerir la entrega o exhibición de la misma a través de un Juez de lo Civil. Una vez entregada la certificación o en rebeldía del funcionario público, las personas deberán acudir ante un Tribunal de lo Contencioso Administrativo de su

---

120 Ver Efectos del silencio administrativo, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2716. (Quito, 10 de Diciembre de 1997). Ver Silencio Administrativo, Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. Nro. 12. Pág. 3226. (Quito, 10 de junio de 1998).

121 Nociones básicas sobre el silencio administrativo. Dra. Blanca Gómez de la Torre, Boletín # 5, Marzo 10 de 2004, Publicación bimensual del Centro Sobre Derecho y Sociedad (CIDES) Quito-Ecuador, disponible en: <http://www.cides.org.ec/archivos/boletin5/archivos/silencio.html>, ultima visita: 28 de agosto de 2010

jurisdicción, para que sea el Tribunal de Justicia quien ordene la ejecución de lo solicitado por los peticionarios.

Si bien la petición favorable por falta de contestación es un derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es una acción que debe ser utilizada con responsabilidad por parte de los peticionarios, pues así como es una acción mediante la cual se obtiene respuestas positivas para aquellas peticiones no contestadas en el tiempo determinado, también puede existir un abuso de quienes aprovechándose de la debilidad institucional del estado pretendan por esta vía obtener réditos a su favor, sobre todo tratándose de operadores de actividades que estén bajo control o auditoria ambiental y que pretendan mediante peticiones administrativas obtener licenciamientos, vigencia de concesiones, prorrogas para el cumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales, etc.

Este es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata; de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución.

Esta disposición es muy importante debido a que muchas peticiones que realizan los afectados por un daño ambiental no siempre son atendidas de forma eficiente y oportuna en el tiempo establecido por la Ley, generando una incertidumbre jurídica sobre la protección de sus derechos, más aún cuando la finalidad de la petición puede consistir en el acceso a la información o el establecimiento de medidas cautelares para minimizar los riesgos de daños ambientales.

Sin embargo en algunos casos mediante la vía administrativa se ha perseguido la reparación de daños ambientales o el pago de indemnizaciones por la afectación patrimonial sufrida<sup>122</sup>, cuyas pretensiones no han sido con-

---

122 Juicio 15.596-06-L.Y.M. Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, Segunda Sala, demanda de las comunidades de CHONE 1, CHONE 2, RÍO CANO, PIONEROS DEL ORIENTE, TRECE DE MARZO, NUEVA JUVENTUD Y PACAYACU, de la provincia de Sucumbios, en contra de PETROECUADOR Y PETROPRODUCCIÓN.

testadas en el tiempo determinado. Esto ha generado criterios a favor y en contra. Quienes se manifiestan en contra consideran que los peticionarios deben solicitar la ejecución de dichas pretensiones a través de los mecanismos judiciales, por lo que es imposible ejecutar dichas pretensiones mediante actos administrativos directos debido a que la reparación y el pago de indemnizaciones tiene un régimen procesal propio establecido en la Ley de Gestión Ambiental y la ley adjetiva civil, que señala que los reclamos por daño ambiental se realizan en vía verbal sumaria, en donde debe primeramente declararse el derecho de la persona afectada para determinar el monto de la indemnización o las acciones de reparación que deba satisfacer el responsable de la contaminación.

*“Tampoco puede operar el silencio administrativo cuando se solicita al ente público el pago cuantificado de indemnizaciones de daños y perjuicios en razón de que de modo previo a tal cuantificación debe establecerse legalmente los daños causados y el derecho que el interesado tiene para ser compensado por aquellos. En suma le corresponde a la administración nutrirse de todos los elementos fácticos sobre la ocurrencia de un hecho atribuible a ella, el alcance de los efectos suscitados, los daños y perjuicios producidos, su cuantificación; y, finalmente, la identidad y el derecho de las personas que sufrieron las consecuencias del hecho; para finalmente pronunciarse sobre la pretensión, por manera que la simple solicitud no es suficiente para el obrar administrativo; ya que a ella corresponde determinar efectivamente la licitud de la petición”*<sup>123</sup>

Quienes optamos por una interpretación más eficaz hacia la tutela efectiva de los derechos, consideramos que los argumentos expuestos anteriormente están equivocados en virtud de que el problema jurídico que plantea la demanda de ejecución de pretensiones obtenidas por conducto del silencio administrativo es la procedencia de la atención del requerimiento efectuado por los peticionarios en sede administrativa respecto del modo de cumplir las obligaciones que han sido declaradas y reconocidas por efectos del silencio administrativo; más no la declaración de derechos. Además porque el art. 209 del Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva establece que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública Central o Institucional de la Función Ejecutiva, ante el órgano de mayor jerarquía, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y

---

123 PATRICIO A. SECAIRA, Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Ecuador 2004, pág. 219.

personal a su servicio.

Es importante citar alguna jurisprudencia que sobre el silencio administrativo, ha expedido la Corte Suprema de Justicia en resoluciones de triple reiteración y que actualmente constituyen precedente jurisprudencial obligatorio, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de Casación:

*Sentencia 480-2007, de 30 de noviembre de 2007, juicio 121-2006 propuesto por Cooperativa Abacá-Ecuador c. Dirección Nacional de Cooperativas.*

Efectos principales del silencio administrativo positivo en el Ecuador: De conformidad con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, el efecto principal del silencio administrativo consiste en dar origen a un acto administrativo presunto y autónomo, con el que se atiende positivamente lo solicitado por el administrado. El acto administrativo presunto derivado de la omisión de la Administración Pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto administrativo (expreso), salvo que se trate de un acto administrativo irregular.

*Sentencia 31-2007, de 31 de enero de 2007, juicio 158-2004 propuesto por Brito Albuja c. Estado Ecuatoriano (Ministerio de Defensa)*

Requisitos materiales del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo: El acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo debe ser un acto administrativo regular y para que sea irregular, el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto o evidente, pues, no es admisible que se exija a los Tribunales Distritales que sustituyan en el ejercicio de sus competencias a la Administración o remedien su torpeza. Por eso corresponde a los Tribunales Distritales verificar la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico (no las razones fácticas, que debieron ser revisadas en sede administrativa) que consten en la petición del administrado.

*Sentencia 01-2007, de 12 de enero de 2007, juicio 145-2004 propuesto por Chávez Ponce c. Municipalidad de Santa Ana.*

Requisitos formales para la procedencia de la ejecución de un acto administrativo presunto regular: Quien quiere conseguir, a través de la intervención de los Tribunales Distritales, una actuación material de la Administración fundada en los hechos, derechos o prestaciones declarados, reconocidos o admitidos, según sea el caso, en un acto administrativo presunto, requiere el certificado otorgado por la autoridad omisa acerca de la fecha de ven-

cimiento del término, o la justificación de habérselo requerido a la autoridad omisa en sede administrativa y, en defecto, judicialmente.

*Sentencia 027-07, de 29 de enero de 2007, juicio 246-2004, propuesto por Barrionuevo c. Petroproducción.*

Competencia de los Tribunales Distritales: En lo que respecta a la competencia de los Tribunales Distritales en razón de la materia, los procesos de ejecución, esto es, los dirigidos para conseguir la realización material de los actos administrativos presuntos regulares se ubican en el conjunto de los actos producidos por entidades públicas previstos en la norma. En lo que respecta al sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, las acciones de ejecución de actos administrativos presuntos se deben dirigir contra una institución pública de aquéllas previstas en el artículo 118 de la Constitución Política.

*Sentencia 176-07, de 16 de abril de 2007, juicio 169-2004, propuesto por Castro c. Banco Central.*

Trámite y caducidad del derecho a demandar: En lo que respecta al trámite, el artículo 38 de la Ley de Modernización señala que es el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Aún cuando se trate de una acción de ejecución, el trámite es el mismo aplicable a los recursos subjetivo y objetivo, previstos en la referida Ley. Respecto de la caducidad, la fecha de inicio para el cómputo de los términos para determinarla, en los casos en que el administrado busca ejecutar el acto administrativo presunto es, por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría producido el acto administrativo presunto, siendo los términos para que opere la caducidad, actualmente vigentes, de cinco años para el caso de controversias relacionadas con actos administrativos presuntos y hechos administrativos.

## **9. Recursos administrativos**

En el ejercicio de la acción administrativa ambiental existen procedimientos que los accionantes pueden interponer a fin de obtener la tutela efectiva de parte del Estado o solicitar la enmienda, aclaración, revocatoria, nulidad o cualquier otra petición que se considere necesaria para que el responsable del daño o del incumplimiento ambiental asuma los costos y consecuencias de su ineficiente gestión.

Como ya hemos reiterado, los procedimientos administrativos ambientales están dispersos por cada sector y en cada uno de ellos se encuentran establecidos mecanismos propios para controlar las diferentes etapas de la actividad a desarrollarse. En las actividades mineras e hidrocarburíferas por ejemplo, el procedimiento administrativo está determinado en sus Reglamentos Ambientales respectivos, pero en ellos no se encuentran establecidos los recursos o vías administrativas que puedan interponerse cuando el operador o la víctima del daño ambiental esté inconforme con la resolución de la autoridad ambiental, sin embargo estos reglamentos hacen una remisión al Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), por lo que debe entenderse que el régimen administrativo a seguir tanto para ejecutar las resoluciones de la autoridad como para impugnarlas es el establecido por dicho instrumento que además establece la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva.

El ERJAFE prevé dos tipos de acciones administrativas: los reclamos y los recursos. Respecto de los reclamos administrativos, estos están dirigidos a cuestionar la actuación de la autoridad sobre cualquier asunto que nazca de la gestión pública. El Art. 172 del Estatuto dispone que en las reclamaciones los interesados podrán peticionar o pretender:

- a) *La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnan los actos de simple administración;*
- b) *La cesación del comportamiento, conducta o actividad; y,*
- c) *La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto.*

En cuanto a la tramitación de una reclamación, ésta debe ser presentada ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto normativo; o ante aquél al cual va dirigido el acto de simple Administración. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo.

Respecto de los Recursos Administrativos, son acciones que pueden presentarse en contra de las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de

difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos<sup>124</sup>.

Dentro del ERJAFE se pueden distinguir tres recursos administrativos susceptibles de ser utilizados en todo procedimiento administrativo, estos son: el recurso de reposición, el recurso de apelación y el recurso extraordinario de revisión.

#### a. Recurso de Reposición

El recurso de reposición es el que presenta la parte interesada ante la misma autoridad que dictó la resolución con la finalidad de que la deje sin efecto, la corrija, o la cambie según lo solicite el recurrente.

Es decir, cuando existe una resolución ambiental de la cual no estemos de acuerdo con su contenido, se puede acudir en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiera dictado a fin de que ésta lo corrija o enmiende. Para tal efecto debemos asegurarnos de que dichos actos afecten derechos subjetivos directos, es decir que no se trate de una cuestión de simple procedimiento sino que su disposición haya vulnerado derechos como al ambiente sano, a la consulta previa, etc. También es procedente interponer el recurso de reposición, cuando los actos vulneren los derechos de la naturaleza como la intangibilidad de las áreas protegidas, la no introducción de semillas transgénicas, etc.

El plazo para la interposición del recurso de reposición es de 15 días, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso - administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de dos meses.

Contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso. Contra la resolución de un recurso de reposición podrá interponerse el recurso de apelación, o la acción contencioso - administrativa, a elección del recurrente<sup>125</sup>.

---

124 Art. 173 ERJAFE

125 Art. 175 ERJAFE

Si bien este recurso puede provocar un cuestionamiento en la autoridad que la emitió, generalmente la autoridad administrativa abusando del principio de legitimidad de sus actos, o por intereses propios de su gestión, no corrigen los errores evidentes de sus actos, por lo que dicho recurso se convierte en un recurso inadecuado para la protección de los derechos ambientales.

## **b. Recurso de apelación**

Cuando el peticionario esté inconforme con la decisión de la autoridad administrativa sea por la resolución de primera instancia o por la decisión tomada en un recurso de reposición, podrá interponer el recurso de apelación ante la autoridad superior con el objeto de que se vuelva a discutir con toda amplitud el caso, y se rectifique a su favor en todo o en parte la resolución apelada, aun cuando se vuelvan a repetir los mismos argumentos de hecho y de derecho.

Según el Art. 176 (Num. 1 y 2) del ERJAFE, las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado, entendiéndose como tales, los derechos que conforman el régimen ambiental y de la naturaleza. El Art. 177, respecto de los plazos para la interposición y resolución del recurso, establece:

- 1. El plazo para la interposición del recurso de apelación será de 15 días contados a partir del día siguiente al de su notificación.  
Si el acto no fuere expreso, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo.  
Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos.*
- 2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de dos meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso.*
- 3. Contra la resolución de un recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa, salvo el recurso extraordinario de revisión en los casos aquí establecidos.*

### **c. Recurso extraordinario de revisión.**

Cuando las resoluciones emitidas por las autoridades estatales hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas; cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate; cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y, cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme<sup>126</sup>, los afectados por dichas resoluciones inclusive los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes.

El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de error de hecho o de derecho o cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución, y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.

El presente recurso es importante tenerlo en cuenta debido a que el órgano competente para conocerlo deberá pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido, lo cual puede ser una excelente oportunidad para que se analice el alcance de los derechos subjetivos que fueron vulnerados a consecuencia de la expedición del acto impugnado. Sin embargo, y como lo hemos venido sosteniendo, cuando se trata de actividades en donde el Estado es el operador de las mismas, o donde están intereses ocultos de grupos que tienen influencia en las esferas gubernamentales, es poco probable que un Ministro de Estado o una Alta Autoridad Pública, cuestione las

---

126 Art. 178 ERJAFE

decisiones de sus inferiores y mucho menos se atreva a contradecir las decisiones tomadas con espíritu de cuerpo estatal que se dan en las reuniones de coordinación interministerial de gestión de los recursos naturales.

#### **d. Requisitos y Trámite de los recursos administrativos**

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 180 y siguientes del ERJAFE, para la interposición de los recursos se deberá considerar lo siguiente:

**Contenido:** La interposición del recurso deberá expresar:

- a. El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo;
- b. El acto que se recurre y la razón de su impugnación;
- c. Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones;
- d. Órgano de la Administración Pública Central o unidad administrativa al que se dirige;
- e. La pretensión concreta que se formula;
- f. La firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que lo patrocina; y,
- g. Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

**Aclaración y complementación.** Si el reclamo o recurso fuere oscuro o no se cumplieran con los requisitos señalados en el artículo anterior, la autoridad competente ordenará que se aclare o complete el reclamo en el término de cinco días y, de no hacerlo, se tendrá por no presentado el reclamo.

**Impulso.** El procedimiento se impulsará de oficio y, de acuerdo al criterio de celeridad, se dispondrá en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, no requerirán de un cumplimiento sucesivo.

**Informes.** Cuando se requieran informes se los solicitará en forma directa a la autoridad u órgano que deba proporcionarlo. Salvo disposición legal expresa en contrario, los informes deberán ser presentados en el término de siete días y serán facultativos para la autoridad que deba decidir y no tendrán efectos vinculantes para los administrados.

Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por la falta de in-

formes debiendo considerarse su omisión como un informe, favorable, bajo la responsabilidad de quienes debían informar y no lo hicieron oportunamente.

**Capacidad de obrar.** Se consideran legitimados para intervenir en el procedimiento administrativo:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos;
- b) Cualquier ciudadano que inicie, promueva o intervenga en el procedimiento administrativo alegando la vulneración de un interés comunitario, en especial, la protección del medio ambiente;
- c) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y,
- d) Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses sociales y económicos en tanto tengan personalidad jurídica.

**Representación.** Los legitimados podrán actuar por medio del representante, notificándose a éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado.

**Formalidades.** Para formular solicitudes, interponer reclamos o recursos, desistir de acciones y renunciar derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho. Para los actos de mero trámite se presumirá aquella representación.

**Ratificación.** En cualquier solicitud, reclamo o recurso, cuando se ofrezca ratificación posterior por parte del representante se continuará el trámite y se tendrá por legítima la representación siempre que se acredite ésta en el plazo de diez días que deberá conceder el órgano administrativo o un plazo superior si el representado se encontrare ausente del país o impedido por otra razón.

**Intervención de terceros.** Si durante la instrucción del procedimiento aparecen interesados que no tenían conocimiento del mismo y que pueden resultar afectados en sus intereses directos por la resolución que se dicte, se notificará a dichos interesados, a quienes se les concederá un término de diez días para ejercer sus derechos.

## 10. La Acción Contenciosa administrativa

Conforme a lo establecido por la Constitución de la República en el Art. 173 *“los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”*. Este precepto obliga a los funcionarios públicos a rendir cuentas de sus actuaciones y concede derechos a los administrados para accionara contra las acciones u omisiones públicas que afecten sus derechos. Los recursos contenciosos administrativos, e la vía judicial, son verdaderos frenos o límites al ejercicio arbitrario o abusivo del poder. El propósito de estos recursos es tutelar la legalidad de las decisiones de poder público a través del cual los Jueces Distritales no solamente pretenden decidir sobre un conflicto entre los sujetos sino, sino tutelar el imperio del derecho, objetivo y subjetivo, comprometido en la resolución administrativa de la cual se recurre.

Cuando las resoluciones emanadas de la autoridad pública sean definitivas y pongan fin a la vía administrativa, en las cuales se hayan lesionado derechos particulares o intereses jurídicos protegidos, el reclamante o quien se sienta perjudicado por dicha resolución podrá acudir ante el órgano judicial contencioso competente para que a través de la vía judicial se puedan rectificar los errores cometidos por la administración.

Las acciones contenciosas administrativas proceden contra los actos administrativos resueltos por los funcionarios de las Instituciones del estado que se consideran ilegales o cuando se ha agotado el trámite de reclamo administrativo previsto en el estatuto de régimen jurídico administrativo de la Función Ejecutiva. La impugnación por vía judicial de estas decisiones opera a través del denominado recurso contencioso administrativo, el mismo que puede dividirse en: objetivo o de anulación o por exceso de poder, subjetivo o de plena jurisdicción y el de lesividad administrativa.

### a. Recurso objetivo o de anulación o por exceso de poder

Este recurso opera cuando las personas, natural o jurídicas, con interés directo, impugnan una decisión administrativa de carácter general, pretendiendo únicamente la tutela de la norma jurídica objetiva; es decir, su propósito es lograr la nulidad de la resolución pública para restablecer el imperio jurídico afectado. Por ejemplo cuando se impugna judicialmente los reglamentos, decretos ejecutivos, ordenanzas municipales, acuerdos ministeriales, etc. que

tengan carácter general.

### **b. Recurso subjetivo o de plena jurisdicción**

Mediante este recurso los administrados tienen la capacidad de concurrir a los órganos judiciales en busca de la tutela de sus derechos subjetivos y personales afectados por un acto administrativo emanado de autoridad pública, cuando el acto haya negado, desconocido o no reconocido los derechos.

A diferencia del recurso anterior, este recurso sirve no solo para eliminar de la vida jurídica la resolución administrativa impugnada, sino para que los derechos de los administrados sean debidamente reconocidos. Así cuando mediante un acto administrativo se otorga una autorización a una determinada persona para que desarrolle actividades extractivas, sin respetar el derecho que sobre el bien tiene otras personas o colectividades, el juez contencioso deberá reconocer los derechos subjetivos que han sido afectados por dicho acto.

### **c. Recurso de lesividad**

Existen actos administrativos que la administración pública no puede revocar en virtud de que sus efectos jurídicos crearon derechos a favor de un tercero. Sin embargo, puede suceder que estos actos lesionen el interés público, motivo por el cual se requiere que dichos actos sean revocados. Para estos casos, el sistema jurídico ha creado la figura de la acción de lesividad administrativa que consiste en la atribución legal que obliga al titular de órgano administrativo o la máxima autoridad de la institución pública, a emitir un nuevo acto administrativo por el cual declara lesivo a interés público el acto o resolución que lo motiva.

### **d. ¿Cuándo presentar un recursos contencioso administrativo?**

Existen un sinnúmero de causas mediante las cuales se puede interponer recursos contenciosos administrativas para la defensa de los derechos ambientales, estos recursos pueden referirse a los siguientes casos:

- Cuando el superior jerárquico, no imponga las sanciones o no resuelve la petición respecto del funcionario que debía contestar una terminada solicitud dentro del término que establece la Ley.
- Cuando el superior jerárquico haya fallado en contra de cualquiera de

los recursos administrativos que haga referencia a celebración indebida de contratos, aprobación ilegal de licencias ambientales, violación del procedimiento o requisitos sin los cuales no podría ser posible la aprobación de un plan de manejo ambiental, auditoría ambiental o licencia ambiental, etc.

- Cuando se haya negado la sanción a un funcionario denunciado por tener un comportamiento visiblemente negligente.
- Cuando haya operado el silencio administrativo.
- Por cualesquiera resolución que se haya adoptado dentro de un trámite de jurisdicción administrativa

En el caso del recurso contencioso administrativo subjetivo, según la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, deben causar estado. Los actos administrativos impugnados causan estado, cuando no son susceptibles de recurso alguno, en la vía administrativa, sean definitivos o de mero trámite, si estas últimas deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan término a aquella o haga imposible su continuación<sup>127</sup>. Por su parte, la Ley de Modernización del estado dispone que no es necesario para demandar a Estado y sus instituciones o para impugnar sus resoluciones, el agotamiento de la vía administrativa<sup>128</sup>. Estas disposiciones generan una contradicción, pues mientras la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dispone el cumplimiento de acciones administrativas previas a la acción contenciosa, la Ley de Modernización establece que no es necesaria tal situación. Esta contradicción ya fue solventada por fallos de triple reiteración por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, que estableció que en aplicación del art. 38 de la Ley de Modernización, es innecesario el agotamiento de la vía administrativa para recurrir judicialmente e contra de las entidades del sector público.

Ahora bien, el agotamiento de la vía administrativa no sólo se produce por el expreso pronunciamiento de la administración pública, sino también por haber transcurrido el tiempo determinado para que la administración decida. Por tal razón la acción contenciosa procede como un derecho facultativo de los administrados tanto para cuando existan actos administrativos que vulneren derecho como para cuando las peticiones y recursos realizados a la administración no hayan sido resueltos en el tiempo determinado por la

---

127 Art. 5 Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa

128 Art. 38 Ley de Modernización del Estado

Ley y se produzca el silencio administrativo positivo.

Finalmente, se debe manifestar que para el ejercicio de la presente acción, como es común en el derecho ambiental, existe legitimidad activa popular, por lo tanto, cualquier persona que crea lesionado su derecho e interés difuso ambiental puede iniciar las acciones establecidas dentro del ámbito administrativo y contencioso administrativo.

## SECCIÓN IV

### Acciones Civiles

Las acciones civiles generan la obligación de responder sobre las afectaciones negativas en base del principio de justicia dirigido a restablecer las cosas al estado anterior de la lesión causada. Según el principio de justicia, se deben realizar las acciones que sean necesarias para establecer la responsabilidad, de tal forma que se retorne en lo posible al estado anterior en que se encontraba el objeto o sujeto de la lesión.

Para el establecimiento de la responsabilidad civil por daño ambiental, la Ley de Gestión Ambiental del Ecuador prevé la acción judicial verbal sumaria por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos”. La presente acción se encuentra normada en el Título VI, de la Protección de los derechos ambientales, y el Capítulo I, de las Acciones Civiles, de la Ley de Gestión ambiental y de forma supletoria por las normas del Código de Procedimiento Civil referentes al juicio verba sumario contenidas en el Artículo 828.

Provocado el daño ambiental, corresponde determinar la sanción civil que el responsable debe asumir. Esta obligación de responder por los daños causados se encuentra establecida en la norma sustantiva civil, así tenemos que el Art. 2214 del Código Civil dispone que: El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, esta obligado a la indemnización. De la misma manera el Art. 2229 del Código Civil, señala: por Regla General todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta. Adicionalmente el Art. 2236 del Código Civil concede acción popular en todos los casos de daños contingentes que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas.

#### 1. La Acción Verbal Sumaria por daños y perjuicios

La Ley de gestión ambiental establece que las personas naturales, ju-

rídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.<sup>129</sup>

Para que opere una demanda de esta naturaleza es necesario que existan *los daños y perjuicios causado a la salud o al medio ambiente, incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos*<sup>30</sup>. Es decir que la acción u omisión dañosa, ocasione daños ambientales o patrimoniales que no puedan ser recuperables mediante la vía de la remediación o compensación ambiental.

Se ha discutido mucho respecto si la demanda por daños y perjuicios es una acción idónea para reparar los daños causados. A primera vista resulta imposible pensar aquello, debido a que el objetivo de esta acción es determinar los montos por los daños ocasionados, en los cuales se incluyen los montos que deberán satisfacer la recuperación de la naturaleza. El avance de la jurisprudencia a nivel del sistema Interamericano y de la legislación ecuatoriana, en la cual ya se ha establecido los derechos de la naturaleza, hacen repensar la finalidad de esta Acción. Esta crítica se genera debido que la legislación avanza hacia la determinación de la reparación integral, es decir aquella que no sólo atienda a lo económico y ambiental, sino que considere en la Sentencia, variables como: la garantía de no repetición de los hechos, disculpas públicas de parte del contaminador, medidas de educación ambiental, difusión pública de la sentencia, etc.

En todo caso, el sistema jurídico ecuatoriano prevé esta acción dentro del ámbito civil, la misma que ha sido una de las más utilizadas por los afectados de daños ambientales<sup>130</sup>.

## **2. Personas legitimadas para interponer demandas civiles por daños y perjuicios**

La Constitución de la República (Art. 397 Num. 1) establecen la Acción Pública y Popular, esto es, permitir a cualquier persona natural o jurídica,

---

129 Art. 43 Ley de Gestión Ambiental.

130 El juicio del barrio Delfina Torres contra Petroecuador por un incendio provocado en Esmeraldas a consecuencia de un derrame de petróleo, la demanda de las comunidades indígenas de la Amazonía afectadas por la explotación de la Cia. Texaco, son ejemplos paradigmáticos a tener en cuenta dentro de las acciones civiles.

colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales para obtener a tutela efectiva en materia ambiental, por su parte la Ley de Gestión Ambiental (Art. 41) dispone que podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios, las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa. Vale decir entonces que mientras la Constitución establece una legitimación activa amplia en materia de acciones legales, la ley de gestión ambiental restringe esta posibilidad a las personas vinculadas por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa.

Con la anterior constitución que establecía que sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente, esta situación se tornó limitante para el ejercicio popular de la reparación ambiental pues de conformidad con esta disposición de la Ley de Gestión Ambiental, para su ejercicio se requería que el accionante demuestre tener un vínculo con el daño, es decir ser afectado directo o tener un interés común.

Con la vigente constitución, esta situación parece estar clara, y se resuelve aplicando el orden jerárquico de las normas, establecido en el artículo 425 de la Constitución, el mismo que establece:

*Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.*

*En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.*

*La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.*

Concordante con este criterio, algunas resoluciones del Tribunal y la Corte Constitucional, se han pronunciado en el sentido de que en vista de que existe Acción Pública que otorga la facultad a cualquier persona para presentar acciones por daño ambiental, estas no requieren demostrar un interés directo en la acción, pues ha de entenderse que los derechos ambientales son difusos, por lo tanto cualquier persona al otro extremo de la ciudad

puede sentirse afectada por la acción contaminante, este criterio es importante, debido a que se debe entender que los jueces no deberían desechar demandas si es que el demandante no demuestra ser dueño de la finca, o el grupo no demuestra tener personería jurídica por la cual comparece, o la persona jurídica no demuestra ser la propietaria del espacio en el cual reclama la indemnización y reparación del daño ambiental.

Los pronunciamientos de la Corte y el Tribunal Constitucional se complican aplicar cuando se trata de procesos civiles en donde priman los criterios de legalidad y tipicidad de la norma, sin embargo es preciso anotar que ante la interposición de una demanda de esta naturaleza se pueden dar dos escenarios de resolución o sentencia: El primero que los jueces al resolver el caso, deciden admitir la demanda y declarar válido el procedimiento, por lo cual estarían aplicando de forma directa la constitución, privilegiando el interés del bien jurídico protegido (ambiente) por sobre las cuestiones formales, evitando de este modo que se prolongue el daño ocasionado y generando un verdadero cambio en la actitud que debe tener un juez dentro del moderno estado constitucional de derechos y justicia. El segundo escenario, es que el Juez resuelva la inadmisión de la demanda por falta de legitimidad activa, lo cual incurriría en una aplicación restrictiva del derecho, pues se estaría aplicando la norma positiva general y secundaria por sobre la norma constitucional, lo cual sería un claro desacato de los principios de interpretación constitucional establecidos en el artículo 3 numerales 1 y 2 y el artículo 4 numerales 2 y 7 de la Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que generaría un retroceso en el principio de progresividad y no regresividad en la aplicación del contenido de los derechos.

Para efectos prácticos y no tener que someterse a la sana crítica del juez, es importante que sean los propios afectados quienes propongan las acciones, debido fundamentalmente a que ellos conocen de forma más cercana los impactos que produjo el daño ambiental y puede con sus testimonios demostrar aquellos daños que son difíciles de observar, como los que afectan la salud física o psíquica de la persona o la afectación cultural.

### **3. Legitimados pasivos en las acciones civiles por daño ambiental**

Conforme las reglas generales del derecho y los sistemas de responsabilidad ambiental, los sujetos a los cuales se puede incoar una demanda civil por

daños ambientales, son aquellos que haya actuado por acción u omisión en la actividad que produjo el daño. Pudiendo ser personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacional o transnacional, o aquellas que actúen por delegación o concesión.

A la autoridad judicial no le interesa la intencionalidad con que hayan actuado las mismas, sino que lo importante es establecer la existencia del daño causado a fin de indemnizar y reparar sea sobre personas naturales o jurídicas, empresa pública o privada, pues todas estas personas e instituciones en la medida en que incumplan normas y provoquen daños a las personas y la naturaleza, son responsables objetivamente de realizar acciones de restauración y reparación ambiental.

#### **4. Requisitos formales y procedimentales de la acción civil por daños y perjuicios**

##### **a. Autoridad ante quien se interpone**

El Presidente de la Corte Provincial de Justicia es la competente para conocer y resolver la demanda, sin embargo en las provincias que no poseen Cortes Provinciales, deberán presentarla, en la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia que le corresponde en razón de su jurisdicción.

##### **b. Contenido de la demanda.**

La demanda civil por daños ambientales, tiene el trámite verbal sumario, y está sujeta a las disposiciones típicas del procedimiento civil. Por lo tanto, para su interposición debe observarse las normas establecidas en el código de procedimiento civil, conforme lo establecen los artículos 67 y 68 del mencionado código, que determina que la demanda deberá contener:

1. La designación del Presidente de la Corte Provincial de Justicia ante quien se la propone;
2. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;
3. Los fundamentos de hecho, esto es el relato de las circunstancias que provocaron el daño, especificando la fecha que sucedió, la gravedad del daño, los daños que ha causado en las personas, en los elementos de la fauna y flora, el ambiente en general, y las pruebas que se tiene al respecto.

4. Los Fundamentos de derecho, expuestos con claridad y precisión; en donde se mencionarán las normas ambientales tanto a nivel Constitucionales, Internacional y nacionales que hayan sido infringidas, así como las normas que facultan la presentación de la demanda.
5. La cosa, cantidad o hecho que se exige; (remediación, pago de indemnización, reparación integral)
6. La determinación de la cuantía; (se recomienda colocar una cuantía indeterminada, en vista de que a primera vista es complicado estimar una cantidad por el daño causado)
7. La especificación de que el trámite que debe darse a la causa es el verbal sumario;
8. La designación del lugar exacto en que debe citarse al demandado, y la del lugar o casillero judicial en donde debe notificarse al actor;

Además de estos requisitos, existen otros que deben acompañarse dependiendo si la demanda es presentada por un tercero en calidad de apoderado o por personas jurídicas, estos requisitos son:

1. El poder para intervenir en el juicio, cuando se actuare por medio de apoderado;
2. La prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz; (puede que en un desastre ambiental los sobrevivientes, sean menores de edad o sordo mudos)
3. La prueba de la representación de la persona jurídica, si ésta figurare como actora;
4. Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; (actas de inspección ambiental, actas de peritajes ambientales, informes de autoridades de control ambiental, etc.)

### **c. Procedimiento y trámite de la Acción.**

Propuesta la demanda, el juez debe calificarla. Si cumple con los requisitos lo declarará así y dispondrá que se cite al demandado y se entregue una copia de la demanda.

Después de practicada la citación, el juez señalará día y hora para la audiencia de conciliación, que tendrá lugar dentro de un período de tiempo no menor de dos días ni mayor de ocho, contados desde la fecha en que se expida la providencia que la convoque.

La audiencia de conciliación no podrá diferirse sino a solicitud expresa

y conjunta de ambas partes. De no concurrir el actor o el demandado a la audiencia de conciliación se procederá en rebeldía.

En la audiencia de conciliación la parte demandada dará contestación a la demanda. Si en la contestación el demandado rechaza la demanda, el juez procurará la conciliación y, de obtenerla, quedará concluido el juicio.

De no obtenerse la conciliación y si se hubieren alegado hechos que deben justificarse, el juez, en la misma audiencia de conciliación, abrirá la causa a prueba por un término de seis días.

En esta etapa las partes podrán solicitar todas las pruebas que consideren necesarias para probar o desmentir la existencia del daño, incluida la práctica de peritajes técnicos legales. Un aspecto importante a recordar en este espacio, es que la carga de la prueba corresponde al demandado. Sin embargo, por tratarse de un juicio práctico, que requieren conocimientos especiales, el juez deberá asesorarse de un perito o peritos que emitirán un dictamen en la que se incluirá la valoración del daño.

Concluido el término de prueba, se abrirá un termino para que el actor y el demandado presenten los alegatos, que son una especie de resumen de las diligencias realizadas en el juicio, en el cual las partes aportan al juez su interpretación de cada pieza procesal para incidir una resolución final a su favor.

Posteriormente, el juez dictará sentencia, dentro de cinco días. En dicha sentencia, el juez determinará conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.

De la Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia, las partes que se consideren inconformes con la misma, podrán apelar ante la Corte Nacional de Justicia, quien fallará en merito de los autos del proceso

Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago, que por reparación civil corresponda, se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley.

#### **d. Sanciones civiles por daño ambiental**

La Ley de Gestión Ambiental nos habla de una indemnización meramente económica, nace en función de la valoración del daño para poder indemnizar lucro cesante, patrimonio y derechos. La indemnización es un

efecto de la valoración hecha por el juez. En caso de que no se pueda subsanar económicamente se puede ver medidas alternativas.

El juez deberá determinar en su sentencia la valoración económica sobre los derechos, por ejemplo el costo que representa la salud afectada, el patrimonio (cuanto valía el bien antes de ser dañado y cuanto vale ahora que está dañado), o cual equivale a equiparar el estado anterior al actual, el lucro cesante (esto es lo que se dejó de percibir por efectos del daño), el daño emergente, el patrimonio de Estado (sobre bienes intangibles ejemplo, la cultura, las áreas protegidas), los ecosistemas (para garantizar los derechos de la naturaleza).

En definitiva, el juez tendrá que establecer una indemnización que pueda llegar a establecer una reparación integral. La sanción civil de reparación tiene que restaurar el medio ambiente dañado, es decir, sus elementos bióticos dañados, tanto elementos naturales como patrimoniales. El alcance de la restauración o reposición del daño ambiental debería ir hasta que el objeto vuelva hasta el estado anterior al daño ambiental. Ahora bien, el problema del daño natural es que por su naturaleza es irreversible debido a que el daño ambiental rompe la cadena del normal desarrollo de un determinado ecosistema. Sobre la reparación del daño a través de esta vía judicial estaré tratando en el próximo capítulo.

## SECCIÓN V

### Acciones Penales

Como bien jurídico el ambiente es merecedor de tutela penal, ya que se trata de un bien jurídico de especial trascendencia cuya protección resulta esencial para el disfrute de otros derechos fundamentales y para la propia existencia de los seres humanos, por lo que ante el fracaso de los medios de control social, fundamentalmente del derecho administrativo, el sistema jurídico ha establecido una “huida hacia el Derecho penal” en materia ambiental.

Empero, dentro del proceso de incorporación normativa en materia penal del ambiente, la protección penal no se limita a sancionar las conductas que pueden afectar la vida o salud humana, sino aquellas que son capaces de afectar el conjunto de vida natural y hábitat de los seres humanos

El Código Penal es un instrumento legal que recopila las leyes mediante las cuales se tipifica las conductas humanas que han sido consideradas por el legislador como delictivas, estableciéndose las formas en las cuales deben responder las personas que transgreden dichas normas y las penas a las que están sujetas.

Por su parte, el código de procedimiento penal es la norma adjetiva que establece el procedimiento mediante el cual se puede establecer el grado de responsabilidad de numerosas personas que actuaron o dejaron de actuar, con dolo o con culpa, o sin ninguna de estas dos modalidades.

#### 1. Los delitos contra el ambiente

Como manifestáramos en análisis posteriores, la tipificación de los delitos en contra del ambiente, es una materia relativamente nueva, su penalización se realizó mediante la incorporación de un Capítulo adicional al Código Penal, dentro de la Sección de los delitos contra la Salud Pública, en la cual se incluyeron once artículos que tipifican diversas formas de atentar contra el ambiente. Esta reforma fue realizada mediante la Ley No. 49, pub-

licada en Registro Oficial No. 2 de 25 de Enero del 2000.

En ella se tipifica la sección de delitos contra el medio ambiente, lo cual da nacimiento a lo que se conoce en doctrina como el delito ambiental, esto es la infracción de la norma sobre el ambiente que afectan a los seres humanos, aunque otros autores consideran que lo que verdaderamente existe son delitos ecológicos, pues según las disposiciones del código penal, *la tipificación penal sanciona acciones que afectan a los ecosistemas y el medio ambiente considerados en sí mismos sin perjuicio de los daños que ocurran a la vida humana y a su aspecto patrimonial aunque estos últimos constituyan elementos que se agregan como agravantes en el cometimiento de un delito ecológico, este es el caso de la tipificación de los delitos contra el Medio Ambiente en el Código Penal del Ecuador, por lo tanto estaríamos frente a la figura del delito ecológico*<sup>131</sup>.

Apartándome de ambos criterios, considero que el derecho penal ecuatoriano tiene una mixtura entre la composición del delito propiamente ecológico y el delito ambiental, pues tal como lo veremos posteriormente, hay disposiciones cuya sanción se establece por el factor de riesgo y peligro que estos representa sobre las personas más que sobre el ambiente, y en otras, la situación es viceversa.

La tipificación de los delitos contra el Medio Ambiente, se encuentran en once artículos del Código Penal, desde el artículo 437A al Art. 437K. Adicionalmente, existe otra sección de contravenciones ambientales, que si bien no prevén sanciones drásticas de prisión o reclusión, establecen sanciones de privación de libertad y pago de multas que pudieran ser efectivas para aquellas acciones contaminantes de menor relevancia.

El Art. 437-A. establece sanciones con prisión de dos a cuatro años a quienes, *“fuera de los casos permitidos por la ley, produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga en posesión, o use desechos tóxicos peligrosos, sustancias radioactivas, u otras similares que por sus características constituyan peligro para la salud humana o degraden y contaminen el medio ambiente, [...] “Igual pena se aplicará a quien produzca, tenga en posesión, comercialicen introduzca armas químicas o biológicas”*. En la presente disposición debemos tener en cuenta que para considerar como delito el uso de desechos tóxicos o sustancias radiactivas, estos deben estar prohibido por la Ley y deben además constituir un peligro para la salud y para el ambiente. Aquí se presenta un problema de legalidad debido a que

---

131 Manual de capacitación en Derecho Ambiental y código de procedimiento penal para fiscales del Ministerio público, CEDA 2004, Pag. 103

no existe en el Ecuador una ley que determine los desechos peligrosos cuyo uso esté prohibido. Sin embargo cuando se hace referencia a los desechos peligrosos, según lo dispuesto por el Libro VI del TULSMA (Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación por desechos peligrosos), comprenden aquellos que se encuentran determinados y caracterizados en los Listados de Desechos Peligrosos y Normas Técnicas aprobados por la autoridad ambiental competente, en este caso, lo determinado por el LIBRO VI Anexo 7 del TULSMA, que contiene el Listados Nacionales de Productos Químicos Prohibidos, Peligrosos y de Uso Severamente Restringido que se utilicen en el Ecuador.

El Art. 437-B.- dispone: “*El que infringiere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, si tal acción causare o pudiere causar perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido*”. El presente artículo es muy interesante debido a que algunos instrumentos como el TULSMA, las Normas INEN, el Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas 1215, etc. establecen parámetros mínimos que deben ser acatados por las personas o empresas que viertan residuos o desechos industriales al ambiente. Conocemos que dentro de las actividades petroleras o mineras, es donde más se vulneran los parámetros mínimos fijados por la normativa, pues por la naturaleza de las actividades y las características industriales de explotación, es casi imposible cumplir con los estándares mínimos de calidad. Muchas de las infracciones a las normas de calidad se las realiza a sabiendas del daño que pueden ocasionar a la fauna, flora o los seres humanos que habitan alrededor de los sitios de descargas, por lo que es perfectamente viable que al sobrepasar los límites fijados y causar daños al ambiente y las personas, además de las sanciones administrativas deba existir una sanción penal.

El nivel de las penas será mayor a la mencionada en el artículo anterior si los actos que infrinjan los límites máximos permisibles *ocasionen daños a la salud de las personas o a sus bienes; tengan carácter irreversible; sea parte de actividades desarrolladas clandestinamente por su autor; o, afecten gravemente recursos naturales necesarios para la actividad económica*<sup>132</sup>.

El Art. 437-D.- dispone que “*Si a consecuencia de la actividad contaminante*

---

132 Art. 437-C, Código Penal Ecuatoriano.

*se produce la muerte de una persona, se aplicará la pena prevista para el homicidio intencional, si el hecho no constituye un delito más grave. [...]“En caso de que a consecuencia de la actividad contaminante se produzcan lesiones, impondrá las penas previstas en los artículos 463 a 467 del Código Penal”.* Esto es que la muerte de la persona provocada por la actividad ambiental debe juzgarse de acuerdo al Artículo 460 del Código Penal, que establece “*el que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América*”. En el caso de que el acto ilegal haya ocasionado lesiones, la pena puede depender de la condición en que se haya lesionado físicamente a las personas, que puede ir de quince días hasta por cinco años si se produce incapacidad permanente.

Por su parte, el Art. 437-E.- dispone que “*Se aplicará la pena de uno a tres años de prisión, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites fijados de conformidad con la ley; así como el funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado*”. En este artículo observamos que se tipifica penalmente la responsabilidad de quien estando en la obligación de controlar, no lo hace y más bien, permite que se violen los límites fijados por las normas ambientales. Norma típica a ser utilizada en las denuncias penales en contra de funcionarios del estado encargados de realizar el control ambiental.

El Art. 437-F, se refiere aquellos delitos cometidos contra las especies de fauna y flora, en este artículo se dispone que: “*el que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice, especies de flora o fauna que estén legalmente protegidas, contraviniendo las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, será reprimido con prisión de uno a tres años*”.

El Art. 437-G, por su lado indica que “*El que extraiga especies de flora o fauna acuáticas, protegidas, en épocas, cantidades o zonas vedadas, o utilice procedimientos de pesca o caza prohibidos, será reprimido con prisión de uno a tres años*”.

Los últimos tres artículos se refieren a la protección de los bosques y reservas naturales, tipifica cuáles son las conductas delictivas y las penas correspondientes, por atentar contra el patrimonio forestar y natural.

El Art. 437-H, dispone “*El que destruya, quemé, dañe o tale, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que estén legalmente protegidas, será reprimido con prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave*.”

*La pena será de prisión de dos o cuatro años cuando:*

- a) *Del delito resulte la disminución de aguas naturales, la erosión del suelo o la modificación del régimen climático; o,*
- b) *El delito se cometa en lugares donde existan vertientes que abastezcan de agua a un centro poblado o sistema de irrigación.*

El Art. 437-I, menciona que “*Será sancionado con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituye un hecho más grave, el que sin autorización o sin sujetarse a los procedimientos previstos en las normas aplicables, destine las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo, a convertirse en áreas de expansión urbana, o de extracción o elaboración de materiales de construcción*”.

Por otro lado, el Art. 437-J, dispone que “*Se aplicará la misma pena prevista en el artículo anteriores, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se destine indebidamente las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo a un uso distinto de que legalmente les corresponde; así como al funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado*”.

Finalmente, el Art. 437-K, establece que “*El juez penal podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad competente en materia ambiental*”. Esta última disposición, tiene una trascendencia enorme, por lo que debe dejar de ser letra muerta, para convertirse en el principal elemento de prevención ambiental, y de castigo para quienes de forma dolosa e irresponsable atentan contra el ambiente. No es admisible que mientras se haya ocasionado daños al ambiente y consecuentemente a la salud de las personas, los contaminadores sigan funcionando de forma ininterrumpida. Por lo que los jueces penales tienen la gran responsabilidad y el reto de empezar a tomar medidas realmente eficaces que signifiquen un precedente para que los hechos delictivos en contra del ambiente no se vuelvan a repetir.

Los delitos ambientales se pueden producir por acción u omisión. Se comete un delito por acción *cuando la manifestación de la voluntad produce un resultado, el mismo que se encuentra vinculado a ello, por un nexo causal*<sup>133</sup>. La acción

delictiva en contra del ambiente, por tanto puede estar constituida por un acto físico (arrojar componentes químicos, fuera de los límites permitidos) o formales (autorizar las descargas de agua fuera de los límites permisibles). El cometimiento del delito por omisión son las acciones que estando en la obligación de hacerse, dejan de realizarse por lo cual se provoca quebranto a ley, esto es un delito. Ejemplo de aquello es no inspeccionar un daño ambiental denunciado, no corregir las prácticas de manejo de los desechos, no sancionar o clausurar a los que reiteradamente producen daños al ambiente, etc.

## 2. Las contravenciones ambientales

El Código Penal ecuatoriano también establece un capítulo (Capítulo V) relacionado a las contravenciones ambientales, cuyas disposiciones son las siguientes:

*Art. 607-A.- “Será sancionado con prisión de cinco a siete días, y multa de cuarenta y cuatro a ochenta y ocho dólares de los Estados Unidos de Norte América, todo aquel que”:*

- a) Contamine el aire mediante emanaciones superiores a los límites permitidos de los escapes de los vehículos;*
- b) Acumule basura en la vía pública, en terrenos o en los frentes de las casas o edificios;*
- c) Haga ruido por falta de silenciador de su vehículo o a través de equipos de amplificación a alto volumen que alteren la tranquilidad ciudadana; o,*
- d) Arroje desperdicios o aguas contaminantes, destruya la vegetación de los parques o espacios verdes, en los casos en que tales actos no constituyan delito.*

El juzgamiento de las contravenciones ambientales son de competencia de los intendentes de policía. Aunque no parezca un mecanismo muy adecuado, las contravenciones pueden ser un instrumento muy útil para la sanción de conductas en contra del ambiente o el patrimonio. Como ejemplo a citar podemos mencionar un proceso de contravención ambiental que fuera impuesto en contra de la Cía. PERENCO Ecuador Limited por violación al derecho de la propiedad de un habitante del área de influencia del bloque petrolero donde PERENCO tenía sus instalaciones industriales<sup>134</sup>.

---

134 El 1 de Octubre del año 2005, el Intendente General de Policía de la Provincia de Orellana, dispone que el denunciado, Señor MIGUEL VIVAS, como Representante de la Compañía PERENCO, en su calidad de RELACIONADOR SOCIAL, por haber ordenado el ingreso a predios de propiedad privada, sin la autorización correspondiente de su propietaria, se le condena al

### 3. Los grados de responsabilidad penal en los delitos contra el ambiente

De forma general el código penal establece los grados de responsabilidad para los delitos establecidos en sus disposiciones, estas circunstancias penales por ser parte integrante del corpus juris penal son aplicables al régimen de los delitos ambientales.

Un primer aspecto a tomar en cuenta en relación a la responsabilidad penal es que “*Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia*”<sup>135</sup>. Para que un acto pueda ser considerado delictivo, debe haber sido cometido por propia voluntad, de forma consiente de parte de quien la cometió, pues si el sujeto cometió el delito bajo amenazas de muerte a su propia vida, con engaños, o en defensa propia, esto no crea responsabilidad penal. El desconocimiento de la ley tampoco exime de responsabilidad. Por tanto, un sujeto que arroja aguas, dispersa partículas al aire, o expele sustancias al ambiente por encima de los límites permisibles, no puede argumentar que lo hizo por desconocimiento de la Ley. Tampoco el Juez, podrá valorar dicha excusa para eximirle de responsabilidad.

Existen otras excepciones de responsabilidad penal que si bien no serían aplicables a los delitos ambientales por la naturaleza misma con que se produce la infracción ambiental, son importantes mencionar. Estas excepciones se refieren a: i) quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer; y, ii) Si el acto ha sido cometido por un alienado mental. Adicionalmente el código Penal establece otras excepciones que disminuye la pena, por ejemplo i) cuando se trata de delitos cometidos por ebrios; ii) por enfermos mentales con capacidad de controlarse; iii) cometidos por los sordomudos; y, iv) los cometidos por los menores de dieciocho años.

Los grados de responsabilidad pueden ir desde la autoría, la complicidad y el encubrimiento.

**Son autores** los que han perpetrado la infracción, sea de una manera

---

pago de multa de 4.00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, por contravención de primera clase.

135 Art. 32 del Código Penal Ecuatoriano

directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin<sup>136</sup>.

**Son cómplices** los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos<sup>137</sup>.

Son encubridores los que conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente<sup>2138</sup>. [...] Esta exento de represión el encubrimiento en beneficio del cónyuge del sindicado; o de sus ascendientes, descendientes y hermanos, o de sus afines hasta dentro del segundo grado<sup>139</sup>.

#### 4. Legitimación activa en el derecho penal ambiental

En virtud de que el ambiente es un bien jurídico colectivo protegido por el estado, las acciones establecidas para su protección son de carácter amplio y general. La Constitución de la república dispone la acción popular para ejercer las acciones legales, y acudir a los órganos de justicia para obtener

---

136 Art. 42 del Código Penal Ecuatoriano

137 Art. 43 Ibidem

138 Art. 44 Ibidem

139 Art. 45 Ibidem

de ellos la tutela efectiva en materia ambiental. Por tal razón debe considerarse que nuestro sistema jurídico establece una acción pública general aplicable a todos mecanismos de acceso a la justicia ambiental lo cual no quiere decir que toda persona que interponga una acción penal deba considerarse como víctima y por lo tanto reclamar una determinada indemnización. La acción pública lo que pretende es que cualquier persona sin necesidad de demostrar un interés directo o una afectación pueda incoar acciones a favor del ambiente por ser un derecho que en su dimensión colectiva o difusa puede afectarlo sin que ello implique que se convierta en parte procesal de la acción, pues para ello se necesita ser afectado directo del delito, a menos que sea un hecho de los que por su trascendencia ambiental, pueda afectar a una comunidad indeterminada, como puede suceder con una contaminación toxica de una ciudad o el exterminio de un patrimonio público nacional como un área protegida.

Hay que considerar que los delitos ambientales están categorizados dentro de los delitos de acción pública, es decir aquellos que pueden ser interpuestos o denunciados por cualesquiera persona sea que tenga o no interés en el mismo. Por tal efecto, para interponer acciones penales están legitimadas las siguientes personas:

- Cualquier persona, sea persona natural, jurídica, colectivo, Ong o comunidad, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos
- La víctima concreta del delito
- Las instituciones de control o demás instituciones del estado que hayan tenido conocimiento del delito.

Es importante poder demostrar la calidad de víctima dentro de un proceso penal en virtud de que las víctimas como sujetos procesales les asiste algunas prerrogativas dentro del proceso penal como: intervenir en el procedimiento; ser informado de las resoluciones que finalicen el procedimiento, siempre que lo haya solicitado y sea de domicilio conocido; apelar la desestimación y el sobreseimiento definitivo; así como ser informada sobre sus derechos cuando realiza la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento<sup>140</sup>.

---

140 Artículo 71 del Código Procesal Penal.

## **5. Legitimados pasivos en las acciones penales ambientales**

Todas las personas que participen por acción u omisión en la perpetuación de un delito ambiental, son sujetos pasivos de la acción penal. En este sentido una persona particular puede ser denunciada cuando un acto material suyo haya provocado una lesión al bien jurídico protegido y provocado daños.

También puede ser denunciado el funcionario público en los casos señalados anteriormente, cuando autorice la descarga de efluentes por encima de los límites permitidos, cuando permita la introducción y uso de productos químicos peligrosos prohibidos por la legislación ambiental o cuando incumpla su labor de prevenir el daño ambiental.

## **6. Inicio de la Acción Penal.**

La acción Penal puede iniciarse, por las siguientes causas:

- Por denuncia presentada por el perjudicado, o por cualquier persona, tratándose de acción pública como es el caso de los delitos ambientales, y/o,
- Por iniciativa del Fiscal, que haya conocido del cometimiento de un delito en contra del ambiente.

En la presentación de la denuncia hay que tomar en consideración lo siguiente:

- La denuncia debe presentarse ante el Fiscal competente. Es Fiscal competente, el fiscal del territorio donde se ha cometido la infracción, esto es la sección territorial en la que el fiscal ejerce sus funciones. Sin embargo deben tomarse en cuenta la siguiente consideración: “Cuando el lugar en que se cometió la infracción fuere desconocido, será competente el (fiscal) juez o tribunal en cuyo territorio hubiese sido aprehendido el infractor, a menos que hubiera prevenido el juez de la residencia del imputado. Si posteriormente se descubriera el lugar del delito, todo lo actuado será remitido al juez o tribunal de este último lugar para que prosiga el enjuiciamiento, sin anular lo actuado”.
- Se Puede denunciar tanto a las personas naturales o jurídicas, a las particulares como a las instituciones del estado o a las que actúen por delegación del Estado.

## **7. Requisitos que debe contener una denuncia penal ambiental.**

De conformidad con el Art. 50 del Código de Procedimiento Penal, la denuncia debe contener lo siguiente:

- a. Los nombres y apellidos, la dirección del denunciante y la relación clara y precisa de la infracción, con expresión de lugar y tiempo en que fue cometida. Además, en cuanto fuere posible, se harán constar los siguientes datos:
- b. Los nombres y apellidos de los autores, cómplices, y encubridores, si se los conoce, o su designación; así como los de las personas que presenciaron la infracción, o que pudieran tener conocimiento de ella;
- c. Los nombres y apellidos de las víctimas y la determinación de los daños causados; y, (en el caso de acciones penales por delitos contra la naturaleza la víctima puede ser un espacio determinado de la naturaleza como un bosque, un río, la fauna, etc.)
- d. Todas las demás indicaciones y circunstancias que puedan conducir a la comprobación de la existencia de la infracción y a la identificación de los culpables.
- e. El Juramento expreso de que el denunciante no se encuentra inmerso en la prohibición del Art. 45 del código Penal, esto es que su denuncia no es en contra de sus familiares, dentro de los respectivos grados de afinidad y consaguinidad.
- f. El casillero judicial, electrónico, o lugar en donde se deberá enviar las notificaciones
- g. La firma del denunciante y de ser el caso, la de su abogado patrocinador

La falta de cualquiera de estos datos no significará que el Fiscal rechace la iniciación de proceso. Tampoco se requiere de la firma de un abogado, pues incluso la denuncia puede ser verbal, estando la fiscalía en la obligación de reducirla a escrito, para dejar constancia de ella.

El Fiscal deberá inmediatamente iniciar las investigaciones conducentes a establecer tanto la existencia del delito como la responsabilidad de quien lo cometió. Sin embargo si el fiscal que conoce la denuncia se encuentra dentro de las causales de excusa determinados en el Art. 67 del Código de Procedimiento Penal deberá excusarse de realizar la investigación, caso contrario

podrá ser recusado por el denunciante. Las causas de excusa o recusación son las siguientes:

- *Cuando el sospechoso, el imputado, el acusado, el agraviado, el denunciante, el acusador, o el abogado defensor de cualquiera de ellos sea su cónyuge o conviviente, o tenga con él parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;*
- *Cuando hubiere sido abogado de alguna de las partes;*
- *Cuando tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el juez o con los miembros del tribunal; y,*
- *Cuando esté ligado con cualquiera de las personas mencionadas en el literal a) de este artículo, por intereses económicos o de negocios de cualquier índole<sup>141</sup>.*

## **8. Trámite de la Acción Penal.**

El trámite de la acción penal por delitos ambientales es el mismo que está determinada para los delitos en general, por tanto deben observarse las normas del código de procedimiento penal, publicado mediante Registro Oficial Suplemento # 360 del 13 de enero del 2000, así como las reformas establecidas en el presente año, que fueron publicadas en el Registro Oficial Suplemento # 160, el 29 de marzo del 2010.

Presentada la denuncia, el Fiscal asignado, exigirá al denunciante que la reconozca sin juramento, advirtiéndole sobre las responsabilidades penales y civiles originadas en la presentación de denuncias temerarias o maliciosas. La declaración juramentada y el reconocimiento serán asentados en acta suscrita por el Fiscal y el denunciante. Si este último no supiere o no pudiere firmar, estampará su huella digital y firmará por el un testigo<sup>142</sup>.

### **a. La Indagación Previa.**

Si el Fiscal considera que los hechos que se denuncian deben ser previamente investigados, conforme lo establece el Art. 215 del Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) dará inicio a la Indagación previa, en la cual con la colaboración de la policía judicial que actuará bajo su dirección,

---

141 Art. 67 del Código de Procedimiento Penal reformado

142 Art. 46 y 47 del Código de Procedimiento Penal reformado

investigará los hechos denunciados.

En caso de delitos flagrantes no será necesario el inicio de la Indagación Previa, por lo que el Fiscal deberá proceder inmediatamente a iniciar la Instrucción Fiscal.

En la etapa de indagación previa el Fiscal podrá realizar las siguientes diligencias:

- Declaración de los presuntos responsables
- Declaración del o los denunciados y los testigos que hubieren
- Reconocimiento del lugar de los hechos, en presencia de peritos acreditados y de la Policía Judicial
- Recopilación de información que sobre el delito ambiental tengan las instituciones del Estado encargadas del control ambiental (ministerio de minas y petróleo, Ministerio de Ambiente, Contraloría General del Estado, Gobiernos Provinciales y Municipales, etc.)
- Disponer que la Policía Judicial recoja, custodie y preserve los objetos, documentos e instrumentos que puedan servir para asegurar las pruebas del delito y la identidad de sus autores; y cuide que tales señales no se alteren, borren u oculten. De ser posible y necesario, realizará u ordenará que se realice el levantamiento de un croquis del lugar donde se cometió el delito y que se obtengan fotografías, grabaciones u otras pericias criminalísticas.
- Las demás diligencias que considere pertinente

Si durante la indagación previa tuvieren que adoptarse medidas para las cuales se requiera de autorización judicial, como por ejemplo realizar allanamiento a la empresa causante del delito, obtener pruebas personales u otras que requieran de autorización judicial, el Fiscal deberá previamente obtenerla<sup>143</sup>. Para cuyo efecto deberá solicitar fundamentadamente al Juez correspondiente, la practica de dichas diligencias. En los delitos ambientales es característico que cierta prueba del delito, aun después del cometimiento del mismo, siga en manos del autor del delito o dentro del territorio bajo su dominio, como sucede en los delitos ambientales al interior de fábricas o dentro de los campos, estaciones o plataformas petroleras o en las áreas mineras concesionadas a terceros.

En los delitos ambientales la indagación previa no podrá prolongarse por más de un año, por ser delitos sancionados con pena de prisión, salvo

---

143 Art. 215 Inc. Segundo del Código de Procedimiento Penal reformado

que por dicho siniestro se ocasione la muerte de una persona, en cuyo caso se podrá prolongar la Indagación Previa hasta por dos años, pues la muerte de la persona eleva el rango de castigo de prisión a reclusión. Estos plazos se contarán desde la fecha en la cual el Fiscal tuvo conocimiento del hecho.

Transcurrido el plazo para el cierre de la indagación previa, el fiscal hará conocer al juez de garantías penales, quien verificará las exigencias legales y de ser el caso declarará la extinción de la acción y dispondrá el archivo definitivo del caso, calificando si la denuncia es maliciosa o temeraria<sup>144</sup>.

Sin embargo, si llegaren a poder del Fiscal elementos que le permitan imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, iniciará la instrucción aunque el plazo hubiere fenecido, siempre que la acción penal no hubiere prescrito según las reglas generales<sup>145</sup>.

La información que se maneje en esta etapa será reservada, salvo el derecho del denunciante y acusado de tener acceso a ella.

## **b. La Instrucción Fiscal.**

El Fiscal resolverá en cuanto considere que existen fundamentos suficientes para imputar a una persona participación en un hecho delictivo o por tratarse de un delito flagrante enviará a la sala de sorteos la petición al juez de garantías penales, a fin de que señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos. Posterior a la audiencia el Juez podrá decidir el inicio de la instrucción

La audiencia para decidir sobre la instrucción Fiscal debe realizarse dentro de las 24 horas de haberse notificado la culminación del plazo para la Indagación Previa o de haberse detenido a la persona en delito flagrante.

La Etapa de la Instrucción Fiscal concluirá dentro del plazo máximo de 90 días, improrrogables, a partir de la fecha de notificación al imputado o, de ser el caso, al defensor público o al defensor de oficio designado por el Juez. *Si el Fiscal no declara concluida la instrucción una vez vencido el plazo señalado, el Juez deberá declararla concluida. No tendrá valor alguno las diligencias practicadas después del plazo*<sup>146</sup>.

---

144 Archivo Provisional y Definitivo, reformas al código de procedimiento penal, publicada en el Registro Oficial Suplemento # 160, el 29 de marzo del 2010

145 Art. 214 Inc. Cuarto del Código de Procedimiento Penal reformado

146 Art. 223 Código de Procedimiento Penal reformado

Concluida la instrucción en el plazo establecido en la Ley o en el convenio en la audiencia de formulación de cargos, el fiscal solicitará al juez de garantías penales que interviene en el proceso, que dentro de veinticuatro horas, señale día y hora con el fin de que se lleve a efecto la audiencia en la que el fiscal sustentará y presentará su dictamen, la misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes a la petición.

Cuando el fiscal estime que los resultados de la investigación proporcionan datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permita deducir que el procesado es autor o partícipe de la infracción, debe emitir dictamen acusatorio y requerir al juez de garantías penales que dicte auto de llamamiento a juicio. Caso contrario se abstendrá de acusar.

### **c. La Etapa Intermedia.**

Esta Etapa tiene como finalidad conocer sobre los vicios formales del proceso, resolver las cuestiones sobre prejudicialidad, procedibilidad, competencia, etc. sobre las pruebas que serán presentadas en juicio.

Una vez que el Juez escucha las alegaciones de las partes, deberá decidir si llama a juicio al acusado o dicta el sobreseimiento.

Si decir llamar a juicio al acusado, deberá remitir el proceso a uno de los Tribunales Penales para que procedan al juzgamiento.

Si encuentra que las pruebas presentadas en la Audiencia no constituyen merito para juicio, el Juez deberá dictar Auto de sobreseimiento, el mismo que puede ser: Provisional del imputado y del proceso; Definitivo del imputado y Provisional del proceso; o, definitivo del proceso y del imputado.

Si es sobreseimiento definitivo, el presunto responsable, se liberará de toda responsabilidad penal, por el delito que fue denunciado pero no probado. En el caso de los sobreseimientos provisionales, la ley establece una vigencia de 5 años en casos de sobreseimiento del proceso y de 3 años para el sobreseimiento del procesado para que de existir nuevos elementos que responsabilicen al sobreseído, se vuelva a reabrir la causa. Si se hubieran cumplido estos plazos y no se hubiere formulado una nueva acusación, el juez de garantías penales dictará auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del procesado, a petición de parte o de oficio.

### **d. Etapa de Juicio.**

Esta etapa tiene tres propósitos: i) probar la existencia del delito; ii) pro-

bar la culpabilidad del infractor; y, iii) establecer la pena correspondiente.

Esta es la Etapa en donde se juzga la conducta de los acusados, en esta etapa el Tribunal Penal, debe escuchar a cada una de las partes, absolver cada una de las pruebas solicitadas y practicar diligencias que las partes soliciten para demostrar la culpabilidad o inocencia del acusado o para establecer el grado de responsabilidad por el delito cometido.

El tribunal, una vez practicada todas las pruebas en la Audiencia, deberá dictar una Sentencia, la misma que deberá contener: i) La mención del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta; el nombre y, apellido del acusado y los demás datos que sirvan para identificarlo; ii) La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado que el tribunal estime probados; iii) La decisión de los jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho; iv) La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas; v) La condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción; y, vi) La firma de los jueces.

Si el Tribunal encuentra que el acusado es responsable del delito ambiental, deberá imponerle alguna de las penas que señala el capítulo X-A, del Código Penal, desde el artículo 437A al 437K, dependiendo el nivel de infracción y los agravantes o atenuantes que se presenten. Además de la sanción penal, el Tribunal debe condenar al responsable al pago de los daños y perjuicios ocasionados, en donde se debe tomar en cuenta a todos los afectados, no sólo a quienes se presenten como acusadores particulares o denunciantes.

## 9. Medidas cautelares penales.

El Art. 437-K, del código penal establece que *“El juez penal podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad competente en materia ambiental”*<sup>147</sup>.

Esta disposición, debe convertirse en el principal elemento de prevención ambiental, y de sanción para aquellas personas que de forma dolosa o irresponsable atentan contra el ambiente. No es admisible que mientras se haya ocasionado daños al ambiente y consecuentemente, a la salud de

---

147 Art. 437-K. código penal ecuatoriano.

las personas, los contaminadores sigan funcionando de forma inalterable. Por lo tanto, los jueces penales, tienen la obligación, responsabilidad y el gran reto de empezar a tomar medidas realmente eficaces que signifiquen un antecedente para que los hechos delictivos en contra del ambiente no se vuelvan a repetir.

En el caso penal identificamos dos tipos de medidas cautelares concretas: i) suspensión inmediata de la actividad contaminante; y, ii) clausura definitiva o temporal del establecimiento. Pudieran existir otras medidas cautelares para prevenir la perpetuación del daño, sin embargo en base al principio de tipicidad y legalidad que le caracteriza al derecho penal, en este caso no podría extenderse otras medidas cautelares. Esto sin perjuicio que la autoridad ambiental administrativa ordene otras medidas de conformidad con el último inciso del Art. 437K, lo cual nos demuestra que el campo de aplicación de medidas cautelares para protección del ambiente es amplio, solo es cuestión de la decisión política de los jueces y autoridades administrativa de aplicarla en cada caso concreto.

## SECCIÓN VI

### Acciones ante el Sistema Internacional de Justicia y Derechos Humanos

El sistema internacional de justicia y de derechos humanos ofrece cada vez, más oportunidades para las víctimas de encontrar justicia ambiental cuando dentro de las respectivas jurisdicciones estatales no se ha tutelado de forma oportuna y eficaz el derecho al ambiente sano.

Si bien dentro del sistema internacional no existen instrumentos y organismos internacionales que resuelvan litigios por afectaciones ambientales<sup>148</sup>, o vale decir por violación al derecho a un ambiente sano, es evidente que la existencia del derecho internacional de los derechos humanos y el deber de todos los Estados de respetarlos, promoverlos, protegerlos y cumplirlos impone una obligación a los estados de proteger a sus ciudadanos de todas las acciones que puedan ocasionar la vulneración de alguno de los derechos bajo su tutela.

El Ecuador basa gran parte de su protección a los derechos humanos y ambientales en las normas y directrices que se generan en el campo del derecho internacional. La propia constitución de la república establece que: Son deberes primordiales del Estado: *Num. 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes, (Art. 3).* Dicha disposición conlleva la obligación del estado ecuatoriano de someterse a las disposiciones de los instrumentos internacionales, que dicho sea de paso no debe entenderse simplemente como los Tratados Internacionales sino todo el conjunto de obligaciones internacionales asumidas en las normas de carácter vinculante así como las normas de derecho blando, conforme la interpretación que se ha dado a la

---

148 La mayor parte de las Declaraciones y Convenciones de derechos humanos de carácter universal y regional tampoco reconocen de forma expresa y directa el derecho a un ambiente sano, solamente el Protocolo de San Salvador de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Carta Africana ha reconocido dicho derecho.

## Convención de Viena del derecho de los Tratados.

En el tema ambiental, el Ecuador ha ratificado casi todas las Convenciones y Tratados Internacionales que se refieren a protección ambiental<sup>149</sup>, y porque no decir lo mismo de los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo tanto está obligado a establecer los mecanismos necesarios para alcanzar los fines y propósitos de dichos instrumentos internacionales so pena de que por su incumplimiento, los ciudadanos ejerzan las acciones litigiosas previstos en los mismos. Algunos de estos instrumentos Internacionales que contienen disposiciones concretas sobre ambiente son:

### Normas de derecho blando:

- Conferencia Internacional de la Biosfera (Paris 1968);
- Reunión de la Organización de las Naciones Unidas que en 1972 celebró en Estocolmo la Conferencia sobre el Medio Humano en la que se adoptó el derecho a gozar de un ambiente sano así como el uso del concepto de Ecodesarrollo. Se destaca en esta Conferencia la creación del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Declaración sobre el Medio Humano.
- Estrategia Mundial para la Conservación adoptada en 1980 como una Declaración de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza que enriqueció el marco teórico de la conservación con los conceptos de desarrollo sostenible o sustentable y el de participación social y;
- Carta de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 37-7 de 28 de octubre de 1982. Es un documento complementario a la Declaración de Estocolmo;
- Informe Brundtland adoptado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo creada por las Naciones Unidas en 1983. Los resultados y las propuestas de esta Comisión se reflejaron en el Informe denominado Nuestro Futuro Común de marzo de 1987. Este informe reconoció el derecho humano fundamental al medio ambiente<sup>22</sup>.
- Acta de Caracas de 18 de mayo de 1991 emitida por el Acuerdo de Cartagena que en el capítulo No. 8 “reafirma que la dimensión ambiental es parte integral de los procesos de desarrollo.....”
- Reunión de Río de Janeiro, Brasil realizada en Junio de 1992 en la que

---

149 A excepción del Convenio sobre la Protección del Mar CONVEMAR

se perfila la necesidad de un nuevo orden internacional en el campo ambiental y de una amplia participación de la sociedad civil.

Normas vinculantes:

- *Convenio sobre Diversidad Biológica*, que reconoce que tanto la diversidad biológica como los recursos biológicos deben conservarse por razones éticas, establece líneas generales de cumplimiento para los estados partes ante el efecto ambiental para evitar que las futuras generaciones puedan lamentar la pérdida de la biodiversidad.
- *Convención Marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático*, establece como meta provisional, reducir las emisiones de gases con efecto invernadero, del año 1990 para el año 2000
- *Protocolo de Kyoto*, de la Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre Cambio Climático.
- *Convenio para combatir la Desertificación*, para prevenir la tala indiscriminada de árboles, fomenta la reforestación, promueve el uso sustentable de los recursos
- *Convención sobre el comercio ilegal de especies de flora y fauna en peligro de extinción (CITES)*
- *Decisión 391*, regula el acceso de los países andinos a la biodiversidad
- *Convenio 169 de la OIT*, sobre los derechos de los pueblos indígenas en el marco del desarrollo
- *Protocolo de Cartagena*, regula el movimiento transfronterizos de organismo genéticamente modificados OGM y es el primer tratado internacional que propone una regulación sobre los riesgos que implican los organismos transgénicos.
- *Convenio Ramsar*, Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitats de Aves Acuáticas.
- *El Protocolo de Montreal*, sobre la minimización de las sustancias químicas agotadoras de la capa de Ozono;
- *Convenio de Basilea*, sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación;
- *Convenio de Róterdam*, sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos peligrosos objeto de comercio internacional;
- *Convenio de Estocolmo* sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes; proteger a la salud humana y al medio ambiente frente a estos contaminantes
- *Convenio 16 de la OIT*, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales.

Gracias al reconocimiento expreso que hacen todos los Estados al decidir pertenecer a las Naciones Unidas así como a la costumbre sistemática y reiterada por parte de los Estados respecto de la vinculación de ciertas obligaciones, los derechos reconocidos en el concierto internacional toman una connotación política y jurídica de tal relevancia que no escapará a ningún Estado su obligación de tutelar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales y que hayan sido ratificados según sus normas internas.

Este reconocimiento conlleva a que “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público sea el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”<sup>150</sup>. El deber estatal consiste entonces, en dar efectividad a los derechos reconocidos; lo cual implica el garantizar que ninguna persona sometida a la jurisdicción del Estado se vea privada de los elementos que los instrumentos respectivos reconocen como esenciales para la dignidad humana (vida, salud, ambiente sano, vivienda, etc.) para lo cual deberá velar por su disponibilidad, calidad, accesibilidad.<sup>151</sup> Esto implica la determinación de límites al ejercicio del poder, tanto en sus acciones como en sus omisiones, ya que los elementos referidos no sólo no deben ser vulnerados, sino que deben procurarse; por ello, tales metas deben ser el objetivo último de toda actividad estatal. Por lo tanto, el Estado deberá: “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público” para cumplir con su obligación.<sup>152</sup>

Esto conlleva, en primer lugar, la obligación de organizar su aparato institucional para que a través de las políticas públicas se manifieste la búsqueda de la satisfacción de los derechos. La obligación de cumplir consiste en el deber de: “adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho” en cuestión. A su vez, ésta se subdivide en tres conductas: facilitar, proporcionar y promover. La obligación de facilitar exige a los Estados que adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y comu-

---

150 Corte IDH, Casos Baena Ricardo y otros, Competencia, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C, No. 104, párr. 78; Instituto de Reeduación del Menor, Sentencia 2 de septiembre de 2004, Serie C, No. 112, párr. 23; Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, No.

114, párr. 130; y Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C, No 129, párr. 92.

151 véase, por ejemplo, las Observaciones Generales No. 12 –párr. 8–, 13 –párr. 6–, 14 –párr. 12– y 15 –párr. 12– del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

152 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 166.

nidades a disfrutar los derechos, fortaleciendo: “el acceso y la utilización, por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida”. La obligación de proporcionar implica que, cuando un individuo o grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar del derecho por los medios a su alcance, el Estado haga efectivo el derecho directamente. Finalmente, la obligación de promover requiere de los Estados que, en caso de ser necesario, emprendan actividades para fomentar y mejorar el adecuado goce y ejercicio de los derechos.

Para que el estado cumpla con su deber de tutelar derechos debe contar con estructuras estatales políticas y técnicas especializadas vinculadas con el derecho y la justicia, con un sistema de operadores del derecho ambiental y daños ambientales especializados capaces de garantizar la aplicación de la norma y el establecimiento de responsabilidades. La ausencia de estas características debilita la conceptualización de integridad, transversalidad y oportunidad de los derechos a que estén obligados los Estados.

A nivel internacional se trasciende del conflicto ambiental como problema ecológico al de connotación sistémica de los conflictos del desarrollo, pues muchos de los casos llevados a instancias internacionales tiene que ver con la acción del propio estado que se convierte en protector de las inversiones privadas causante en muchas ocasiones de las afectaciones a los derechos. En gran parte, estas circunstancias se presentan porque, en aras del desarrollo, muchos Estados no evalúan adecuadamente el impacto ambiental que los proyectos de infraestructura, industriales o mineros tienen sobre las personas y su entorno. Esta situación permite que su implementación afecte gravemente la vida, la integridad física y la salud de la población, causando en el corto, mediano y largo plazo, graves consecuencias en el desarrollo sustentable de los países. En particular, las víctimas de esta situación están conformadas por grupos que en ocasiones requieren medidas de protección especial, como las comunidades indígenas, afro-descendientes, los niños y niñas, las mujeres y las poblaciones rurales y urbanas pobres, empeorando sus ya deterioradas condiciones de vida<sup>153</sup>.

Frente a estas circunstancias, el sistema internacional presenta mecanismos para que las víctimas de la violación de sus derechos que no han sido tutelados por sus respectivos estados o los propios estados, cuyos ciudada-

---

153 Guía de Defensa Ambiental: Construyendo la Estrategia para el Litigio de Casos ante el Sistema Interamericano, México, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, AIDA, 2008. Introducción.

nos hayan sido víctimas de afectaciones por contaminación ambiental proveniente de otro estado, puedan interponer acciones con el propósito de que se reconozcan sus derechos, se reparen los daños causados y se sancione a los responsables de dichas violaciones.

En este contexto analizaremos a groso modo las acciones que se podrían proponer ante las instancias internacionales reconocidas por el sistema universal, como competentes para conocer, de forma directa o indirecta, casos por afectaciones o vulneraciones del derecho al ambiente sano.

## **I. Acciones ante el Sistema Internacional de derechos humanos**

### **1. Acciones para la protección ambiental ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, es un organismos de la Organización de Estado Americanos (en adelante OEA) que provee de recursos a los ciudadanos del continente americano que han sufrido violaciones a sus derechos por parte de los estados y que no han podido encontrar justicia en sus propios países. El sistema Interamericano basa su competencia y funcionamiento en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta Constitutiva de la OEA, también denominada Carta de Bogotá, adoptada en 1948, la Convención Americana de los Derechos del Hombre de 1978, y para el caso de la resolución de temas vinculados con el ambiente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Protocolo de San Salvador). Esto no impide que la Comisión Interamericana o la Corte puedan utilizar como mecanismos de interpretación otros instrumentos internacionales del sistema internacional de derechos humanos o del propio derecho ambiental, pues tal como los ha sostenido la Corte en la caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005:

*El corpus juris del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolu-*

*ción de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.*

Esta reflexión de la Corte nos indica que algunos de los principales instrumentos internacionales de Naciones Unidas –tanto tratados como resoluciones y recomendaciones emanadas de organismos internacionales–, pueden servir como fuente para la argumentación y documentación de casos. En el tema ambiental, los instrumentos que podrían ser utilizados para este propósito podrían ser:

- Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992).
- Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1989.
- Declaración de Estocolmo o Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (1972).
- Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).
- Declaración de Principios Jurídicamente no Vinculantes de la CNUMAD para un Consenso Mundial sobre el Manejo, Conservación y Desarrollo Sostenible de Todos los Tipos de Bosques (ONU 1992).
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992).
- Agenda 21: Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible. Declaración de Río sobre Desarrollo y Medio Ambiente. Declaración de Principios. Texto Final del Acuerdo firmado por los gobiernos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Junio 1992, Río de Janeiro, Brasil.
- Resolución (k) sobre “El Desastre Humano y Ecológico en la Región de Pastaza en Ecuador”.
- Resolución sobre el Bosque Tropical del Consejo Europeo (Mayo 29, 1990).
- Informe de la Comisión Europea sobre “Problemas del Medioambiente en la Región Amazónica”,
- Medidas para proteger la Ecología en los Bosques Tropicales” (Octubre, 1990).

El Sistema Interamericano se compone de dos instancias para garantizar la protección de los derechos reconocidos en la Convención Americana y los tratados que la complementan, estas son: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana).

La CIDH, ubicada en Washington, DC, evalúa las peticiones presentadas por violaciones de derechos humanos e investiga y presenta informes

acerca de la situación de los derechos humanos en los países miembros de la OEA.<sup>151</sup> La CIDH está conformada por siete miembros, elegidos a partir de ternas presentadas por los gobiernos, que ejercen su labor a título personal, sin representar al país del que son nacionales.

La Corte Interamericana, ubicada en San José de Costa Rica es una institución judicial autónoma, con funciones jurisdiccional y consultiva, principalmente, conformada también por siete jueces, que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana. Para que un caso pueda ser tratado ante la Corte, los Estados deben haber aceptado expresamente su jurisdicción tanto a la Corte como a la Convención Americana; hasta el momento, 22 de los 35 Estados miembros de la OEA han hecho este reconocimiento.<sup>154</sup>

Si bien la jurisprudencia emanada de estos órganos está ampliamente desarrollada en la protección de derechos civiles y políticos, sin embargo para casos relacionados con degradación ambiental no cuenta con el mismo desarrollo, lo puede ser una limitación al momento de interponer acciones pero al mismo tiempo puede ser un gran potencial, pues al no haber mucho desarrollo de este campo en la jurisprudencia Interamericana, tal vez la interposición de casos promueve dicho desarrollo.

El derecho al ambiente sano, si bien está reconocido en la doctrina e instrumentos internacionales como un derecho humano, todavía no ha sido desarrollado en la práctica de manera amplia. La mayoría de las causas y medios de reclamación han sido enfocados desde una óptica activista y política muy importante, pero no ha encontrado espacio amplio propiamente en la documentación de casos concretos ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.<sup>155</sup>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no reconoce de

---

154 Los países que han aceptado la jurisdicción de la Corte son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. En: [http://www.corteidh.or.cr/denuncias\\_consultas.cfm](http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm). Última visita agosto 20 de 2010. Los países que han ratificado la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. En: [http://www.corteidh.or.cr/denuncias\\_consultas.cfm](http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm). Última visita agosto 20 de 2010.

155 Guía de Defensa Ambiental: Construyendo la Estrategia para el Litigio de Casos ante el Sistema Interamericano, México, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, AIDA, 2008. Pág. 47

manera específica el derecho al ambiente sano, sino mediante una interpretación integral del artículo 26 que convoca al deber de los Estados Parte de ese tratado de respetar los derechos económicos, sociales y culturales. La principal referencia convencional al medio ambiente como derecho humano en las Américas se ubica en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, en donde dicho derecho a pesar de ser reconocido no es un derecho litigable ante el Sistema Interamericano. Por lo tanto de los casos conocidos por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos evidencia que no se han resuelto casos específicos sobre violaciones al medio ambiente.

Sin embargo, deben accionarse peticiones con planteamientos alternativos donde pueden ubicarse situaciones que involucran, aunque sea tangencialmente, violaciones a este derecho como sucede con la protección del ambiente para otros colectivos vulnerables —que en muchas ocasiones padecen contaminación con pesticidas, implementación inadecuada de proyectos de infraestructura, mal manejo y disposición de residuos (domiciliarios y peligrosos), contaminación del aire en las ciudades, mala calidad y poca disponibilidad del agua, falta de control de las industrias o su establecimiento en zonas pobres o comunidades vulnerables, por mencionar algunas de las problemáticas que se presentan repetidamente en el hemisferio—, requieren un avance jurisprudencial que fije estándares claros de protección en la región por parte de los órganos de protección del Sistema Interamericano.

Así tenemos por ejemplo, que dentro del informe de admisibilidad en el caso de la *Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros contra el Perú*<sup>156</sup>, la afectación acusada se relaciona con la actividad de la minería; concretamente, los efectos que sufren los miembros de esa comunidad ocasionados por la contaminación ambiental producida por la permanencia de una cancha de residuos tóxicos aledaña a la Comunidad. La Comisión adoptó medidas cautelares para la protección de la vida e integridad de los miembros de esa comunidad.

Las medidas fueron adoptadas en razón de la contaminación ambiental que había generado una crisis de salud pública en la comunidad de San Mateo de Huanchor por el riesgo asociado a la exposición a los metales contenidos en los relaves y por la exposición a residuos de plomo y otros minerales, lo que amenaza con daños irreparables en las aptitudes neurológi-

---

156 CIDH, Caso Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus Miembros c. Perú, Informe No. 69/04, Petición 504/03, Admisibilidad, 15 de octubre de 2004.

cas y en el desarrollo psicológico de la comunidad.

Igual situación se constata en el *Caso de La Oroya* (Perú), típico caso de afectaciones a los derechos humanos por degradación ambiental, en particular por la contaminación del aire derivada de la falta de control de un complejo metalúrgico que opera en la ciudad, el cual emite tales cantidades de contaminantes que ha generado un problema no sólo ambiental sino de salud pública severo.

No obstante estas premisas, el mayor desarrollo jurisprudencial del Sistema Interamericano en temas del ambiente, han sido en su mayoría los casos relacionados con daños ambientales que tienen que ver con comunidades indígenas y la defensa de sus derechos y territorios. Así por ejemplo, la Corte respecto de la violación del derecho a la vida de miembros del pueblo yakye axa, establece el vínculo entre los derechos del ambiente y los derechos humanos al expresar que una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan, en donde desde luego están los daños ambientales.

En definitiva, cuando los Estados desconocen la obligación de proteger y garantizar efectivamente los derechos humanos, su incumplimiento genera responsabilidad internacional y, en consecuencia, el deber de reparar el daño causado.

En estos casos, cuando se evidencia que los sistemas nacionales de justicia no son efectivos para corregir las violaciones, las personas pueden acceder al sistema interamericano para la protección de sus derechos reconocidos en la Convención.

Si bien los Estados están obligados a proteger todos los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que hayan ratificado, la exigibilidad de algunos –como los derechos civiles y políticos– es directa, mientras que los derechos económicos sociales y culturales, deben hacerse exigibles por medio de su vinculación con derechos de exigibilidad directa. El derecho al ambiente sano es uno de los que debe exigirse de forma indirecta,<sup>157</sup> buscando la vinculación de violaciones con otros derechos directamente exi-

---

157 Guía de Defensa Ambiental: Construyendo la Estrategia para el Litigio de Casos ante el Sistema Interamericano, México, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, AIDA, 2008. Pág. 46.

gibles, como el derecho de tutela efectiva, derecho a la propiedad (individual o colectiva), el derecho al debido proceso, el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y demás derechos exigibles reconocidos en la Convención y el Protocolo de San Salvador.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) tiene diversas posibilidades para ser activado, esto depende esencialmente de dos factores: i) que el Estado haya ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos; y, ii) que el Estado haya reconocido la jurisdicción de los órganos del sistema (Corte y Comisión Interamericana).<sup>158</sup> Si existen estas condiciones para acceder al sistema interamericano debe recurrirse en primer lugar a la CIDH, por medio de la presentación de peticiones individuales o comunicaciones de los Estados. En casos de gravedad y urgencia, puede recurrirse también a la Comisión, mediante la solicitud de medidas cautelares.

Adicionalmente, para temas especiales de violaciones de derechos humanos en algún Estado o incluso temáticas regionales, es posible solicitar a la Comisión la realización de audiencias especiales, visitas in-loco e informes especiales. Finalmente, la Comisión prepara anualmente un informe para la Asamblea General de la OEA, que evalúa la situación regional de los derechos humanos, dentro de la cual hace referencia a situaciones generales e individuales.

## **2. Legitimado activo para presentar acciones ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

La legitimación procesal en el sistema interamericano es muy amplia. Las denuncias pueden ser efectuadas por las víctimas, sus representantes, cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida legalmente en por lo menos, uno de los Estados Miembros de la OEA. Esta legitimación amplia genera la distinción entre la calidad de víctima y peticionario. Para interponer una denuncia no es necesario tener la autorización de la víctima o sus familiares<sup>159</sup>.

El Art. 44 de la Convención señala que “Cualquier persona o grupo

---

158 Ecuador ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 28 de diciembre de 1977 y aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 24 de julio de 1984.

159 Pinto, Mónica, “La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 1993

de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”. Quien presenta la petición se llama peticionario y quien ha sufrido o está sufriendo la violación de los derechos humanos es la presunta víctima<sup>160</sup>, pudiendo concurrir la calidad de ambos en una sola persona, si ésta presenta la petición de forma directa. Las peticiones podrán también ser iniciadas de oficio por la Comisión, en caso que considere que se reúnen los requisitos para tal fin.<sup>161</sup>

Los Estados pueden también presentar quejas por la violación de derechos humanos por parte de otros Estados. Estas quejas se denominan “comunicaciones” y proceden únicamente si el Estado contra el cual se interpone la queja ha reconocido específicamente la jurisdicción de la Comisión para este tipo de comunicaciones<sup>162</sup>. El Ecuador reconoció tal jurisdicción el 13 de agosto de 1984.

En definitiva, una petición ante la Comisión puede ser presentada por:

- Cualquier persona, natural o jurídica, grupo, comunidad, Ong
- La víctima de la violación del derecho
- Los Estados entre sí

### **3. Legitimación pasiva en las acciones ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

Sólo los Estados miembros de la OEA que hayan ratificado la Convención Americana y la jurisdicción de la Corte podrán ser demandados ante el Sistema Interamericano. De esta manera, las personas particulares o las empresas u organizaciones privadas no pueden ser demandadas ante el sistema interamericano.

En vista de que este es un Sistema supranacional, debe tenerse en cuenta que es un sistema subsidiario de protección de derechos que actúa cuando el estado es incapaz de garantizar los mismos en su sistema nacional sea por

---

160 Sólo pueden ser víctimas los seres humanos de manera que una persona jurídica tal como una empresa, organización o una ONG, no puede ser víctima ante este sistema, aunque sí sus miembros, si se han violado sus derechos. En definitiva, la víctima tiene que ser identificable. Por lo tanto, no es viable presentar peticiones individuales a nombre de grupos de personas difusos o de manera abstracta

161 Art. 24, Reglamento de la CIDH.

162 Art. 45 Convención Americana.

debilidad en sus instituciones políticas y judiciales o porque los intereses creados en torno a los poderes fácticos impiden tal protección, como en los casos de ingobernabilidad manifiesta, dictaduras o estados de facto.

Se demanda a los estados porque son estos los que violan los derechos humanos o porque desconocen las repercusiones que otros individuos o empresas tienen para el goce y ejercicio de los mismos, especialmente cuando se habla de afectaciones al ambiente, en donde resultan de particular importancia no sólo las conductas de agentes estatales sino, fundamentalmente, las de sujetos privados –como las empresas, cuya actividad es susceptible de poner en riesgo el medio ambiente–. Esto significa que, aún cuando la situación que se pretenda enjuiciar haya tenido origen en la conducta de sujetos particulares, para que el caso proceda internacionalmente es necesario imputar los resultados de esa conducta al Estado, sea por incumplimiento de obligaciones negativas –es decir, las de abstenerse de autorizar a sujetos privados a realizar conductas que atenten contra el medio ambiente–, sea por incumplimiento de obligaciones positivas –es decir, las de controlar la actividad de sujetos privados.<sup>163</sup>

#### **4. Las peticiones individuales: Requisitos para Presentación y Admisibilidad**

El trámite de las peticiones individuales está regulado en la Convención Americana y en los Estatutos y Reglamentos de la CIDH y de la Corte. En el presente estudio se expondrán los requisitos formales para la presentación de la petición, así como los de fondo para que la misma sea admitida por la Comisión.

##### **a. Requisitos formales**

El Reglamento y la Convención establecen algunos requisitos formales para la presentación de las peticiones. Las peticiones conforme a los artículos 44 a 47 de la Convención y artículo 28 del reglamento de la CIDH deberán contener:

- Los datos personales de los denunciantes o peticionarios.

---

163 Guía de Defensa Ambiental: Construyendo la Estrategia para el Litigio de Casos ante el Sistema Interamericano, México, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, AIDA, 2008. Pág. 70

- Una relación de los hechos. o situación denunciada, con especificación del lugar y fecha de las violaciones alegadas;
- Para que una petición individual sea admitida ante la Comisión, deberán exponerse claramente los hechos denunciados, los cuales deberán poder caracterizarse como violatorios de un derecho humano reconocido en la Convención. Sin esta descripción “La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación [...] cuando b. no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención”;(Art. 46 de la Convención). Es importante aclarar que los hechos denunciados deberán haber ocurrido con posterioridad a que el tratado que reconoce el derecho en cuestión haya entrado en vigencia para el Estado denunciado, de lo contrario no es oponible dicha obligación a menos que el Estado reconozca la jurisdicción para el caso particular, lo cual es muy poco probable que ocurra.
- Identificar el Estado que haya violado los derechos tanto por acción como por omisión. Es conveniente, pero no necesario, establecer cuáles han sido los derechos violados.
- Una referencia al agotamiento de los recursos internos.

## b. Requisitos sustanciales o de fondo

Los requisitos sustanciales son:

- El *agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna*<sup>164</sup> o la aplicabilidad de una de las causales de excepciones para su aplicación (Art. 46.1.a 46.2 de la convención). Los recursos que deben agotar los peticionarios son los que estén disponibles y sean efectivos. Si el ejercicio del recurso interno está concebido de una manera tal que prácticamente no está disponible para la víctima, ciertamente no existe la obligación de agotarlo, por más efectivo que en teoría el recurso pudiera ser para remediar la situación jurídica alegadamente infringida. La Corte Interamericana ha establecido que cuando, por razones de hecho o de derecho, no estén disponibles recursos internos, los peticionarios están eximidos de la obligación del agotamiento

---

164 Mayor información consultar en: Corte I.D.H., Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990.

to de los mismos. El sistema jurídico del Ecuador prevé tres tipos de acciones que tienden a proteger los derechos ambientales. El primero de ellos corresponde a las acciones de carácter administrativa mediante las cuales al amparo de las leyes sectoriales (hidrocarburos, minería, agua, forestal), se solicita a las autoridades de control ambiental realicen las acciones para proteger el ambiente o reparar el daño ambiental. La segunda opción es la vía judicial, que tiene como finalidad la reparación de daños y perjuicios en contra del operador de la actividad. La tercera opción es la Acción Constitucional de Protección (anteriormente conocido como Amparo Constitucional) mediante la cual de forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias del un acto u omisión que viole el derecho ambiental reconocido en la Constitución o en un instrumento internacional vigente. La regla del agotamiento de los recursos internos tiene previstas tres excepciones en el artículo 46 de la Convención: i) la inexistencia del debido proceso legal, ii) la falta de acceso a los recursos disponibles o la imposibilidad de agotar los recursos disponibles, y iii) el retardo injustificado en la decisión judicial. Adicionalmente, por jurisprudencia se han incorporado otras dos excepciones: primero, cuando un individuo requiera de asistencia legal para defender su derecho y por su indigencia no pueda acceder a ésta, y el Estado no le brinde ayuda para ello; y segundo, cuando exista un temor generalizado en los abogados de prestar la asistencia legal necesaria, haciendo en la práctica imposible el acceso a la asistencia. Esta última situación se relaciona particularmente con situaciones bajo regímenes dictatoriales y de violaciones masivas de derechos humanos.

- Que *no haya caducado el plazo de seis meses* para la presentación de la denuncia previsto en la Convención (Art. 46.1 .b). Los seis meses para la presentación se cuentan desde que el presunto lesionado haya sido notificado de la decisión definitiva.
- Que *no haya duplicidad de procedimientos* con otro procedimiento de arreglo internacional o gubernamental cuyas decisiones tengan el mismo carácter que las decisiones de la Comisión o con una petición pendiente o ya examinada y resuelta por la Comisión.

### c. Tramite de petición y conocimiento de la Corte

Presentada la petición, la corte la examinará y dispondrá que se notifique al estado para que informe a la comisión sobre los puntos sometidos en su contra. Con la respuesta del estado, la Comisión podrá iniciar un traslado de comunicaciones a las partes a fin de asegurarse de que las comunicaciones aporten los elementos suficientes que sirven para el examen de admisibilidad que deberá determinar la comisión. La Comisión podrá ordenar la práctica de pruebas y la celebración de audiencias para escuchar a las partes.

Si de las pruebas aportadas por las partes, la Comisión determina que ha existido una violación de alguno de los derechos reconocidos por la Convención declarará admisible el caso y solicitará a las partes que establezcan una relación de dialogo a fin de que lleguen a una solución amistosa del conflicto. En caso de una de las partes o ambas partes se nieguen a llegar a un entendimiento, la Comisión agotado el proceso de solución amistosa, remitirá el proceso a la Corte Interamericana a fin de que se pronuncie sobre el fondo y establezca las acciones de reparación que considere necesarias.

## 5. Medidas Cautelares y Medidas Provisionales

En ocasiones las violaciones de derechos humanos implican situaciones de gravedad o de urgencia en las cuales es necesario tomar medidas inmediatas con el objeto de prevenir un daño irreparable a los derechos humanos protegidos en la Convención Americana. En estos casos, las víctimas o sus representantes pueden solicitar a la CIDH (o incluso la Comisión a motu proprio) la declaración de medidas cautelares mediante las cuales se requiera a un Estado la adopción de acciones de protección que impidan o detengan la ocurrencia de un daño irreparable.<sup>165</sup>

El otorgamiento de este tipo de medidas por parte de la CIDH no constituye prejuzgamiento alguno sobre el fondo del asunto. Su objetivo es fundamentalmente prevenir daños irreparables que puedan ocasionarse a los derechos humanos. En el tema ambiental sobre amenazas contra el medio ambiente natural que puedan derivar en daños a la vida de o la salud de la población o la forma de vida de los pueblos indígenas en su territorio ancestral

---

165 Art. 25 de la Convención.

Para este tipo de peticiones no se necesita agotar recursos judiciales internos, pero si es necesario demostrar que los hechos por los cuales se solicita las medidas cautelares sean graves, urgente y que su permanencia impliquen un daño irreparable.

La gravedad de la situación individual o colectiva debe evaluarse a la luz del daño ya causado o la clara amenaza del daño a la salud de las personas que habitan un área geográfica determinada. La urgencia de la situación denunciada puede apreciarse ya sea conforme a la existencia de ciclos —con o sin efecto acumulativo— que generen daños periódicos al medio ambiente y la salud de un grupo de personas, y que demuestran la necesidad de actuar en forma inmediata; la continuidad y proximidad temporal del daño; o la inminente consumación de un nuevo acto que genere consecuencias conocidas en la salud o la supervivencia (incluyendo el modo de vida en el caso de los indígenas) de las personas afectadas. En esta categoría, la irreparabilidad del bien amenazado se mide en términos del deterioro a la salud, y al modo de vida y la supervivencia de las personas afectadas así como al carácter irreversible del daño.

#### **a. Contenido de la solicitud de medidas cautelares**

La solicitud de una petición de medida cautelar deberá contener al menos:

- Descripción de los hechos que fundamentan la solicitud, incluyendo pruebas tales como certificados médicos, pruebas de laboratorio, etc.
- Identificación del origen de las amenazas (particulares, particulares con vínculos con el Estado, agentes del Estado, otros)
- Información sobre denuncias formuladas ante las autoridades
- Información sobre medidas de protección de las cuales ya sean beneficiarios y sobre su efectividad
- Descripción del contexto necesario para valorar la inminencia del daño
- Cronología y proximidad de consecuencias irreversibles
- Identificación y credibilidad del peticionario
- Identificación de personas afectadas y su grado de riesgo; individualización de personas o grupos pertenecientes a una categoría de individuos en estado de riesgo
- Descripción de las medidas de protección u otras requeridas

## **b. Trámite y utilidad de las medidas cautelares.**

Recibida la solicitud de medidas cautelares, la Comisión podrá solicitar información a las partes interesadas sobre cualquier asunto relacionado con la adopción y vigencia de las medidas cautelares, con el fin de darles seguimiento.

Este tipo de medidas son particularmente importantes en la protección del ambiente, considerando que los daños ambientales tienen un muy alto riesgo de causar violaciones irreparables a los derechos humanos. La jurisprudencia de la Comisión y de la Corte ha reafirmado la función preventiva de las medidas cautelares en la protección de derechos como el derecho a la vida, la integridad personal y la salud, particularmente en casos que tienen que ver con daños ambientales. Por ejemplo en el caso de la Comunidad Indígena Kiwcha de Sarayacu, tanto la Comisión como la Corte solicitaron medidas cautelares y provisionales para la protección de esta comunidad afectada por la inadecuada implementación de actividades petroleras en Ecuador<sup>166</sup>. La Comisión también otorgó medidas cautelares para garantizar la vida y la integridad personal en el caso de la Comunidad de San Mateo de Huanchor c. Perú, cuyos derechos se veían amenazadas por un relave que contenía desechos tóxicos, ubicado en las cercanías de la población. Concretamente, la CIDH solicitó al Estado Peruano iniciar un programa de asistencia médica, en especial para los niños; elaborar un estudio de impacto ambiental para la disposición adecuada de los desechos tóxicos; disponer y trasladar adecuadamente los residuos; elaborar un cronograma para monitorear el cumplimiento de las medidas por parte de la CIDH; informar a la comunidad y sus representantes sobre su implementación.<sup>167</sup>

Es relevante mencionar también las medidas cautelares otorgadas por la CIDH para la protección de habitantes de la ciudad de La Oroya, en Perú, afectados por la contaminación severa del complejo metalúrgico que opera allí. En este caso, la Comisión determinó que el nivel de contaminación en la ciudad y la falta de atención médica adecuada amenazan los derechos a la

---

166 Corte IDH Caso Pueblo Indígena de Sarayacu c. Ecuador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2004; CIDH, Informe No. 62/04, Caso Pueblo Indígena Kiwcha de Sarayacu y sus Miembros c. Ecuador. Informe de Admisibilidad.

167 CIDH. Informe No. 69/04. Caso San Mateo Huanchor y sus miembros c. Perú. Informe de Admisibilidad, 15 octubre, 2004.

vida, la salud e integridad, por lo cual solicitó al Estado brindar tratamiento y diagnóstico médico especializado.<sup>168</sup>

La parte mas controversial del otorgamiento de las medidas cautelares, es sin duda su ejecución. El efecto, en los casos en que se dispone la implementación de medidas, la Comisión generalmente no especifica de forma concreta que tipo de medidas se deben implementar, sino que esta situación se deja para que la definan entre el Estado y el peticionario o victima para que acuerden los mecanismos más idóneos que puedan servir para proteger el derecho. Esto ha implicado que muchos estados se desentiendan del cumplimiento y en la práctica no adopten medidas eficaces. La situación se torna más compleja cuando de por medio existen intereses económicos o políticos que puedan verse afectados por la implementación de medidas, como ha sucedido en el Ecuador con la falta de cumplimiento de parte del estado de medidas cautelares eficaces para proteger los derechos del Pueblo Sarayaku frente a los intereses de mantener con vigencia la concesión del bloque petrolero o para el establecimiento de medidas cautelares a favor de los pueblos en aislamiento voluntario.<sup>169</sup>

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.<sup>170</sup> Como podemos observar, las medidas provisionales son medidas extremas que toma la Corte bien sea porque el incumplimiento de las medidas cautelares no ha sido efectivo por lo que el derecho sigue estando en mayor riesgo o porque las circunstancias han cambiado de tal manera que se necesita implementar medidas mas contundentes. Un caso ejemplar son las medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana en el contexto de problemas ambientales respecto de las comunidades indígenas de Sarayaku, en relación con un contrato de

---

168 CIDH, Caso Comunidad de La Oroya c. Perú, Medidas Cautelares otorgadas en 31 de agosto de 2007

169 En este caso, a pesar de que existió una recomendación expresa del grupo ecuatoriano encargado de cumplir las medidas cautelares en el sentido de suspender las actividades hidrocarbúricas dentro de cierto límite donde se tenía evidencia de presencia de grupos en aislamiento voluntario, el Ministerio de Minas y Petróleos no aceptó dichas recomendaciones porque aquello ponía en riesgo las inversiones dentro del bloque concesionado a una compañía petrolera extranjera. Dicha postura fue ratificada en la Audiencia de seguimiento sostenida en la CIDH en noviembre de 2009.

170 Artículo 63(2) de la Convención Americana

participación con la empresa argentina Compañía General de Combustible, para la exploración y explotación petrolera de una superficie de 200.000 hectáreas de tierra. El 65% de este bloque comprende el territorio ancestral del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. Este contrato habría sido suscrito sin consultar al pueblo de Sarayaku ni haber obtenido su consentimiento informado.

### **c. Las medidas Provisionales: Procedimiento y utilidad.**

- En los casos contenciosos que ya se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales en relación con los referidos casos.
- La solicitud puede ser presentada al Presidente, a cualquiera de los jueces o a la Secretaría, por cualquier medio de comunicación. En todo caso, quien reciba la solicitud la pondrá de inmediato en conocimiento del Presidente.
- Si la Corte no estuviere reunida, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá del gobierno respectivo que dicte las providencias urgentes necesarias a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones.
- Los beneficiarios de medidas provisionales o medidas urgentes del Presidente podrán presentar directamente a la Corte sus observaciones al informe del Estado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de los beneficiarios de las medidas o sus representantes.

## **6. Audiencias Especiales o Temáticas.**

Otra de las opciones para acceder a la Comisión Interamericana y presentar problemáticas de derechos humanos relacionadas con la degradación ambiental son las audiencias especiales. Como se explicó anteriormente, la Comisión puede celebrar audiencias en el desarrollo de las peticiones individuales presentadas, con el fin de recibir testimonios o información detallada, o celebrar audiencias especiales, por iniciativa propia o a solicitud de una parte interesada, para tratar una situación especial en relación con un

Estado o con una temática determinada.<sup>171</sup>

Las audiencias especiales se desarrollan en el marco de los dos períodos de sesiones que la Comisión tiene al año y deberán solicitarse con suficiente tiempo de antelación (45 días antes del inicio del período de sesiones dentro del cual se pretende tener la audiencia). El tiempo de las audiencias es usualmente muy reducido, en total 45 minutos, de los cuales los solicitantes tienen aproximadamente 30 minutos para sus presentaciones, por lo cual es esencial que las organizaciones estén muy bien preparadas y escojan estratégicamente los puntos a resaltar.

La utilización de este mecanismo es particularmente recomendable para situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos, en casos especialmente complejos o en los que resulta muy difícil conseguir la información para litigar un caso en particular. En esta circunstancia puede denunciarse la situación y aportar pruebas, instando a la CIDH a que recomiende al Estado o a los Estados a tomar medidas para evitar que se sigan produciendo las violaciones que se denuncian. Las audiencias especiales pueden ser igualmente útiles para reactivar o levantar el perfil de casos que se estén litigando sobre una misma temática y que estén retrasados o sin resolución<sup>172</sup>.

## **7. Informes anuales o de país.**

Otro mecanismo que tiene el sistema interamericano, son los Informes anuales de cumplimiento de parte de los Estados a las obligaciones de los instrumentos regionales de protección de derecho humanos. Estos informes son muy útiles pues sirven para hacer publicas ciertas circunstancias que pueden resultar delicadas para el país que las incumple y puede desencadenar en medidas de protección cautelar o provisional de parte de los órganos del sistema interamericano. Así por ejemplo en el año 1997 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante las denuncias realizadas y la solicitud de medidas preventivas, luego de la visita realizada para verificar la situación in situ en Ecuador, publicó en el año 1997 un Informe titulado “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, mismo que cuenta de 11 capítulos, dentro de los cuales el capítulo VIII se basa en “la situación

---

171 Artículo 62 de la Convención

172 Guía de Defensa Ambiental: Construyendo la Estrategia para el Litigio de Casos ante el Sistema Interamericano, México, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, AIDA, 2008. Pág. 43

de los derechos humanos de los habitantes del interior de Ecuador afectados por las actividades de desarrollo”, mismo que se realizó por los riesgos y afectación de los pobladores del oriente de Ecuador por las actividades de desarrollo realizadas en una zona de concesión denominada Bloque 16 por los riesgos que esta actividad podría atraer para la supervivencia de la población Wuaorani, por lo que después de haberse realizado esta observación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encontraba anunciada de los riesgos que esta actividad podría atraer en Ecuador, informe que concluye recomendando entre muchas otras cosas: “la obligación del Estado respetar y asegurar los derechos de los habitantes del Oriente, siendo responsable de implementar las medidas necesarias para remediar la situación actual y evitar toda contaminación futura por petróleo y vinculada con el petróleo que amenace la vida y la salud de esa población, adoptando las medidas necesarias para contrarrestar los riesgos identificados con respeto a otras actividades de desarrollo, como la extracción de oro en el Oriente, la cual plantea un grave riesgo de contaminación y un peligro para la salud humana debido al uso por parte de explotadores en pequeña escala de métodos sencillos que emplean mercurio y cianuro.” (Enlace <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Ecuador-sp/Capitulo%208.htm>)<sup>173</sup>

Este informe ha pesar de no ser vinculante provocó reacciones al interior del Estado ecuatoriano por lo que se vieron en la necesidad de implementar mecanismos de protección más efectivos y sirvieron de marco de referencia para la interposición de otras acciones como la petición de medidas cautelares a favor de la pueblos Tawaeri-Taromenane a la Comisión Interamericana.

## **II. Acciones ante el Sistema de Naciones Unidas**

La Organización de las Naciones Unidas es el órgano principal encargado de fomentar la cooperación internacional entre los estados y la comunidad internacional. En materia ambiental el órgano de las Naciones Unidas ha tenido principales iniciativas y resoluciones de suma importancia para la protección de los recursos naturales. Estas resoluciones se expresan en las convocatorias que ha realizado para el tratamiento de temas ambientales

---

173 Tomado de “Inventario de vías jurídicas existentes en Ecuador, España e Internacionales, para determinar responsabilidad de empresas petroleras extranjeras por daños ambientales”, Andrea Arteaga, Laura Camps, Paola Villavicencio, agosto 2009.

emergentes como el calentamiento global, cambio climático y lucha contra la desertificación. Sin dejar de mencionar que los instrumentos de derecho blando más importantes resueltos en las últimas décadas han sido por iniciativa de este órgano internacional que posibilitó la concreción de conferencias como la de Río, la Cumbre de Desarrollo Sostenible, el establecimiento del PNUMA y la Resolución de la Carta Mundial de la Naturaleza.

## **1. Las Naciones Unidas y el uso de los Instrumentos Internacionales ambientales**

Como hemos dicho anteriormente, los instrumentos de derecho blando y los tratados y convenios internacionales son herramientas de gran importancia para la gobernanza y protección ambiental internacional puesto que contribuyen en el primer caso a catalizar políticas ambientales internalizándolas en convenios y leyes y en el segundo caso al logro del compromiso de varios estados para la conservación de los recursos naturales. En este afán, los estados han suscrito un sinnúmero de instrumentos internacionales tanto de derecho blando como de obligatorio cumplimiento, los mismos que han creado obligaciones bilaterales, regionales o internacionales. Algunos de estos instrumentos internacionales se refieren a la protección de recursos naturales concretos como el agua, suelo, clima, bosques, fauna, flora, etc. Para mayor comprensión me permito señalar algunos de los instrumentos internacionales más relevantes en materia ambiental internacional, tanto de derecho blando como coercitivos:

- La Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, a pesar de que no establece expresamente el derecho a un medio ambiente sano, sin embargo, fue uno de los primeros instrumentos que reconoció el derecho de los individuos a participar en la toma de decisiones y a tener derecho a la reparación de los daños cuando su medio ambiente ha sido degradado.
- El Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, solicita a los gobiernos que protejan los derechos humanos y libertades fundamentales de estos pueblos, respetando su integridad. Ello, incluye medidas especiales a adoptar para proteger y preservar el ambiente. Asimismo, se establece que el derecho de estos pueblos al acceso a los recursos naturales de sus tierras deben ser especialmente protegido.
- La Declaración de Río sobre Medio Ambiente Desarrollo, que re-

conoció que los seres humanos están en el centro de las preocupaciones que conciernen al desarrollo sostenible y que tienen derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza. Dispone además que “los estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y establecer la salud y la integridad del ecosistema de la tierra”.

- La Agenda 21, que constituye el antecedente de las políticas nacionales sobre medio ambiente, y fue aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo CNUMAD, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992. Es un programa de acción para el desarrollo sustentable acordado por todos los gobiernos durante la Cumbre de Río.

La Agenda 21 se complementa con la Declaración de Río y con la declaración sobre Bosques y debe ser leída en conjunto.

- El Convenio de Basilea, es un Convenio sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos. El objetivo primordial del Convenio, radica en promover que los estados tomen las medidas necesarias para que el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos, incluyendo sus movimientos Transfronterizos y su eliminación, sea compatible con la protección de la salud humana y el medio ambiente cualquiera que sea el lugar de su eliminación. Todo eso basado en el derecho soberano de los estados de prohibir la entrada o eliminación de desechos peligrosos y otros desechos ajenos a su territorio.
- El Convenio sobre Diversidad Biológica, es un convenio internacional que reconoce que tanto la diversidad biológica como los recursos biológicos deben conservarse por razones éticas, establece líneas generales de cumplimiento para los estados partes ante el efecto ambiental para evitar que las futuras generaciones puedan lamentar la pérdida de la biodiversidad.  
Pone énfasis en que los estados deben participar activamente en la conservación de la biodiversidad, para lo cual deben establecer sistemas nacionales de áreas protegidas u otros mecanismos de conservación.  
Mediante este convenio se obliga a establecer áreas de protección para la biología,
- Convención de Patrimonio Mundial de la Humanidad, en el cual se establece la necesidad de que los estados a nivel interno como en

cooperación internacional, puedan desarrollar acciones para proteger las bellezas y monumentos naturales considerados de patrimonio de la humanidad. El Artículo 8 del Convenio trata el tema de la conservación in-situ de la biodiversidad, y el 8 (j) llama a los países a respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas, que entrañen formas de vida tradicionales pertinentes con la conservación de la biodiversidad, incluyendo aquellas poblaciones que viven en áreas protegidas.

- El Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, que persigue proteger la salud humana y el medio ambiente de los contaminantes orgánicos persistentes que son sustancias dañinas tanto para el ser humano como para su entorno debido principalmente a su permanencia extensiva en el ambiente (por largos períodos), a que son altamente tóxicos (causando severos daños) y a que es posible transmitirlos de generación en generación.
- El Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos, el cual está dirigido a la promoción de la responsabilidad compartida además del esfuerzo conjunto de las Partes en el comercio internacional de productos químicos peligrosos. También tiene como objetivo facilitar el intercambio de información acerca de las características de esos químicos mediante un proceso nacional de adopción de decisiones acerca de importación y exportación.

Si un país accede a importar productos químicos, el Convenio promueve su uso seguro a través de estándares de etiquetaje, asistencia técnica y entre otras formas de apoyo. Este instrumento se aplica específicamente a los productos químicos prohibidos o rigurosamente restringidos y a los plaguicidas extremadamente peligrosos (22 plaguicidas y cinco productos químicos industriales).

- Convención Marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático, establece como meta provisional, reducir las emisiones de gases con efecto invernadero, del año 1990 para el año 2000
- Protocolo de Kyoto, de la Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre Cambio Climático.
- Convenio para combatir la Desertificación, para prevenir la tala indiscriminada de árboles, fomenta la reforestación, promueve el uso sustentable de los recursos

- Convención sobre el comercio ilegal de especies de flora y fauna en peligro de extinción (CITES)
- Protocolo de Cartagena, regula el movimiento transfronterizos de organismo genéticamente modificados OGM y es el primer tratado internacional que propone una regulación sobre los riesgos que implican los organismos transgénicos.
- Convenio Ramsar, Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitats de Aves Acuáticas.
- Convención de Viena, es el instrumento que permite la certeza en la aplicación de los tratados internacionales y de su interpretación. Este instrumento, norma una serie de materias que afectan a los tratados.
- El Protocolo de Montreal, sobre la minimización de las sustancias químicas agotadoras de la capa de Ozono;

Este conjunto de normas de derecho internacional ambiental no se limita a regular a los estados sino que también puede regular a las organizaciones internacionales, a otras personas jurídicas e inclusive a individuos. En el Tercer Restatement de las leyes sobre relaciones internacionales de los Estados Unidos de América, el derecho internacional está definido como las leyes que conciernen a las conductas entre estados y de las organizaciones internacionales y de sus interrelaciones así como algunas relaciones con personas naturales y jurídicas. El derecho internacional podría crear obligaciones y derechos entre estas personas y establecer procedimientos e instituciones para monitorear el cumplimiento de las normas internacionales. Este enfoque moderno es particularmente importante en el campo de la protección ambiental, porque gran parte del daño ambiental es causado por las actividades del sector privado y no por las actividades de los gobiernos. La habilidad del derecho internacional para regular conductas no estatales es por lo tanto esencial para alcanzar una protección ambiental efectiva<sup>174</sup>.

El incumplimiento de un tratado es un agravio internacional que da lugar a que el estado se haga responsable de eliminar su incumplimiento o reparar cualquier daño causado a otro Estado<sup>175</sup>. Cuando ocurren daños que

---

174 Texto Guía de derecho ambiental internacional. Compilado por Ricardo Crespo Plaza para el Instituto de Ciencias Internacionales de la Universidad Central del Ecuador, 2008. Pág. 51.

175 Asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte de los estados miembros de la comunidad internacional continúa siendo un tema de preocupación. Esto es evidente no solo por la atención que el tema tuvo durante la Cumbre de la Tierra así como en la

no pueden ser enfrentados por acciones recíprocas, el estado afectado puede reclamar reparaciones bajo el derecho de la responsabilidad de los estados, y normalmente mediante canales diplomáticos pero con mayor frecuencia ante tribunales internacionales.

El incumplimiento de las obligaciones ambientales de los estados puede incluir fallas en otorgar efectividad a normas sustantivas como la limitación de las emisiones atmosféricas de dióxido de azufre o de gases de efecto invernadero según las obligaciones de los tratados o el permitir emisiones transfronterizas de sustancias peligrosas o de gases violando las reglas de la costumbre internacional así como la falta de cumplimiento con los procedimientos establecidos por los tratados como la evaluación de impacto ambiental o la consulta previa al Estado vecino para la construcción de una determinada planta industrial. El incumplimiento también se relaciona con obligaciones institucionales como la presentación de informes anuales a una organización internacional.

En 1996, la Corte Internacional de Justicia reconoció como regla general de que los estados están obligados a asegurar que las actividades dentro de sus jurisdicciones y bajo su control respeten al ambiente de otros estados y de áreas fuera del control estatal, esta regla pasa a formar parte del cuerpo del derecho internacional relacionado con el ambiente.

El régimen internacional ambiental se encuentra dentro del marco del derecho internacional general. Por lo tanto, se aplica el régimen general de los tratados internacionales para la solución de controversias. En tal sentido, son aplicables las normas y procedimiento establecidos por los Tratados Internacionales, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y

---

negociación y aplicación de los convenios internacionales ambientales recientes sino por el aumento de los casos de conflicto ambiental que han sido presentados ante los Tribunales Internacionales. La relevancia de las preocupaciones ambientales frente a la paz y seguridad global fue aseverada por el Consejo de Seguridad de la ONU en Enero de 1992 cuando sus miembros declararon que las “fuentes no militares de inestabilidad ...en el campo ecológico se han convertido en amenazas para la paz y seguridad. En respuesta a estas preocupaciones se han desarrollado mecanismos para la implementación, aplicación y resolución de conflictos relacionados con las obligaciones ambientales de los Estados (como la decisión en 1993 de la Corte Internacional de Justicia de establecer una Sala de Asuntos Ambientales), así como nuevos enfoques y mecanismos para enfrentar el incumplimiento en muchos tratados ambientales y el rol que se ha otorgado a la Comisión de Compensaciones de la ONU respecto a reclamos ambientales y las reglas especiales para el arbitraje de conflictos ambientales promulgadas por la Corte Permanente de Arbitraje Internacional en el 2001. Texto Guía de derecho ambiental internacional. Compilado por Ricardo Crespo Plaza para el Instituto de Ciencias Internacionales de la Universidad Central del Ecuador, 2008. Pág. 70

las demás normas de la costumbre y jurisprudencia internacional.

## **2. Órganos de Naciones Unidas encargados de hacer cumplir los Instrumentos Internacionales**

Estos instrumentos prevén dentro del sistema de Naciones Unidas un conjunto de órganos encargados de emitir informes y vigilar el cumplimiento de los Tratados Internacionales, así como de dar solución a los conflictos que se presentaren por el incumplimiento de un instrumento internacional. Los principales órganos encargados de cumplir este rol, son:

- La Asamblea General, que como dijimos anteriormente, ha tenido principales iniciativas y resoluciones de suma importancia para la protección de los recursos naturales, resoluciones que desembocaron en la adopción de tratados tales como el de cambio climático y el de lucha contra la desertificación
- El Consejo Económico y social, como órgano encargado de asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, ambiental educativo, sanitario, y otros, se encarga de hacer recomendaciones sobre dichos asuntos y a coordinar actividades con el PNUMA y la CDS, lo cual ha contribuido significativamente al desarrollo del derecho internacional ambiental.<sup>176</sup>
- El programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente PNUMA, que es el principal órgano de Naciones Unidas sobre medio ambiente, encargada de establecer la agenda global del medio ambiente, promoviendo la aplicación coherente de la dimensión ambiental del desarrollo sostenible dentro del sistema de Naciones Unidas
- La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), cuyo objetivo es construir la paz en la mente de los hombres mediante la educación, la cultura, las ciencias naturales y sociales y la comunicación. Es un organismo especializado de las Naciones Unidas creado a raíz de la segunda guerra mundial. Tiene su sede en París y se dedica a orientar a los pueblos en la gestión más eficaz de su propio desarrollo a través de los recursos naturales y los valores culturales, con la finalidad de obtener el mayor

---

176 En el seno de esta Comisión se han adoptado tratados internacionales muy importantes como el Convenio sobre Contaminación Transfronteriza a Gran Distancia (1979) o el Convenio de Aarhus sobre acceso a la información y acceso a la justicia en asuntos ambientales.

precio posible de la modernización, sin que por ello se pierdan la identidad y la diversidad cultural, la alfabetización<sup>177</sup>.

La UNESCO tiene facultades para declarar a ciertas áreas naturales dentro de la categoría internacional de Reserva de Biosfera, lo cual tiene un significado importante debido a que al ser declaradas como tal, estas reservas están sujetas a las Estrategias de Sevilla, en cuyas líneas se determina que en toda reserva de la Biosfera las únicas actividades que se pueden desarrollar, son aquellas que permitan garantizar el equilibrio entre el medio ambiente y las poblaciones locales, desde una perspectiva socio cultural y la no contaminación.<sup>178</sup>

- Tribunal Internacional de Justicia, es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. A través de sus sentencias y opiniones consultivas ha contribuido al desarrollo del derecho internacional del medio ambiente. Tiene una Sala de Medio Ambiente que fue creada en 1993.

A diferencia del último de los nombrados, los demás órganos de Naciones Unidas no son de carácter jurisdiccional o contenciosos, sin embargo son muy útiles y se los puede utilizar como herramienta para motivar informes de cumplimiento a los tratados internacionales a través de los cuales se puede llamar la atención al Estado y conminarle a que adecúe su comportamiento a las normas del derecho internacional ambiental.

### **III. Acciones ante la Corte Internacional de Justicia**

La Corte Internacional de Justicia (también llamada Tribunal Internacional de Justicia), en adelante CIJ, es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Fue establecida en 1945, en La Haya (Países Bajos) siendo la continuadora, a partir de 1946, de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Sus funciones principales son resolver por medio de sentencias las disputas que le sometan los Estados (procedimiento contencioso) y emitir dictámenes u opiniones consultivas para dar respuesta a cualquier cuestión

---

177 Página Oficial de la UNESCO. [http://portal.unesco.org/es/ev.php-RL\\_ID=6406&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-RL_ID=6406&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

178 Dentro del Programa del Hombre y la Biosfera de la UNESCO, se ha determinado que la Explotación de hidrocarburos, quedaría en rigor, excluida de las zonas de conservación ecológica por su carácter insostenible. Por lo tanto en las reservas de biosferas del Ecuador como Yasuní o Sumaco, no deberían estar permitidas actividades petroleras debido a que la realización de las mismas, son incompatibles con el manejo adecuado y sustentable de una reserva de biosfera.

jurídica que le sea planteada por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, o por las agencias especializadas que hayan sido autorizadas por la Asamblea General de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas (procedimiento consultivo). El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia forma parte integral de dicha Carta, situada en su capítulo XXV. En virtud del artículo 30 del Estatuto, la Corte adoptó el 14 de abril de 1978 un Reglamento mediante el cual se determinó la manera de ejercer sus funciones y, en particular, sus reglas de procedimiento.

La preocupación sobre los conflictos ambientales ha permitido que la comunidad internacional haya desarrollado mecanismos para la implementación, aplicación y resolución de conflictos relacionados con las obligaciones ambientales de los Estados (como la decisión en 1993 de la Corte Internacional de Justicia de establecer una Sala de Asuntos Ambientales, que aún no se utiliza), así como nuevos enfoques y mecanismos para enfrentar el incumplimiento en muchos tratados ambientales y el rol que se ha otorgado a la Comisión de Compensaciones de la ONU respecto a reclamos ambientales y las reglas especiales para el arbitraje de conflictos ambientales promulgadas por la Corte Permanente de Arbitraje Internacional en el 2001.

La Corte Internacional de Justicia es el único Tribunal Internacional con jurisdicción universal. Los estados miembros de la ONU pueden presentar casos en todos los temas que entrañen un conflicto entre los estados. Sin embargo, ambos estados deben estar de acuerdo en su competencia *ex ante* o *ad hoc*.

Por lo tanto, las acciones a través de la CIJ es una vía exclusiva para los estados y se articula en virtud de que la justicia internacional es considerada una quinta vía con respecto al incumplimiento de instrumentos internacionales ambientales.

Siendo que el desarrollo de estos instrumentos conlleva varios conflictos y controversias propios de la aplicación e interpretación, la CIJ como un órgano supranacional, atiende estas controversias y resuelve medidas obligatorias para las partes. Sin embargo, en la práctica, los poderes de la Corte se han visto limitados por la desgana de las partes condenadas en respetar las sentencias de la Corte, o por la imposibilidad del Consejo de Seguridad para imponer las consecuencias del juicio, muy especialmente si el fallo va en contra de los intereses de uno de los cinco países miembros del Consejo de Seguridad que tiene el poder del veto sobre cualquier decisión.

## **1. Responsabilidad de los Estados de respetar las normas del Derecho Internacional.**

Los Estados ponen en práctica sus obligaciones internacionales principalmente de tres maneras. Primero, expidiendo legislación nacional; segundo, asegurando que las leyes nacionales se cumplan por parte de las personas sujetas a su jurisdicción y control; y tercero cumpliendo con las obligaciones de las organizaciones internacionales respecto de las medidas de información que deben ser cumplidas para dar efecto a sus obligaciones internacionales.

Como principales sujetos del derecho internacional, los estados tienen un rol primordial en la aplicación de las reglas del derecho ambiental internacional. Para esto el Estado tiene derecho de reclamo conforme a la Comisión de Derecho Internacional según el artículo 42 de los artículos de la responsabilidad del estado del 2001. En primer lugar un estado o grupo de estados es considerado como estado o estados afectados y por lo tanto con derecho para alegar la responsabilidad de otro estado por violación de una obligación internacional, si dicha obligación afecta especialmente al estado o estados y en segundo lugar si es de tal característica como para radicalmente modificar la posición de los demás estados para quienes se debe cumplir la obligación.

Según el derecho internacional, los Estados tienen la obligación de garantizar que las actividades dentro de su jurisdicción y control, respeten el medio ambiente de otros Estados y áreas fuera del control nacional. Esta obligación se encuentra en muchos de los tratados internacionales actuales. Por desgracia, muchos de estos tratados internacionales sobre medio ambiente carecen de mecanismos para hacer cumplir las obligaciones de los Estados Miembros. Un ejemplo de esto son las fumigaciones realizadas por Colombia en la frontera.

Cuando se presenta el incumplimiento de alguna de las obligaciones internacionales de los estado la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia es el camino necesario para solucionar esta controversia, pues si bien los Tratados sobre medio ambiente no establecen mecanismos de sanción, a través de algunas de las disposiciones de los instrumentos de derecho blando, proveen la posibilidad de iniciar acciones ante la Corte. Así por ejemplo, la Declaración de Rio dispone el establecimiento del régimen ambiental internacional y desarrollo progresivo del Derecho Ambiental Internacional bajo el marco de cooperación, previendo la solución de conflictos de forma pací-

fica conforme a los medios previstos en la Carta de las Naciones Unidas.

Según el principio “Pacta Sunt Servanda”, los tratados firmados por los estados deben ser interpretados de buena fe y en concordancia con el significado ordinario que debe ser dado a los términos del tratado en su contexto y dentro del ámbito de su objeto y su propósito. Por lo tanto, un Estado Parte no podría unilateralmente liberarse de las obligaciones de un Tratado o modificar sus estipulaciones si no logra el consentimiento de los otros Estados Partes mediante un acuerdo amistoso, lo cual quiere decir que una vez ratificado su contenido mediante sus procedimientos internos, los estados tienen que sujetarse a sus disposiciones so pena de que su incumplimiento pueda ser demandado por otro estado ante la Corte Internacional de Justicia.

## **2. La protección del ambiente en la Jurisdicción Internacional**

La protección del ambiente se encuentra establecida en innumerables instrumentos internacionales tanto a nivel de Tratados de obligatorio cumplimiento como de normas de derecho blando. Estas normas más allá de establecer un sistema de protección para los sistemas ecológicos del planeta plantean su accionar desde la perspectiva de la protección de aquellos elementos de la naturaleza que sirven de sustento a las personas. Así podemos observar por ejemplo, que respecto a la utilización de materiales peligrosos, como el uso de glifosato, está prohibido por instrumentos internacionales como El Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y El Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos. Además de las disposiciones que se encuentra establecidas en los instrumentos de derecho blando como aquellas disposiciones que hacen mención a la responsabilidad transfronterizas de los Estados, que se encuentran contenidas en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

El problema práctico de estos instrumentos es como hacerlos exigibles y como dotarles de capacidad sancionadora, pues hasta ahora no existen mecanismos claros y eficaces para sancionar a los estados que incumpla con las obligaciones establecidas en dichos convenios internacionales.

Sin embargo de aquello, la protección del ambiente se encuentra claramente determinada en estos instrumentos internacionales, en los que se puede notar una clara determinación que vincula al derecho ambiental como

un derecho humano, es decir se establece que los mecanismos de protección ambiental al proteger espacios naturales de sustento para las personas, están intrínsecamente protegiendo derechos como la salud, la alimentación, un ambiente sano y libre de contaminación, etc., lo cual genera un equilibrio ecológico que permite a las personas vivir en condiciones de dignidad. Pues tal como lo ha sostenido el Comité Consultivo del Pacto Internacional de Derechos Económico Sociales y Culturales “*sólo dentro de ambientes sanos las personas pueden disfrutar del más lato nivel de salud física y mental*”.

Según la Convención Internacional del Derechos de los Tratados o Convención de Viena, las partes o los Estados al suscribir un Instrumento Internacional lo hacen bajo el principio de buena fe, más conocido como el principio *Pacta Sunt Servanda*, lo cual quiere decir que al asumir una determinada obligación internacional lo hacen a sabiendas de que deben cumplir con las disposiciones que disponen dichos Tratados, de modo que en caso de incumplirlos, están expuestos a sanciones o demandas en su contra de parte de los estados o de la población que se considere perjudicada.

Al asumir esta posición, los Estados están reconociendo que la puesta en práctica de estos instrumentos internacionales no depende de cuestiones accesorias a su voluntad, sino de su propia accionar fáctico. De tal manera que no se puede excusar su cumplimiento a situaciones de carácter económicas, institucionales e incluso políticas.

Ahora bien, el daño ambiental provocado por los estados y que se encuentran repudiado por los Instrumentos Internacionales suscritos por ellos dentro de la jurisdicción internacional, tiene varios aspectos principales a considerar:

- a) Dentro de la Jurisdicción Penal Internacional, el ambiente es un elemento constitutivo del delito, es decir no es reconocido como un sujeto de derechos, pero si un medio mediante el cual se pueden configurar otros delitos internacionales.
- b) En la Jurisdicción Internacional de Justicia, el ambiente se convierte en un elemento de protección internacional, no tanto por los daños causados en él, sino por el incumplimiento a los Instrumentos Internacionales suscritos por los estados miembros.
- c) En la responsabilidad internacional, el daño ambiental debe ser objetivo y tiene que significar una violación a un instrumento internacional.
- d) Para el acceso a la justicia internacional, el derecho a un ambiente sano se entiende como derechos integrales, que forman parte de un contexto.

- e) No se demanda el daño ambiental sino la violación del derecho internacional
- f) Se necesita que tanto la obligación vulnerado como la jurisdicción de la Corte esté reconocida por instrumentos internacionales

### 3. Legitimados activos y pasivos en las acciones ante la CIJ

Solamente los Estados pueden ser parte en los asuntos contenciosos planteados a la Corte Internacional de Justicia. La jurisdicción de la Corte está limitada a los asuntos en los que ambas partes han sometido su disputa a la Corte. Cada parte debe cumplir las obligaciones que le incumban como consecuencia del juicio emitido por la Corte.

Los Estados para ser sujetos de acción ante la CIJ deben haberse obligado por anticipado a aceptar la jurisdicción de la Corte, ya sea mediante la firma de un tratado o convención en que se estipula que el caso será sometido a la Corte o mediante una declaración especial en ese sentido.

Para el caso de las demandas que puedan interponer los estados de América, en especial Ecuador, deben haberse suscritos tratados internacional en los cuales los estados partes hayan reconocido la jurisdicción de la Corte. En este caso deben haber suscrito el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, suscrito en Bogotá el 30 de abril de 1948 (el “Pacto de Bogotá”), que prevé en su Artículo XXXI lo siguiente:

*De conformidad con el numeral 2º del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:*

- a) La interpretación de un Tratado;*
- b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional;*
- c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional;*
- d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.*

Algunos de los Tratados que se refieren a la jurisdicción de la Corte y a la posibilidad de entablar acciones para solución de conflictos en la Corte Internacional de Justicia, como el Pacto Americano de Solución de Controversias dispone otros mecanismos de solución pacífica de controversias, los mismos que se refieren al establecimiento de buenos oficios. Mediación, in-

investigación y conciliación o arbitraje y procedimiento judicial. Sin embargo es importante señalar que estos mecanismos no son prejudiciales, es decir no son instancias que necesiten agotar obligatoriamente los estados, previo a incoar una acción ante la Corte.

Varios países de la región y el mundo ya han acudido a la Corte Internacional de Justicia para resolver disputas vinculadas con el incumplimiento de obligaciones internacionales de los países vecinos. Así se destaca por ejemplo la demanda de Argentina contra Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia por la instalación de las plantas de celulosa ubicada en territorio uruguayo y sobre las aguas binacionales del Río Uruguay, en el cual Argentina argumentaba que las actividades desarrolladas en dicha fábrica eran contaminantes y se habían realizado en violación del Estatuto del Río Uruguay <sup>179</sup> perteneciente a la empresa finlandesa UP,-Kymmene (previamente propiedad de Metsa-Botnia)<sup>180</sup>. La demanda de Ecuador contra Colombia por las aspersiones aéreas con herbicidas tóxicos realizadas por Colombia en la frontera Ecuatoriana y del otro lado de su frontera con Ecuador en virtud de que dichas aspersiones han ocasionado graves daños a las personas, los cultivos, los animales, y a su entorno natural del lado Ecuatoriano y presentan un riesgo grave de seguir produciendo más daño en el futuro, violando las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.<sup>181</sup>

---

179 El Estatuto del Río Uruguay es un tratado internacional celebrado en 1975 entre Argentina y Uruguay para arrearlar los usos, actividades y conservación del río Uruguay, frontera entre ambos países, en el tramo que ambos comparten.

180 Por su parte, Uruguay demandó a Argentina ante el sistema de solución de controversias del MERCOSUR y la Corte Internacional de Justicia, argumentando en el primer caso que los cortes de ruta constituyen una violación al principio de libre circulación, y en el segundo caso, que los mismos son tolerados y utilizados por el gobierno argentino para presionar al gobierno uruguayo en las negociaciones referidas a la instalación de las plantas de celulosa.

El 20 DE ABRIL DE 2010 la Corte Internacional de Justicia dictó el fallo definitivo, resolviendo que Uruguay violó sus obligaciones procesales de notificar, informar de buena fe, establecidos por el Estatuto del Río Uruguay, pero que no violó sus obligaciones para evitar la contaminación ambiental, por lo que consideró que resultaba desproporcionado ordenar el cierre de la planta de Botnia, pero que ambos países debían monitorear conjuntamente el río, a través de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) y aplicando el Estatuto del Río Uruguay.

181 El 31 de Marzo de 2008, la República del Ecuador demandó a la República de Colombia ante la Corte Internacional de Justicia. La pretensión principal del Ecuador es que se reconozca que Colombia al realizar aspersiones aéreas con herbicidas tóxicos en zonas ubicadas en la frontera del Ecuador, cerca de ella y del otro lado de la misma ha violado los derechos del Ecuador en virtud del derecho internacional consuetudinario y convencional. La demanda busca tres as-

#### 4. Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.

Para la solución de estos conflictos no existe un instrumento internacional concreto que haga referencia a la competencia de la Corte Internacional de Justicia para conocer casos ambientales, sin embargo existen algunos instrumentos como la Declaración de Río que prevé la solución de conflictos de forma pacífica conforme a los medios previstos en la Carta de las Naciones Unidas. Esta misma disposición se encuentra contenida en otros instrumentos como el Art. 33 de la Carta de la ONU, la Agenda 21 Cap. 31, la Declaración sobre la protección de la atmósfera, que reconocen a la Corte Internacional de Justicia de forma singularizada como el instrumento de solución pacífica de controversias.

Siendo que el papel de la Corte Internacional de Justicia es el de resolver los problemas jurídicos planteados por los estados y emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas planteadas por los órganos autorizados de las Naciones Unidas y los organismos especializados, según el Artículo 36.- numeral 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *“la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”*.

En la misma línea, el Artículo 40, establece que *“Los negocios serán incoados ante la Corte, según el caso, mediante notificación del compromiso o mediante solicitud escrita dirigida al Secretario. En ambos casos se indicarán el objeto de la controversia y las partes”*. Por lo tanto, la jurisdicción de la Corte se extiende a todos los litigios que los Estados le sometan y a todos los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en tratados y convenciones vigentes.

De conformidad con el Artículo 38 de su Estatuto, la Corte, al decidir las controversias que se le sometan, aplica:

- Las convenciones internacionales que establecen reglas reconocidas por los Estados litigantes;
- La costumbre internacional como prueba de una práctica general

---

pectos: (1) una declaración de la Corte de que Colombia ha violado la soberanía y la integridad territorial del Ecuador, en contravención del derecho internacional, por su práctica de aspersiones aéreas, que ha causado daños al Ecuador, a su población y a su medioambiente; (2) una orden de que Colombia se abstenga en el futuro de realizar aspersiones a una distancia de 10 kilómetros desde la frontera; y (3) una orden de que Colombia pague reparaciones a Ecuador por el daño causado por las aspersiones ilegales.

aceptada como ley, y;

- Las decisiones judiciales y la doctrina de los autores más calificados de los distintos países, como medio subsidiario para la determinación de las reglas jurídicas.

Si las partes convienen en ello, la Corte también puede decidir un litigio sobre la base de la equidad.

## **5. Procedimiento del litigio en la Corte Internacional de Justicia**

### **a. Uso del Idioma.**

Según el artículo 39 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los idiomas oficiales serán el francés y el inglés. El idioma en el cual las partes acuerden que se siga el procedimiento será el mismo en el que se pronunciará la sentencia. A falta de acuerdo, cada parte podrá presentar sus alegatos en el idioma que prefiera, y la Corte dictará la sentencia en francés y en inglés. En tal caso, la Corte determinará al mismo tiempo cuál de los dos textos hará fe. Si lo solicitare una de las partes, la Corte la autorizará para usar cualquier idioma que no sea ni el francés ni el inglés.

### **b. De la presentación de la Demanda.**

De acuerdo a lo estipulado por el artículo 40, los negocios serán incoados ante la Corte, según el caso, mediante notificación del compromiso o mediante solicitud escrita dirigida al Secretario. En ambos casos se indicarán el objeto de la controversia y las partes. El Secretario comunicará inmediatamente la solicitud a todos los interesados y notificará también a los Miembros de las Naciones Unidas por conducto del Secretario General, así como a los otros Estados con derecho a comparecer ante la Corte.

### **c. Medidas Cautelares.**

Por disposición del artículo 41, la Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes. En tanto se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas.

#### **d. Partes que intervienen en el proceso.**

En cuanto a las partes, el artículo 42 establece que, los estados estarán representadas por agentes, podrán tener ante la Corte consejeros o abogados y que los agentes, los consejeros y los abogados de las partes ante la Corte gozarán de los privilegios e inmunidades necesarios para el libre desempeño de sus funciones.

#### **e. Del Procedimiento.**

El procedimiento tiene dos fases: una escrita y otra oral. El procedimiento escrito comprende la comunicación, a la Corte y a las partes, de memorias, contra memorias y, si necesario fuere, de réplicas, así como de toda pieza o documento en apoyo de las mismas. La comunicación se hará por conducto del Secretario, en el orden y dentro de los términos fijados por la Corte. Todo documento presentado por una de las partes será comunicado a la otra mediante copia certificada. El procedimiento oral consiste en la audiencia que la Corte otorgue, a testigos, peritos, agentes, consejeros y abogados. (Art. 43).

En el artículo 48 se establece que la Corte dictará las providencias necesarias para el curso del proceso, decidirá la forma y términos a que cada parte debe ajustar sus alegatos, y adoptará las medidas necesarias para la práctica de pruebas.

Una vez recibidas las pruebas dentro del término fijado, la Corte podrá negarse a aceptar toda prueba adicional, oral o escrita, que una de las partes deseara presentar, salvo que la otra de su consentimiento, conforme al artículo 52 de su Estatuto.

Por disposición del artículo 53, cuando una de las partes no comparezca ante la Corte, o se abstenga de defender su caso, la otra parte podrá pedir a la Corte que decida a su favor. Antes de dictar su decisión, la Corte deberá asegurarse no sólo de que tiene competencia conforme a las disposiciones de los Artículos 36 y 37, sino también de que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho.

Cuando los agentes, consejeros y abogados, conforme a lo proveído por la Corte, hayan completado la presentación de su caso, el Presidente declarará terminada la vista. La Corte se retirará a deliberar. Las deliberaciones de la Corte se celebrarán en privado y permanecerán secretas. (Artículo 54)

## **f. De la Resolución o Sentencia de la Corte.**

De conformidad con el artículo 55 del Estatuto: “Todas las decisiones de la Corte se tomarán por mayoría de votos de los magistrados presentes. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente o del magistrado que lo reemplace”.

En cuanto a la validez y formalidad del fallo, los artículos 58, 59, 60 y 61 establecen que el fallo será firmado por el Presidente y el Secretario, y será leído en sesión pública después de notificarse debidamente a los agentes. La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. El fallo será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes.

Para el caso de revisión, el artículo 61 menciona que sólo podrá pedirse la revisión de un fallo cuando la solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, fuera desconocido de la Corte y de la parte que pida la revisión, siempre que su desconocimiento no se deba a negligencia. La Corte abrirá el proceso de revisión mediante una resolución en que se haga constar expresamente la existencia del hecho nuevo, en que se reconozca que éste por su naturaleza justifica la revisión, y en que se declare que hay lugar a la solicitud. Antes de iniciar el proceso de revisión la Corte podrá exigir que se cumpla lo dispuesto por el fallo. La solicitud de revisión deberá formularse dentro del término de seis meses después de descubierto el hecho nuevo. No podrá pedirse la revisión una vez transcurrido el término de diez años desde la fecha del fallo.

## **CAPITULO VI**

La reparación del daño ambiental a través  
de los mecanismos judiciales



## 1. Precisiones preliminares

Uno de los temas que ha cobrado interés en la última década dentro del sistema jurídico ambiental es el establecimiento de acciones para reparar los daños cometidos en contra de los elementos de la naturaleza. Esta acepción tiene dos elementos a saber. El primero de estos elementos tiene relación a los sistema de reparación que han de establecerse a favor de las personas que han sido afectadas en sus patrimonios y derechos; y, el segundo tiene que ver con los mecanismos de reparación o también llamada restauración que ha de efectuarse para resolver el daño material concreto del ambiente.

Es incuestionable que dentro de un daño ambiental se ven afectados dos tipos de elementos: los naturales y los personales. De tal forma que la constitución al establecer los mecanismos de garantía de los derechos establece la reparación de los derechos humanos afectados y la restauración en el caso de los derechos de la naturaleza que pudieran afectarse. Estas diferentes acepciones nos conllevan a analizar los diferentes aspectos que involucra el concepto de reparación que se desprenden de un atentado contra el ambiente pues deben tener un enfoque diferenciado.

Antes de llegar a este nivel es necesario hacer algunas precisiones preliminares para entender la dimensión que implica el establecimiento de un sistema de reparación que se diferencia notablemente de lo que tradicionalmente se ha conocido como mitigación, remediación, compensación y demás términos utilizados en el lenguaje ambiental que en suma no satisfacen un ideario de reparación como lo fundamenta la constitución. A este efecto en el presente capítulo se establecerá algunas ideas y conceptos para entender y diferenciar conceptos como reparación, compensación, restauración y mitigación, así como pretende dar pistas sobre lo que debería entenderse por reparación de los daños ambientales en los diversos sistemas judiciales de tutela judicial ambiental.

## **2. Reparación, restauración, remediación, mitigación o rehabilitación ambiental**

En el escenario de la identificación de conceptos para abordar la problemática del daño ambiental existen algunos conceptos que por costumbre o usos legales han venido utilizándose como calificativos para denominar las labores de reparación ambiental. Estos conceptos tienden a confundirse, pues mientras unos los consideran como sinónimos, otros pensamos que ciertos términos utilizados para denominar a la reparación del daño ambiental no abarcan suficientemente los alcances de una reparación en los términos señalados en la Constitución de la república. Entre estos términos encontramos: reparación ambiental, restauración ambiental, rehabilitación ambiental, remediación ambiental y mitigación ambiental.

Dentro del glosario de definiciones de nuestra legislación ambiental, estos conceptos no están claramente desarrollados, algunos como remediación y mitigación ni siquiera aparecen dentro del lenguaje técnico jurídico, sin embargo son utilizados en las expresiones técnicas de combate a la contaminación o la reparación ambiental.

Dentro de la Ley de Gestión Ambiental y el Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador Decreto Ejecutivo 1215, encontramos definiciones interesantes que sirven como base para aclarar los conceptos que se deberían utilizar desde la perspectiva legal y técnica, cuando nos referimos a las acciones de reparación ambiental.

### **a) Remediación:**

Es el conjunto de procesos a través de los cuales se intenta recuperar las condiciones y características naturales a ambientes que han sido objeto de daño.<sup>182</sup> También se lo cataloga como sinónimo de reparación de daño producido al ambiente. La remediación es generalmente tema de requerimientos regulatorios y, además, puede estar basado en gravámenes de salud humana y riesgos ecológicos donde no existen estándares legislados o donde los estándares son consultivos.

---

182 <http://www.sertox.com.ar/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=470>

## **b) Rehabilitación ambiental:**

Es el conjunto de acciones y técnicas con el objetivo de restaurar condiciones ambientales originales o mejoradas sustancialmente en sitios contaminados y/o degradados como consecuencia de las actividades humanas. El Reglamento Ambiental Hidrocarburífero establece como sinónimos de la rehabilitación ambiental, la remediación ambiental, reparación ambiental y restauración ambiental<sup>183</sup>.

Como podemos observar la rehabilitación se refiere a la reducción del deterioro, llevando los ecosistemas a una situación de menor degradación, lo cual incluye la llamada “remediación” ambiental, un instrumento aplicado en varios países, y que consiste en limpiar y recuperar sitios contaminados, o paliar los efectos de accidentes ambientales.

## **c) Mitigación:**

Se denomina así al conjunto de procedimientos a través de los cuales se busca bajar a niveles no tóxicos y/o aislar sustancias contaminantes en un ambiente dado. En términos generales, las estrategias de mitigación ambiental incluyen:

- Eliminación de la fuente contaminante.
- Limpieza del terreno contaminado.
- Tratamiento de las aguas contaminadas.<sup>184</sup>

Las medidas de mitigación ambiental tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad, cualquiera sea su fase de ejecución. Se expresarán en un Plan de Medidas de Mitigación que deberá considerar, a lo menos, una de las siguientes medidas:

- Las que impidan o eviten completamente el efecto adverso significativo, mediante la no ejecución de una obra o acción, o de alguna de sus partes.
- Las que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo, mediante una adecuada limitación o reducción de la magnitud o duración de la obra o acción, o de alguna de sus partes, o a través de la implementación de medidas específicas.<sup>185</sup>

---

183 Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador Decreto Ejecutivo 1215

184 <http://www.cricyt.edu.ar/enciclopedia/terminos/MitigAm.htm>

185 <http://www.grn.cl/plan-medidas-de-mitigacion-reparacion-y-compensacion-ambiental.html>

**d) Restauración:**

Es el retorno a su condición original de un ecosistema o población deteriorada. El término restauración merece un análisis particular ya que aparece como un derecho propio de la naturaleza. El concepto de restauración tiene un uso bastante preciso en ciencias ambientales, y está asociado a la ecología de la restauración. Se lo entiende como el proceso de asistir en recuperar sistemas ecológicos que han sido degradados, dañados o destruidos. En sentido estricto es volver al estado inicial silvestre o natural del ecosistema. La restauración ecológica por lo tanto tiene un componente científico, anclado en la ecología y la biología de la conservación, y otro componente basado en un gerenciamiento o ingeniería ambiental que aplicada a la naturaleza específicamente, busca la devolución de los derechos a la naturaleza a través de la reconstrucción ecológica desde la recuperación del tejido ecológico y sus relaciones.

El principio de restauración nace como un equivalente al principio antropocéntrico de reparación integral utilizado para satisfacer reparaciones por violaciones a derechos humanos. Ha sido utilizado también por el Cons-tituyente para determinar las condiciones en las cuales debe realizarse la reparación de los daños ambientales. Lo que se pretende con este principio es que *“la reparación debe en posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiere existido si aquel acto no hubiese sido cometido”*<sup>186</sup>.

Esta afirmación, evidencia que la reparación supera la lógica pecuniaria, es decir la mera indemnización y, por lo tanto, incluye otras formas reparatorias tales como: la restitución, rehabilitación y las garantías de no repetición. Nuestra Constitución lamentablemente no desarrolla en el tema ambiental esta variable de no repetición de los hechos lo cual hubiera sido importante en vista de que las garantías de no repetición incluyen algunas medidas que hacen efectiva la no repetición de la vulneración de los derechos sea con los mismos actores o con otros.

**e) Reparación:**

Es la acción de reponer el ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en

---

186 Alejandro Kawabata, autor del texto “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos”, publicado por la organización argentina CELS en 1997.

caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas. La reparación ambiental ha sido concebida por algunos teóricos como un proceso macro en el cual están incluidos dos elementos: la restauración de la naturales y la indemnización a las personas afectadas.

Usualmente el termino reparación ha sido utilizado para definir los aspectos relacionados a las acciones que deben adoptarse para satisfacer derechos patrimoniales de las personas que hayan sido afectados por un daño ambiental, mientras que la mitigación ha quedado comprendida para las acciones técnicas tendientes a la recuperación prima fase de los ecosistemas afectados por un daño ambiental. Sin embargo las nuevas estructuras del derecho ambiental han considerado la necesidad de incorporar mecanismos de recuperación de los ecosistemas dañados los cuales contemplan conceptos diferentes a la reparación.

En la constitución se presenta la “reparación integral”, en un sentido ciertamente amplio, que incluye restaurar los ecosistemas, reparar los derechos de las personas afectas y asignar responsabilidades a los causantes (Art. 397).

En términos jurídicos la reparación es el acto por el cual, una vez establecida la responsabilidad, sea por el criterio objetivo o subjetivo, se ha de fijar la enmienda correspondiente al valor del bien dañado; lo cual puede estar determinado por un pago o indemnización o por medidas compensatorias adicionales. En este sentido, la reparación ambiental es el proceso jurídico-práctico por el cual, a partir de la determinación valorativa de un bien que ha sufrido deterioro por un daño ambiental, el agente dañoso debe indemnizar efectivamente al o a los afectados. Por su parte Guido Tawil citado por (Dromi, 2002:154) sostiene que es no solo el resarcimiento pecuniario propio del ordenamiento civil, sino también la restitución de los ambientes ecológicamente dañados o deteriorados, a su estado anterior.

Bajo estos antecedentes podríamos afirmar que la Reparación es el conjunto de medidas orientadas a restituir los derechos (de las personas y de la naturaleza) afectados por distinto tipo de desastres o prácticas industriales destructivas y mejorar la situación de las víctimas, así como promover reformas políticas que impidan la repetición de los hechos.

La reparación es entonces producto de un proceso sancionatorio, generalmente vinculado a la esfera civil en donde la reparación tiene que restaurar el medio ambiente dañado, es decir, tanto los elementos naturales como patrimoniales. El alcance de la restauración del daño ambiental debería ir hasta que el objeto vuelva al estado anterior al daño ambiental.

Es necesario examinar más detenidamente los alcances de la idea de

reparación y en especial cuando es aplicada como una forma de compensación a las personas afectadas por un impacto ambiental “sea en su calidad de vida o salud”, o frente a sitios dañados por impactos (como vertidos de residuos o efluentes). La reparación y compensación son instrumentos importantes, y representan el abordaje tradicional en varios países industrializados.

La restauración ambiental no tiene nada que ver con la llamada reparación. Sin embargo esos dos términos fueron usados en el proceso de discusión constitucional en Montecristi, y la cuestión volvió a reaparecer a considerar las implicaciones de la constitución y sus futuras leyes.

En sentido estricto, la “reparación” alude en especial a medidas de compensación o indemnización que reciben personas o comunidades afectadas por impactos ambientales. Los ejemplos típicos son pagos en dinero que reciben personas o comunidades por haber sido afectadas por un impacto ambiental. En ese caso, el sujeto de la acción son las personas, mientras que la restauración ambiental está enfocada a la naturaleza.

El artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental dispone que: “...[...] *el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados... [..].*”. Esta disposición de la Ley si bien establece la reparación de daños y perjuicios no deja claro si son respecto de las personas o del ambiente propiamente dicho, lo cual nos muestra una vez más la visión antropocéntrica de la norma para la cual debe inexorablemente existir una nueva definición que sea compatible con la Constitución en el sentido de que al referirse a las acciones de recuperación de las zonas afectas deba concebirse como restauración pues así lo determinan los artículos 72<sup>187</sup>, 396 (Inc. 2)<sup>188</sup> y 397<sup>189</sup> de la Constitución que separa muy claramente el concepto reparación para las personas del concepto restauración para los ecosistemas.

---

187 El citado artículo dispone que: La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

188 Dicho artículo establece que: “[...]Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas”.

189 El artículo citado dispone: “En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas.[..]”

### 3. La indemnización y compensación por daño ambiental

#### a) Compensación:

Las medidas de compensación ambiental tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado. Es un instrumento que no subsana ni atenúa la indemnización, sino que se los implemente previamente para subsanar un posible daño por los riesgos de una actividad, esta no exime de responsabilidad.

Dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Compensación, el que incluirá el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad.<sup>190</sup>

El concepto usual de compensación alude a dos sujetos que se reconocen mutuamente, uno como acreedor y el otro como deudor “o situaciones similares tales como una persona ofendida y otra que es su ofensor; aplicables a daños, injurias, etc.”. La clave es que uno “compensa” al otro, y esto usualmente se hace por medio de una indemnización económica y la suspensión del efecto negativo. Por lo tanto, este instrumento es apropiado para enfrentar situaciones donde un actor, sea una empresa o un individuo, afecta negativamente la salud o ambiente de una persona. La compensación implicaría, en esos casos, suspender el efecto ambiental negativo y recibir una indemnización o compensación económica. Pero ese es un procedimiento entre personas; la compensación la recibe un individuo, en tanto una indemnización en dinero para la naturaleza es totalmente irrelevante.<sup>191</sup>

En la compensación, una vez que se la acepta y se establece una suma o una medida, hace que se asuma una solución del problema, y desaparecerían las obligaciones entre el acreedor y el deudor. En palabras más simples, pongamos el caso de una empresa que contamina un río, y que tiempo después llega a un acuerdo de compensación mediante el cual paga cierta cantidad de dinero a las comunidades locales. Esa medida puede resolver la situación entre las personas, pero no necesariamente es una solución para los daños en los ecosistemas.

---

190 <http://www.grn.cl/plan-medidas-de-mitigacion-reparacion-y-compensacion-ambiental.html>

191 Gudynas Eduardo, Mandato Ecológico, ediciones Abya Yala 2009

**b) Indemnización:**

La indemnización es el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado. Es la satisfacción económica por el agravio cometido que debe satisfacer el contaminador en favor de la víctima.

En los casos de daño ambientales cuando estos son iniciados en los procesos de indemnización de daños y perjuicios en la vía civil, la indemnización también se refiere al valor económico que el juez determina para financiar las medidas de restauración ambiental.

Tanto la compensación como la indemnización se resuelven en la práctica con multas y pagos en dinero. Por lo tanto ese camino termina legitimando y aceptando un instrumento basado en la asignación de un valor económico al ambiente, y esa monetarización es claramente antropocéntrica en tanto está basada en la utilidad o importancia que para el ser humano representa un determinado elemento de la naturaleza.

Esto no quiere decir que la compensación e indemnización sean malos instrumentos, o que deben ser rechazados. El punto que se debe dejar en claro, es que esas medidas tienen una utilidad en especial para solucionar los conflictos y daños entre los seres humanos pero son insuficientes para asegurar la integridad y conservación de la naturaleza.

**4. Sistemas de reparación ambiental**

Cualquiera de los daños al ambiente puede dar lugar a consecuencias jurídicas diversas: puede generar una responsabilidad de tipo penal, por constituir un ilícito penal, responsabilidad que comprende: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios morales y materiales. También pueden ser constitutivos de una infracción administrativa, cuya sanción lleva aparejada la obligación de reposición de la situación alterada por el autor y para aquellos supuestos en que la reparación no fuera posible, prevé la indemnización de los daños y perjuicios causados. Pero también puede los daños no sean constitutivos de delito ni de infracción administrativa, y entonces habría que acudir a un sistema de responsabilidad constitucional o extracontractual, a través del cual se disponga el cumplimiento del deber jurídico directo del operador y subsidiario del estado de restaurar y reparar el daño generado sin que concurra relación jurídica previa entre el autor del daño y la víctima.

Nuestro marco jurídico legal ambiental ha establecido algunas modalidades mediante las cuales es posible que los daños ambientales sean restaurados y los derechos de las personas sean reparados, en este sentido se analizarán las medidas de restauración y reparación que se pueden conseguir en las distintas esferas de la responsabilidad ambiental, en especial dentro de la responsabilidad administrativa, penal y civil.

### **a. Reparación ambiental administrativa**

Mediante este sistema el estado establece responsabilidades a los contaminadores ante el evento de que se presenten hechos que puedan ser sancionados sin la necesidad de la intervención judicial. En este sentido, existen dos métodos clásicos de sanción: la sanción económica y la sanción de cumplimiento. A través de la sanción económica se establecen multas por el incumplimiento de la norma, caso típico de las sanciones en las operaciones hidrocarburíferas. En las sanciones de cumplimiento el contaminador se puede obligar a múltiples acciones como establecer un programa de remediación ambiental, cumplir con un programa de auditorías ambientales permanentes, suspender la actividad, reducir los niveles de aprovechamiento del recurso, inclusive dejar de operar si el incumplimiento de la norma está incurso en causales de caducidad o reversión de concesiones o autorizaciones ambientales, para lo cual se encarga a las instituciones competentes del control de la calidad ambiental y los sistemas de prevención, el cumplimiento de estas acciones como de la reparación del daño en caso de que el incumplimiento a la normativa ambiental así lo exige y la autoridad administrativa lo haya dispuesto.

Si bien es cierto que el principio de responsabilidad administrativa, tiene como fundamento la prevención, también existen formas en las cuales la administración actúa de forma precautoria y reparadora. Esto es que, dentro del sistema de responsabilidad administrativa se puede imponer al unísono sanciones como multas, clausuras, y disponer también la reparación del daño ambiental en tanto haya supuesto el incumplimiento de un deber.

Como decíamos, uno de los mecanismos de sanción administrativa por excelencia utilizados en el Ecuador ha sido el imponer sanciones pecuniarias para los casos de incumplimiento de la norma, al efecto se establecen multas, pero las mismas no son empleadas en la reparación del daño. Tampoco se ha creado un fondo para que los recursos que se recaben por concepto de multas se destinan a la reparación de los daños ambientales, como ocurre por

ejemplo en Nicaragua en donde de los ingresos provenientes de las multas, el veinticinco por ciento ingresarán a la Alcaldía del municipio donde ocurrió el daño y el setenta y cinco por ciento restante al Fondo Nacional del Ambiente, con destino a programas para la conservación del ambiente y la calidad de vida de los habitantes del país.<sup>192</sup>

Nuestro sistema jurídico establece un sinnúmero de medidas administrativas que si bien no están dirigidas al ambiente de forma directa, sus consecuencias implican un sistema de prevención o reparación ambiental. Por ejemplo nuestra legislación ambiental establece sanciones administrativas como: decomisos, regularización de las autorizaciones, permisos, estudios y evaluaciones; verificación del cumplimiento de las medidas adoptadas para mitigar y compensar daños ambientales, caducidad, suspensión de actividades, contratación de seguros por riesgo, etc. que facilitan la prevención y reparación ambiental, pues es evidente que la suspensión de una actividad riesgosa disminuye el impacto. A través de la vía administrativa se puede lograr incluso la remediación ambiental y la reparación de daños, el sector petrolero es un ejemplo de dicha aplicación, debido a que el Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas obliga al causante del daño ambiental a cumplir con los programas de remediación ambiental, además de los que sean necesarios para reparar el daño causado.

Sin embargo podemos notar que no obstante su importancia de este tipo de reparación, este sistema es muy limitada debido a que generalmente es aplicada a las actividades de menor relevancia ambiental mientras que las actividades con mayor envergadura como el sector petrolero, la explotación minera o forestal que tienen impactos incluso globales, no son evaluadas de forma oportuna y las sanciones que se establecen reparación no llegan a generar precedentes importantes, más bien promueven el incumplimiento repetitivo de las normas ambientales, al ser sanciones pecuniarias irrelevantes en relación a la inversión y capital que se manejan en estas actividades.

## **b. Reparación ambiental civil**

Una de las discusiones que se ha mantenido en la academia ambiental en esta época es el de establecer un sistema de responsabilidad por el daño am-

---

192 Ley General del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales de Nicaragua que en su artículo 151

biental que lo diferencie del daño civil tradicional, de modo que los sistemas de reparación sean diferentes y atiendan a la solución de las dimensiones de derechos tutelados: derecho de la salud de las personas en relación a un ambiente de calidad; y derechos de la naturaleza en relación a los derechos de mantener y regenerar sus ciclos vitales. Lo cual hace que cada día el daño ambiental tenga una especificidad propia que lo distingue del daño tradicional personal o patrimonial.

Ahora bien, muchos autores diferencian el daño material patrimonial devenido de una contaminación ambiental del daño propiamente ecológico cuando no existe afectación patrimonial de por medio, como puede suceder con los daños provocados en zonas de áreas naturales protegidas, extinción de especies o contaminación del mar, etc., que sin embargo no dejan de tener un elemento de afectación difusa sobre las personas que coexisten y a veces dependen de esos ecosistemas. Michel Prieur señala que el concepto de daño ecológico fue utilizado por primera vez por M. Despax para insistir sobre la particularidad de los perjuicios indirectos resultantes de atentados al ambiente. El autor citado manifiesta que *“la afectación de un elemento del ambiente (el agua, por ejemplo) no puede evitar sus efectos sobre otros componentes del ambiente tomando en cuenta la interdependencia de los fenómenos ecológicos. El daño ecológico es el que trae consigo una afectación al conjunto de los elementos de un sistema y que por su carácter indirecto y difuso no permite en tanto que tal dar paso a derecho a la reparación”*. Por su parte Guido Alpa sostiene que el daño ambiental es un daño causado a un interés colectivo carente de materialidad y de titularidad colectiva, *“mientras que el daño civil constituye una afectación directa a las personas o a sus bienes”*.

Si bien es cierto, debe tomarse en cuenta que muchas veces la producción de un daño al ambiente suele venir acompañado de la generación de daños de carácter civil, cuando por ejemplo, a consecuencia de una agresión al ambiente se afecta a la salud o a los bienes de las personas, sin embargo, en un caso nos referiremos al daño ecológico puro, mientras que en el otro hablamos de lo que podemos llamar daño civil por influjo medioambiental<sup>193</sup>.

Bajo estas premisas podemos observar que los sistemas jurídicos aun no han reconocido de forma clara una especificidad del daño ecológico puro.

---

193 GONZÁLES MÁRQUEZ, José, La Responsabilidad por el daño ambiental en América Latina PNUMA

Sino que más bien se lo trata como daño civil<sup>194</sup>. Un aporte muy importante para el establecimiento de la tutela del derecho ambiental que establezca responsabilidades integrales es la establecida por el Tribunal Constitucional de España, que en la Sentencia 102/95 señala que:

*“el medio ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos los elementos que por sí mismos tienen existencia propia anterior pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente, más allá del individual de cada uno”.*

Las Leyes Fundamentales muestran una tendencia a establecer las bases con arreglo a las cuales el legislador deberá regular el daño ambiental y sus efectos, que básicamente expresan los siguientes principios: (i) todo daño ambiental debe ser reparado, cualquiera que sea su naturaleza (daño individual o colectivo y daño al patrimonio nacional); (ii) la reparación comprende de manera prioritaria la obligación de restablecer las cosas al estado que tenían antes de la generación del daño, si ello es posible (“recomponer”); y (iii) la reparación comprende además la obligación de indemnizar daños y perjuicios causados, incluidos aquellos que no queden cubiertos por la recomposición que se haga del daño<sup>195</sup>

Existe una línea de conducta legal y política dentro de las actividades económicas que se refiere a que las actividades deben desarrollarse de forma sostenibles. Este concepto de sostenibilidad en muchas ocasiones no se presenta en la actividad humana, debido a que se daña antijurídicamente el ambiente, surgiendo como consecuencia la responsabilidad civil, que asoma como un discurso que influye notoriamente en la cadena de producción de bienes.

Este es uno de los grandes aportes que puede hacer la teoría de la responsabilidad civil, en la medida en que a través de la vía civil se pueden determinar indemnización para financiar los costos que ocasiona la reparación de daños ambientales, lo cual será un factor esencial no solamente en la regulación del mercado (costo – beneficio) sino en la valoración propiamente ecosistémica. Es indiscutible que sentencias, así sean en mínimo número, que condenen a empresarios a resarcir perjuicios ecológicos, repercuten ampliamente sobre el costo de la producción de los artículos necesarios para el

---

194 En el caso del Ecuador, a pesar de que tiene una Constitución de avanzada en el tema ambiental se sigue tratando el tema de las indemnizaciones de daño ambiental respecto a los derechos y el patrimonio de las personas que pudieron verse afectados, pero no de los ecosistemas puramente.

195 Raúl Brañas, ‘el derecho para el desarrollo sostenible’

ser humano, sobre el mercado asegurador e, igualmente, sobre el concepto mismo de Desarrollo Sostenible.

Se trata en efecto de que al contaminador le vaya mejor produciendo con el mínimo de contaminación -ojalá al punto cero ideal-, que pagando indemnizaciones por los daños que deba resarcir según las reglas de la responsabilidad civil. En el clásico ejemplo, se trata de que sea más barato colocar chimeneas en una industria, que pagar mediante la indemnización civil la lavandería de los vecinos, restablecer el ecosistema por la muerte de pájaros o, en general, cumplir las obligaciones necesarias para que el derecho vulnerado por el daño quede en la forma más parecida y ojala idéntica, a la que se tenía antes de su advenimiento.<sup>196</sup>

La reparación civil dentro del Ecuador implica en primer lugar responder pecuniariamente ante el daño, con el objeto de pagar los costos que la recuperación demande. Lo conlleva al establecimiento de métodos de valoración de la reparación de los ecosistemas. Implica también por un lado, realizar acciones para reparar los componentes de la naturaleza destruidos, y en la misma acción establecer montos de indemnización por el agravio ocasionado.

La indemnización por daño ambiental civil, según la Ley de Gestión Ambiental, es una indemnización meramente económica que nace en función de la valoración del daño para poder indemnizar lucro cesante, daño emergente, patrimonio público y privado, ecosistemas y derechos. Sin embargo la doctrina nos señala que en caso de que no se pueda subsanar económicamente, se pueden ver medidas alternativas. Como la reparación in situ, esto es que el responsable se haga cargo de realizar determinadas actividades de restauración en el sitio mismo del daño, para cuyo efecto el juez no fijará una determinada cantidad como indemnización sino que dispondrá la práctica de actividades bajo su costo. También se pueden establecer reparaciones civiles ex situ, esto es disponer que el contaminador realice actividades de restauración ambiental fuera del área de su concesión o manejo, para lo cual el Juez podrá determinar la realización de actividades como reforestación de bosques, descontaminación de aguas, cuidado de animales silvestres, etc.

La reparación civil deben contener la restauración del ambiente dañado, es decir los elementos bióticos, naturales y patrimoniales y la entrega de una

---

196 Responsabilidad civil por daño ambiental, Juan Carlos Henao, Profesor titular de la Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia.

cantidad económica al sujeto o comunidad que han sufrido el daño.

La reparación civil tiene que restaurar el ambiente dañado, es decir, sus elementos bióticos dañados, tanto elementos naturales como patrimoniales hasta que el objeto vuelva al estado anterior al daño ambiental. Lo cual genera un problema debido a que el daño natural es por característica irreversible debido a que una alteración externa a su normal funcionamiento rompe su cadena de evolución ecosistémica.

### **- Reparación ambiental penal**

En un buen número de casos de delitos patrimoniales se entiende cumplida la reparación con el mero pago de cantidad que el juez fija como condena por los daños y perjuicios ocasionados a la víctima, sin exigencia de esfuerzo ni consideración de formas de reparación inmaterial o simbólica. Este criterio es preocupante cuando se trata de delitos ambientales en donde la reparación debe incluir elementos de capacidad reparadora en sentido social en que se reconozca el hecho, la verdad la consiguiente responsabilidad.

La peculiaridad de la reparación ambiental se pone a relieve al momento de fijar los alcances de los actos reparadores. La jurisprudencia no nos otorga mayores elementos para analizar y proponer un sistema de reparación penal que sea eficaz para recuperar los sistemas ambientales degradados. Por lo que nos genera una problemática jurídica a la hora de enfrentar el tema, para lo cual podríamos suponer si basta con el mero cese de la actividad contaminante o es necesaria una actividad dirigida a neutralizar o reducir en lo posible los perjuicios ya producidos en el ambiente.

Estas suposiciones además son importantes porque pueden constituirse en atenuantes del delito ambiental, debido a que por ejemplo si alguien deja de verter aguas contaminadas antes del inicio de la acción penal, puede ser interpretado por el juez como que el procesado actuó en lo posible de buena fe, al suspender una actividad que estaba incumpliendo la norma penal.

Estas singularidades y tropiezos en la asignación de medidas de reparación son importantes tenerlas en cuenta debido a que ante las estructura típicas configuradoras de delitos de peligro, el delito se consuma sin que haya manifestado lesión al bien jurídico protegido, los daños son de tracto sucesivo, en muchas ocasiones irreversibles y no son aislados sino parte permanente del comportamiento de una industria u otras actividades económicas nocivas para el ambiente que requieren de medidas concretas que desde el ámbito

penal manifiesten acciones para los responsables.

Si bien el resultado material de la acción penal es la privación de la libertad, esto se torna complicado cuando los actos son realizados bajo la figura de una sociedad de voluntades expresada a través de una empresa, por lo cual al establecerse medidas privativas de libertad en contra del acusado, quien puede ser representante legal o apoderado de la industria que causa el daño, estas medidas son inocuas para la empresa y sus accionistas, quienes con causa legal pueden seguir ejerciendo las mismas acciones y ejecutando inclusive otros actos como si nada hubiera sucedido.

Por tal razón es importante establecer medidas de reparación ambiental en contra de la persona causante del daño, sea esta persona natural o jurídica para que a través de estas medidas la causa penal no quede hueca de reparación.

Si bien nuestro sistema jurídico no prevé medidas concretas de reparación penal ambiental más que las típicas acciones por daños y perjuicios cuantificados en valores económicos, los jueces deberían acudir a la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado para establecer medidas creativas y alternativas para crear precedentes de reparación penal ambiental, sobre todo cuando se trata de acciones realizadas por instituciones corporativas. En este sentido deberían acogerse algunas de las normas que en materia de reparación están contenidas en la legislación penal ambiental venezolana, en donde se establece un sistema que permite sancionar a las personas jurídicas como un medio de disuasión para sus miembros, sin perjuicio de la responsabilidad penal de los gerentes, administradores y directores de las mismas, a condenar a la realización de medidas de restauración o conservación; a aplicar la sanción principal, que puede ser según los casos de prisión, arresto, multa, trabajos comunitarios o prohibición de la actividad origen de la contaminación por un lapso determinado; y a ordenar un conjunto de penas accesorias, entre las que pueden estar las siguientes:

- La inhabilitación para el ejercicio de funciones o empleos públicos, hasta por dos años después de cumplirse la pena principal, cuando se trate de hechos cometidos por funcionarios públicos;
- La inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte o industria, hasta por un año después de cumplida la sanción principal, cuando el delito haya sido cometido por el condenado con abuso de su industria, profesión o arte, o con violación de alguno de los deberes que le sean inherentes;
- La publicación de la sentencia, a expensas del condenado, en un órgano

- de prensa de circulación nacional;
- La obligación de destruir, neutralizar o tratar las sustancias, materiales, instrumentos y objetos fabricados, importados u ofrecidos en venta y susceptibles de ocasionar daños al ambiente o a la salud de las personas;
  - La suspensión del permiso o autorización con que se hubiese actuado, hasta por dos años de cumplida la sanción principal;
  - La suspensión del ejercicio de cargos directivos y de representación en personas jurídicas, hasta por tres años después de la pena principal;
  - La prohibición de contratar con la Administración Pública, hasta por tres años después de cumplida la sanción principal; y
  - El decomiso de los equipos, instrumentos, sustancias u objetos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros ajenos al hecho, y de los efectos que de él provengan.

De la misma manera la Agencia de Protección Ambiental Norteamericana EPA ya ha establecido algunas medidas alternativas en temas de sanción penal, como la reparación in natura sustituta del daño, consistente en que ante la irreversibilidad del daño ocasionado, la empresa deba financiar y ejecutar reparaciones ambientales en otros lugares que necesiten de medidas de reparación ambiental. Adicionalmente se prevé el establecimiento del historial o ficha de cumplimiento ambiental, a través del cual se genera una especie de ficha de antecedente penales de la empresa en donde es posible detectar quienes han sido sancionados por daños ambientales, lo cual resulta bastante útil para algunos países que prevén legislaciones muy rigurosos para las empresas que quieren participar en concesiones o contratos, pues a través de esta ficha se puede saber quienes han cumplido a cabalidad con la normas ambientales y quienes han demostrado una conducta irresponsable.

Como hemos venido sosteniendo, si bien las empresas como personas ficticias no pueden estar entre rejas detenidas, se pueden establecer penas en contra de ellas como medidas de reparación alternativa. Otra de las medidas que nos indica la jurisprudencia española, son las medidas preventivas de nuevos perjuicios, mediante la cual la empresa que realiza una actividad contaminante pacta con la administración un plan de descontaminación gradual de daños que pudieran ocasionarse en lo posterior. Lo importante en este tipo de reparación es que la pena deje de ser personalísima y se traslade a la empresa como promotora y causante de la actividad contaminante. Porque, de qué vale que el gerente esté bajo rejas por un delito cometido por la actividad de su empresa, si a esta nada le afecta, pues aun luego del estab-

lecimiento de la pena a su gerente, la empresa con sus accionistas que son quienes imponen las reglas de juego en las actividades empresariales, siguen ejecutando las actividades que contaminaron con absoluta libertad?

## 5. Valoración del ambiente para la reparación

Previo a establecer medidas de reparación, sea vía indemnización o vía actividades de restauración, se requiere la valoración de los daños para fijar el monto de las indemnizaciones debidas o el número y magnitud de las actividades restauración a desarrollar. Aquí surge un problema pues el objeto de la cuantificación económica, es el ambiente por tanto nos surgen las preguntas: ¿Cómo establecer un valor para este bien? ¿Qué consideraciones se han de tener en cuenta? ¿Cómo justificamos una cuantía frente a un bien invaluable?.

La asignación de un valor económico a los elementos de la naturaleza refleja lo que las personas están dispuestas a pagar por ella, sea para apropiársela o para protegerla (o por su análogo, en la disponibilidad a aceptar un pago como compensación por un daño ambiental)<sup>197</sup>.

El valor ambiental es un “conjunto de técnicas y métodos que permiten medir las expectativas de beneficios y costes” a partir de las percepciones y valoraciones de las personas<sup>198</sup>.

Valorar económicamente el ambiente es una manera de estimular a los entes políticos y a la sociedad en general a la conservación del medio ambiente y “tabular” cuanto estarían dispuestos a consagrar para conservar su entorno para una vida plena presente y futura.

A través de la valoración se intenta el asignar valores cuantitativos a los recursos ambientales de una manera independientes a los que pueden estar establecidos en los mercados, de esta manera vamos a encontrarnos con una serie de bienes y servicios ambientales para los cuales va a ser imposible el encontrar un mercado que generen estos precios.

Partiendo de que la economía es la ciencia que administra los recursos escasos, nos encontramos en un plano en el que si no controlamos y ponemos límites a nuestras acciones para con nuestro entorno natural estaremos en una carestía relativa o absoluta de los mismos.

---

197 Gudynas Eduardo, Ecología, economía y ética del desarrollo sostenible, pág. 71.

198 Manual de Romero (1994)

El importantísimo papel que cumple el analista nos brinda los valores relativos para aplicar correctas políticas preventivas y así establecer criterios frente a determinadas situaciones.

Se debe partir de que el ambiente tiene ya un valor per se, no es necesario que salga a un mercado para tener un precio, o que alguien lo determine, este valor se lo ha ganado por el tan solo hecho de existir y cumple con una serie de funciones que afectan o benefician a las personas que somos los usuarios de este y la degradación o pérdida de los recursos ambientales son un problema económico, ya que trae consigo la desaparición de valores importantes que muchas, por no decir todas, son situaciones irreversibles.

Se debe implementar políticas que construyan las relaciones positivas entre el desarrollo y el ambiente y dejar de lado las relaciones negativas y para esta consumación se requiere de acciones colectivas, coordinación interinstitucional, participación social, asignaciones públicas y privadas, entre otras.

A fin de tomar decisiones que nos conlleven a un manejo sustentable, es elemental plantear estrategias en las que se midan la escala del daño del recurso que se pretende afectar por el proyecto o acción a implementar, identificar las fuentes ineficaces en el manejo de los recursos, cuantificar a estas ineficacias y definir los instrumentos políticos adecuados que pueden ser regulatorios, administrativos, económicos, etc.

Los aspectos económicos de esta relación de naturaleza y sociedad se expresan ya en la valoración económica que los actores sociales hacen de sus recursos ambientales y son clave en un proceso sostenible en nuestra materia. Esta valoración debe incluir los valores expresados por los propietarios (si los tuviere), por los usuarios (la sociedad) las oportunidades de utilización alternativa en la actualidad o a tiempo futuro; y, se expresa parcialmente en el mercado a través del intercambio de bienes y servicios ambientales que distribuye beneficios.

Sin embargo el valor de un bien o servicio ambiental no se refleja en precios de mercado, se puede reflejar en otros índices como son recursos de uso familiar, actividades recreativas, preservación de biodiversidad, etc. Existen casos en los que puede resultar técnicamente imposible; incluso puede llegar a suceder que la mera restauración física de los atributos físicos de un recurso no llegue a recrear todas las características ecológicas del mismo. La evaluación de los costes recuperación de un recurso natural implica diversas dificultades: determinar cuál era en realidad la calidad original del recurso, elegir la forma más rentable de recuperar el recurso, y decidir qué se entiende

por recurso natural o ambiental de valor equivalente al que se perdió.<sup>199</sup>

### **a. Métodos de valoración ambiental.**

Los tipos de funciones que puede cumplir el medio ambiente se pueden clasificar en *funciones mercadeables*, (se pueden expresar los impactos ambientales en cantidades físicas y bienes que pueden ser mercadeables a un precio determinado. Donde el precio de estos bienes puede ser utilizado como una aproximación del valor económico del bien en los mercados locales), *funciones comerciables* (permiten expresar los efectos ambientales en bienes que pueden ser mantenidos en mercados internacionales a un determinado precio. Este precio puede servir como una medida de valor económico del bien a nivel internacional) y *funciones no mercadeables* (asignan un valor económico a los impactos ambientales. No por medio de los mercados convencionales, sino en por medio de la construcción de mercados hipotéticos para los bienes o recursos ambientales)

A la hora de realizar la valoración económica de daños ambientales, es importante tomar en cuenta las múltiples funciones del medio ambiente como proveedor de bienes y servicios a los individuos. También se debe definir el valor del recurso ambiental ya sea como un bien intermedio o como un bien final.

Barbier, menciona que toda base de datos ambientales debe cumplir con requerimientos tales como: una estimación lo más exacta posible de los stock de recursos físicos y las capacidades asimilativas, incluyendo tasas de agotamiento y de adición de los recursos. También es importante incluir la composición de los sistemas de recursos y la caracterización de sus diferentes funciones. Se debe incluir datos que representen la capacidad asimilativa de desechos, las cantidades de contaminación y las tasas de descargas, las funciones productivas, funciones de protección y aspectos socioculturales. La base de datos debe ser flexible. Esto se debe a que los datos por lo general son recolectados por diferentes instituciones al nivel de municipios, zonas o regiones, tomando en cuenta la ubicación geográfica del impacto. Así mismo propone una metodología en la cual clasifica los recursos naturales en recursos no renovables, recursos renovables y no renovables, recursos renovables, capacidades asimilativas de desechos y sistemas de recursos

---

199 Gudynas Eduardo, Ecología, economía y ética del desarrollo sostenible.

naturales importantes. Una vez definido el tipo de recursos lo importante es definir el tamaño del stock del recurso, el nivel de agotamiento y de adición a la base de recursos naturales. Lo ideal para estimar el valor económico del medio ambiente es cuantificar cada una de las funciones de este en términos biofísicos para luego trasladarla a términos económicos. También es necesario que los datos incluyan información sobre los costos sociales que incurre la sociedad al experimentarse una pérdida en las funciones que cumple el medio ambiente.

Se consideran dos grandes bloques de métodos para la valoración ambiental, el primero de estos es el de *preferencia revelada* en el cual se hacen uso de los datos indirectos de mercados con el bien que se va a valorar, generando precios de mercados sustitutivos como son el método de “*Coste de Viaje*” o los “*Precios hedónicos*” y el otro bloque de métodos son los de *preferencia hipotética* en el que se simula el comportamiento del mercado por medio del uso de las encuestas que vendría a ser una “*Valoración contingente*”

También se ha planteado un *valor de uso* que es un valor estimado por el precio que le otorgan los agentes vinculados con ese activo ambiental a través del mercado y que a la vez puede ser: i) *directo* (condicionado por su consumo ej. Plantas, animales, madera, plantas, minerales, etc.); ii) *indirecto* (valor derivado de las funciones reguladoras de los ecosistemas, que forman parte del mercado pese a estar conectado a las actividades de producción y consumo); y, iii) *de opción* (que viene a ser la postergación del uso de un determinado activo ambiental para un futuro).

Además se ha planteado el valor de no uso que se caracteriza cuando un bien o servicio ambiental no tiene un precio ligado al mercado real y su valor económico puede estimarse a través de un mercado ficticio o simulado y se manifiesta cuando una sociedad ha decidido no transformar componentes del sistema natural ya que sentirían una pérdida si este ya no existe en su entorno. Este valor de no uso puede constituirse también en un valor de existencia (se da por lo general a las especies muy raras y es una valoración contingente) y un valor de legado (legar beneficios a generaciones futuras e implica un sentido de pertenencia).

Frente a estos métodos, tenemos los métodos de cálculo de costes, los mismos que se dividen en: métodos directos y métodos indirectos.

Dentro de las metodologías directas tenemos Método del Coste de Viaje que se usan como una aproximación para valorar los servicios recreativos que proporciona la naturaleza cuando una persona tiene que trasladarse a un determinado lugar para disfrutarlos; el método de los precios hedónicos que

consiste básicamente en descubrir todos los atributos del bien que explican su precio, por ejemplo, el costo de una finca con paisaje a una cordillera nevada; el método de prevención de daños, que consiste en cuantificar la valoración de los servicios ecológicos a partir del gasto que se realiza para prevenir su pérdida o deterioro; el Método del Coste de Conservación que se basa en la identificación del gasto realizado en la conservación de un determinado recurso, espacio o especie.

A fin de realizar un correcto proceso de Valoración del Daño se deben efectuar análisis tales como: Temporalidad, características del responsable –costo del Proyecto, beneficios o rentabilidad de la actividad contaminante, costo de producción externalizados, características de la comunidad afectada, relación socio-afectiva de la comunidad con la zona afectada, previsión técnico-científica de los efectos de la contaminación, acción dolosa del agente contaminante, posibilidad tecnológica de atenuar o evitar los efectos del contaminante, costos de restauración- reposición, degradación del ambiente sobre sistemas de recursos naturales críticos y sus diferentes funciones, pérdidas potenciales de las funciones ambientales, entre otros propios de la valoración que se vaya a realizar, así, si se va a valorar un costo de contaminación a nivel productivo, se tendrá que analizar factores tales como daños a la salud, daños materiales, daños a la flora, daños a la fauna; si se va a valorar costos de contaminación hídrica, se debe tomar en cuenta perjuicios a lo que sería la actividad pesquera, la contaminación del agua, las fuentes y cuencas afectadas, etc.; en caso de valoración del suelo y su daño ambiental tomar consideraciones tales como la cadena alimenticia, residuos, desechos tanto sólidos como líquidos, dependiendo el ecosistema que se necesite valorar se usará los correspondientes valores y metodologías.

La información necesaria para este tipo de evaluaciones debe ser diversa y representativa de las múltiples funciones del medio ambiente afectado por el proyecto. Es necesario clasificar las diversas funciones del medio ambiente para luego hacer un buen levantamiento de datos y posteriormente asignar el método de valoración económica de impactos más adecuado.

## **b. La Valoración del daño, como método de cuantificar y cualificar la reparación.**

La valoración del daño debe incluir diferentes enfoques que puedan ofrecer un marco comprensivo de las afectaciones y de su interdependencia. Específicamente debe atender a la relación de las consecuencias identificadas

con el origen causal de las mismas. La mayor parte de las veces este origen está relacionado con consecuencias concatenadas unas con otras (por ejemplo la pérdida de territorio, con deterioro ambiental, con contaminación del agua, con salud). En todo caso se deberían evaluar las medidas tomadas o no tomadas para determinar responsabilidades en la causa, en la falta de prevención o en el mal manejo de los procesos.

Se necesita el concurso de equipos independientes e interdisciplinarios que puedan aportar un punto de vista más global de los diferentes aspectos:

- Identificación del daño
- Origen causal y tipificación de los hechos
- Caracterización de las consecuencias en su contexto social o cultural
- Caracterización de los ecosistema, sus componentes y funcionamiento
- Valoración de los aspectos relativos a la reparación.
- Daños agregados por las respuestas empresariales o estatales que se dan para ocultar el daño incluyendo,

Hay que tener en cuenta que en los casos colectivos las evaluaciones y peritajes suponen no solo la recogida de datos cuantitativos sino también la experiencia de las poblaciones afectadas, de forma que se pueda hacer un análisis más integral y local de las afectaciones. Se necesita definir los indicadores de impactos en las diferentes áreas, así como metodologías comprensivas y adaptables al contexto social y cultural.

Más allá de las novedades de esta aproximación, y la proliferación de metodologías, persisten los problemas ya que la determinación de precios es compleja, e incierta. ¿Cómo determinar el precio del puma como especie? no todos los elementos naturales alcanzan un precio, otros a pesar de que están valorados poseen precios que están asociados sólo a una de sus partes (el precio del árbol medido por la madera pero no por el follaje que lo cubre, como el tallo y las raíces). En tanto el precio está relacionado a la disponibilidad de pagar eso está sujeto a patrones culturales, en la mayoría de los casos el precio lo dispondrá de acuerdo a lo que es conocido y tiene una utilidad, por tanto elementos de especies que son desconocidas pero están el peligro de extinción pasaría desapercibida pues no obtendría ningún valor, más aun aquello que no tiene utilidad para el ser humano.

Como lo sostiene Eduardo Gudynas la valoración económica es en realidad una forma de valuación antes que de valoración. La reducción de los valores de la naturaleza al precio ejemplifica una reducción a una única escala de valores. Las diferentes valoraciones como es el caso de las aprecia-

ciones ecológicas, estéticas, religiosas, culturales, etc., quedan reducidas a la disponibilidad de pagar, y por tanto a una única escala de precios.

## **6. Aproximación a una propuesta de reparación integral del daño ambiental**

De acuerdo a la Constitución ecuatoriana, la Reparación integral del daño ocasionado por una actividad de impacto ambiental es un derecho. Este hace referencia a dos medidas: las primeras se adoptan para las personas afectadas por daños ambientales; mientras que las segundas, las de restauración, tienen que ver con las medidas que se ejercen directamente sobre la naturaleza.

El Art.397 de la Constitución habla de Reparación Integral.

*Art. 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca.*

La reparación se refiere a un conjunto de medidas orientadas a restituir los derechos y mejorar la situación de las víctimas, así como promover reformas políticas que impidan la repetición de las violaciones. La situación se vuelve compleja cuando dentro de las víctimas que debe atender la reparación se encuentra la naturaleza, sujeto de derechos al cual no podemos saber con certeza cual son sus inquietudes respecto a las consecuencias que ocasionó sobre sí, un determinado daño a uno de sus componentes naturales.

Algunos autores como Gudynas, manifiestan que no podemos hablar de reparación cuando se trata de temas ecológicos, pues este término es un término utilizado para las personas. Lo que se debe hablar en términos ambientales es de restauración, que como vimos anteriormente significa la recuperación de las condiciones naturales al estado inicial del que se encontraban antes del daño ambiental.

No obstante esta reflexión, en la práctica cotidiana es difícil que podamos desprender las actividades humanas de la relación con la naturaleza, por tal razón cuando se presentan daños ambientales y deben ejecutarse medidas de reparación integral estas deben observar las dos dimensiones: las personas y la naturaleza.

Por tanto, este concepto sobre reparación y restauración del daño am-

biental conforme se encuentra establecida en la vigente constitución debe aplicarse de forma integral, tanto a los ecosistemas naturales como a las personas, para lo cual debe contemplar al menos tres objetivos fundamentales:

- a) Ayudar a las víctimas (personas, colectivos) a mejorar su situación, reconociendo sus derechos.
- b) Restablecer su relación y confianza en la sociedad y las instituciones.
- c) Recuperar las condiciones y espacios donde se reproduce la vida.

La Reparación, de acuerdo a los estándares internacionales fijados principalmente por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, consta de las siguientes dimensiones:

- a) Restitución;
- b) Indemnización;
- c) Rehabilitación;
- d) Medidas de satisfacción; y
- e) Garantías de no repetición,

Cada una de estas dimensiones puede ser aplicada para reparar y restaurar daños ambientales, más aún cuando el derecho a un ambiente sano es parte integral de los derechos humanos. No obstante es necesario puntualizar que la Naturaleza, al ser considerada un sujeto con derechos propios, se debe aplicar medidas desde la perspectiva de la restauración ecosistémica.

En este sentido la Reparación por daños ambientales debería constar de:

1. La restitución: Es decir, buscar que los afectados vuelvan a la situación original, se restablezcan sus derechos, el lugar y extensión de su residencia, la devolución de sus bienes y de su empleo, etc. Y que no sólo sea valorado en dinero sino en medidas de compensación, como la entrega de una finca, un título de propiedad, hacerse cargo de la salud de los enfermos, entrega de becas, etc.

En el caso de la naturaleza, que se repongan sus condiciones ambientales para que no afecte su ciclo ecológico, esto se logra por ejemplo, devolviendo al hábitat las especies que fueron desplazadas, recomponiendo los suelos, restableciendo la fauna devastada, etc.

2. La indemnización: Es decir, otorgar compensación monetaria por los daños y perjuicios. Esto incluye el daño material, el físico y el moral (por miedo, humillación, estrés, problemas psicológicos, reputación, etc.). Debe ser congruente con el nivel de impacto y mantener un balance entre los servicios que se ofrecen y el aporte financiero, teniendo en cuenta las características de emergencia y las vulnerabilidades

que se creen. Por ejemplo, no es lo mismo indemnizar a los habitantes de la ciudad de Quito por haber recibido en sus tuberías agua con arsénico durante un día, que la indemnización que debe darse a un pueblo o nacionalidad que producto de la contaminación de sus fuentes de abastecimiento de agua hayan sido desplazada de sus tierras.

La indemnización debería servir para invertir en acciones de reparación *in natura* sustituta, es decir cubrir gastos de restauración ecosistémica en otros sitios que pudieran servir de amortiguamiento al área afectada

3. La rehabilitación: Busca la devolución de los derechos a las personas afectadas por los daños ambientales. Por ejemplo, las medidas que pueden activarse podrían ser que las víctimas tengan acceso a atención médica y psicológica así como servicios legales y sociales que ayuden a los afectados a readaptarse a la sociedad. En general, que los componentes ecosistémicos cuyas condiciones fueron afectas sean devueltas o restituidas al estado anterior.
4. Las medidas de satisfacción: Que verifiquen los hechos, se tenga un conocimiento público de la verdad y se organicen actos de desagravio, con sanciones para los agresores y se recuerden los hechos y se conmemoren a las víctimas por muertes o enfermedad. Estos actos deben servir para que la empresa contaminadora no sea tratada en igualdad de condiciones que una empresa responsable del cumplimiento de la normativa ambiental, pues su huella de contaminación debe ser tomada en cuenta en sus actos económicos y de inversión posteriores.

En materia de ecosistemas, puede ser declarando dicha área afectada como patrimonio ecológico, colocar una fecha de recordatorio nacional o local en donde pueda rememorarse el día de su restauración, etc.

5. Las garantías de no-repetición que pretendan asegurar que los afectados no van a volver a sufrir ningún tipo de agresión. Para ello se requiere de reformas judiciales, institucionales y legales, con cambios en los funcionarios, y el manejo y conocimiento de los derechos humanos para evitar la repetición de estas agresiones.

Una buena medida en temas ambientales y de la naturaleza puede ser no permitir la realización de actividades de las mismas características en el lugar donde se produjo el daño, o hacer una declaratoria de

moratoria en la explotación de los recursos, etc.

A pesar de que el ideal de la reparación integral no sea posible, pues se tiene el concepto de que un daño ambiental tiene como características la irreversibilidad, el Estado debe hacer el esfuerzo por acercarse a ella, pues para el Estado la reparación es una oportunidad de integrar a las víctimas en la sociedad y en una naturaleza libre de contaminantes y con relaciones equilibradas, pero también de prevenir nuevos desastres en el futuro.

Esta reparación por lo tanto debe estar en función de:

- Impactos en la naturaleza.
- El Impacto en las personas y familias
- Impactos colectivos (recursos, modo de vida, tejido social, etc.)

Como quedara expresado en líneas anteriores, la reparación del daño ambiental, debe transitar por muchos caminos de reformas, pues tal como está planteado en las leyes, no responde a la necesidad emergente de los daños ecológicos ni a lo planteado por la Constitución del 2008, en donde el derecho ambiental toma una doble dimensión: i) derecho al ambiente sano de las personas implicar medidas de satisfacción; ii) derecho al mantenimiento, conservación y regeneración de los ciclos vitales de la naturaleza. Por tanto la idea de reparación debe distinguir plenamente aquellas acciones que van dirigidas a satisfacer necesidades de compensación humana y aquellas que satisfagan necesidades ecosistémica.

El sistema de reparación que esta contenida en la Ley de Gestión ambiental es insuficiente para interpretar la dimensión de un daño ambiental y su reparación. Aun no está claro en la Ley aspectos de como y en qué medida se puede aplicar la reparación in natura e in natura sustituta, situación que es urgente para que los jueces tengan un camino para definir las áreas sobre las cuales deban aplicar justicia.

Es necesario evolucionar en la identificación de un daño ecológico puro que lo diferencie del típico daño civil, de tal manera que pueda tener un régimen jurídico de aplicación propio para que los jueces y funcionarios públicos puedan desarrollar medidas de protección y sanción en base a elementos de la restauración natural por sobre cualquier interés patrimonial.

## **CONCLUSIONES**



La protección del ambiente es uno de los objetivos del desarrollo que ha tenido mucho interés en los últimos años de parte de los estados. Esta preocupación se ha logrado materializar en las distintas Constituciones y disposiciones legales internas en las cuales se ha tratado de reflejar la demanda de los movimientos sociales, organizaciones políticas y actores económicos que han demandado un mayor control del Estado en la regulación y control de las zonas intervenidas por el desarrollo, en especial por aquellas actividades de extracción de recurso del subsuelo.

La revelación de informes científicos que dan cuenta del enorme impacto que han provocado sobre el ambiente las actividades de desarrollo económico, han puesto en debate la necesidad de buscar alternativas que modifiquen la cultura del desarrollo interno de los países de tal forma que se detenga la contaminación a gran escala que está provocando, la explotación irracional e insostenible de los recursos naturales. Sin embargo esto no se logra simplemente con establecer mayores medidas de control o sanción, pues lo que se debe buscar son alternativas al desarrollo moderno que privilegien el uso de alternativas menos contaminante y debiliten la búsqueda del beneficio económico.

A partir de la constitución del 2008 hay importantes elementos que se han incorporado en los diferentes capítulos respecto a la protección del ambiente y la naturaleza, como la sustentabilidad como norma básica; el buen vivir como forma, contenido y objetivo del régimen económico; la soberanía alimentaria y energética; la protección de los ecosistemas; el derecho al agua como un derecho humano fundamental; el ambiente como un derecho transversal que basa gran parte de su desarrollo normativo, en las normas y directrices que se generan en el campo internacional, etc., si embargo el problema de estos derechos ya no consiste en su reconocimiento, sino en la posibilidad de hacerlos efectivos

La protección ambiental adquiere una doble dimensión: El derecho

al ambiente sano para garantizar derechos individuales o colectivos; y los derechos de la naturaleza, como mecanismos de protección de los ecosistemas y ciclos vitales de la tierra. La naturaleza se incorpora a la estructura del derecho ambiental como un sujeto de derechos.

Al establecerse a la naturaleza como un sujeto de derechos, se rompe con el paradigma tradicional de considerar a la naturaleza como un simple objeto de aprovechamiento para colocarla como un alguien que se merece respeto y un trato en igualdad de condiciones que los derechos de los humanos, esto se evidencia en la prevalencia de la soberanía alimentaria sobre la soberanía energética, al establecerse que ésta última no puede socavar la primera. Este nuevo paradigma tiene sus implicaciones en la exigibilidad de derechos, puesto que ya no son solo los derechos humanos los que están en debate jurídico sino también los derechos de la naturaleza. En todo caso, la aplicación práctica de este mandato se podrá observar cuando se decida administrativa o judicialmente respecto de la ejecución de proyectos de explotación minera y petrolera en zonas donde es evidente el impacto sobre la soberanía alimentaria local, como sucede con la zona agrícola de Intag o Quimzacocha o el campo ITT.

Con el establecimiento del régimen de derechos de la naturaleza y el modelo económico basado en el buen vivir, la Constitución de la República nos presenta un nuevo esquema de protección ambiental y de restauración ecosistémica en donde están interconectados las personas, los recursos naturales y la naturaleza como sujeto de derechos. Este esquema requiere de un cambio de paradigmas en el enfoque y tratamiento de los temas relacionados a aprovechamiento y gestión de los recursos naturales, así como de las acciones que en materia judicial deben implementarse para establecer acciones correctivas y restauradoras de daños ambientales.

En este moderno esquema constitucional, los sistemas de responsabilidad por daño ambiental tal como están diseñados por la ciencia del derecho convencional no son eficaces para el establecimiento de acciones preventivas y reparadoras del ambiente, para ello se requiere un cambio en las disposiciones adjetivas y procedimentales de los diferentes sistemas de responsabilidad que favorezcan la puesta en práctica del nuevo sistema ambiental.

Las políticas públicas, el derecho y la jurisprudencia deben desarrollarse teniendo como referencia que el bien jurídico a proteger en el derecho ambiental ecuatoriano no son sólo las personas sino toda población, tampoco es sólo el ambiente en sí mismo sino otro sujeto de derechos como es la

naturaleza, a quien se le otorga el mismo nivel de protección que los establecidos respecto de los derechos ambientales para los seres humanos.

Si bien el sistema jurídico ecuatoriano establece un sistema de protección constitucional garantista y ecosistémica, el cual establece reglas claras, profundamente ecológicas y abiertamente participativa para la observancia y cumplimiento tanto del estado, los particulares y las empresas, en donde se establecen categorías conceptuales de aplicación directa como la responsabilidad subjetiva, reversión de la carga de la prueba, intangibilidad de áreas naturales protegidas, principio in dubio pro natura, imprescriptibilidad de acciones para sancionar daños ambientales, etc., las mismas serán efectivas en el momento en que el sistema de administración pública y de justicia los asuma como derechos incorporados e inherentes a las practicas ambientales y no como simples aspiraciones ecologistas.

La responsabilidad de los sujetos que interviene en el daño ambiental puede permitir un sistema que mejore la gestión ambiental puesto que al establecerse responsabilidades tanto al causante del daño como al que no realizó el debido control, se configura una corresponsabilidad de cumplimiento que hará más exigente la labor de quienes están en la obligación de prevenir el daño ambiental mediante la implementación de medidas de control.

El sistema de control administrativo, al estar construida bajo el poder del estado que al mismo tiempo es un actor preponderante en la realización de actividades de riesgo a través de la explotación y gestión de los recursos naturales, está imbuida de dependencia del gobierno central, lo cual le resta credibilidad y se constituye en un mecanismos ineficaz cuando se trata de controlar y sancionar a empresas estatales u otras vinculadas con interés coyunturales de turno.

El sistema de responsabilidad civil tiene muchas limitaciones a la hora de establecer reparaciones ambientales, pues su sistema está diseñado en base a la doctrina del derecho de daños patrimoniales, en el cual no es posible concebir los daños ecosistémicos, por lo tanto, se requiere de un nuevo diseño conceptual del sistema en el que sea posible que en un mismo proceso civil se puedan establecer medidas de reparación y restauración, independientes o al unísono de las acciones de indemnización.

Los delitos ambientales tienen su particularidad y es que tanto el daño como los actores del mismo pueden ser inidentificables, complicando la imposición de sanciones debido a que el régimen de responsabilidad penal tiene en sus principios de legalidad, tipicidad, temporalidad, presunción de inocencia una carga conceptual fuerte que desfavorece la puesta en practica

de principios como el de responsabilidad objetiva, reversión de la carga de la prueba, ley penal en blanco, etc., sin embargo, el sistema no será efectivo mientras el procedimiento para establecer la responsabilidad así como los mecanismos de sanción del daño sean los mismos que los establecidos para los delitos comunes, siendo imprescindibles que los operadores de justicia apliquen los principios constitucionales de forma directa, pero pensando que en el corto plazo el sistema judicial debe realizar las reformas tendientes a establecer normas de procedimiento de delitos ambientales que tengan como propósito un tratamiento diferenciado del régimen común de responsabilidad penal.

Los ciudadanos a través del consumo podemos incentivar o descentivar la extracción de recursos que se encuentren en extinción o riesgo, además nuestras acciones públicas o privadas pueden conducir al aprovechamiento racional o irracional de los recursos naturales. Por lo tanto es necesario establecer códigos de conducta para quienes consuman o aprovechen recursos de forma irresponsable, pues los ciudadanos tenemos una corresponsabilidad ambiental como obligación constitucional que cumplir.

Las garantías de protección ambiental se desarrollan en un ámbito de aplicación fáctica, estableciéndose valiosos conceptos como la acción popular, la garantía de protección subsidiaria, directa y de los funcionarios públicos en la prevención ambiental. Así también, la adopción de medidas cautelares y los mecanismos de prevención y control efectivos, rompiendo el viejo esquema de que solo el perjudicado o quien tenga interés directo en el daño ambiental esta apto para iniciar acciones ambientales.

Se establece la reversión de la carga de la prueba como régimen de excepción dentro del sistema de litigio, este establecimiento se debe principalmente a la presunción de responsabilidad del agente contaminador por el principio de responsabilidad objetiva.

Si bien es cierto que Ecuador posee un buen sistema de responsabilidad que permite que los hechos atentatorios al ambiente sean sancionados de forma eficaz y oportuna, no es menos cierto que estas bases constitucionales y normativas por sí sola no resuelven todos los problemas que plantean las particularidades del daño ambiental en lo que concierne a su reparación, pues para que ello suceda es imprescindible que a nivel de políticas públicas y administración de justicia se vaya asumiendo el rol de prevención, control y sanción de los daños mediante como un sistema de responsabilidades que sea independiente de los intereses económicos.

En los sistemas sancionatorios se debe priorizar la reparación del daño

ambiental por fuera de la esfera del derecho civil de modo que se pueda establecer, a más de las indemnizaciones a que tienen derecho los perjudicados, la restauración de los ecosistemas.

Los jueces al resolver sobre acciones constitucionales en temas ambientales no deben considerar como parte principal de su reflexión la carencia de requisitos formales de ejecución de actividades como la licencia ambiental emitida por la autoridad competente, debido a que este a pesar de ser un requisito indispensable para el desarrollo del proyecto se vuelve intrascendente cuando la actividad por sí misma provoca daños que atentan contra los derechos humanos y la naturaleza, en cuyo contexto los jueces deben poner en práctica el principio de precaución y restricción de actividades conforme lo contempla el artículo 73 de la Constitución de la República vigente, pues caso contrario no tendría efectividad una acciones constitucionales que revise los aspectos de legalidad.

La responsabilidad por el daño ambiental se vuelve cada día más cautelara que remediadora, por lo tanto el sistema judicial debe acoplarse a estas particularidades, en especial debe fortalecerse la gestión de los operadores de justicia para que sus resoluciones ataquen el problema planteado y establezcan medidas de prevención, reparación y restauración eficaces.

A demás de los sistemas nacionales, el sistema internacional de justicia y derechos humanos ofrece una gran oportunidad para que aquellos casos que no pueden resolverse internamente, sean resueltos en las instancias internacionales que ofrecen grandes oportunidades de litigio. Lo que debe tenerse en cuenta es que este litigio debe ser estratégico y deberá observarse detenidamente las formas de abordar la problemática de daño y medidas de reparación, pues el sistema internacional a pesar de ser subsidiario ha avanzado más de lo que pensamos en la concepción de integralidad e interdependencia de los derechos humanos.

La situación mas compleja dentro del sistema de responsabilidad ambiental es la referente a la reparación y restauración del daño, conceptos que algunos funcionarios y administradores de justicia aun no tienen claro, lo que impide tener fallos y resoluciones que establezcan sistemas de remediación y reparación ambiental más allá del concepto de indemnización y remediación ambiental. Para ello es importante no perder de vista que el nuevo sistema de reparaciones es personal y natural. Personal en cuanto deben fijarse medidas de reparación integral conforme a la jurisprudencia que ha desarrollado el sistema internacional de protección de derechos humanos; y natural en cuanto deben establecerse medidas de restauración para devolver

a la naturaleza los componentes que hayan sido afectados, independientemente de beneficio de las personas.

Finalmente, considero que para ir avanzando en la configuración de la sustentabilidad y el buen vivir se hace necesaria la puesta en práctica de algunas acciones que desarrollen los conceptos modernos de protección ambiental y derechos de la naturaleza. La primera acción es la promoción ambiental transversal que permita la formación y capacitación tanto a los operadores de las actividades, los consumidores y los jueces administrativos, judiciales y constitucionales, necesarios para comprender la dimensión ambiental y los derechos que están en riesgo cuando se prefiere la utilidad económica perse por sobre la pacha mama. La segunda acción es el trabajo académico, es decir, desarrollar doctrina, artículos y análisis sobre los modernos conceptos ambientales para darle mayor fluidez a la interpretación y que permita que el debate se extienda a distintos actores sociales. La tercera opción es la judicialización estratégica de casos ambientales, pues en la medida que se presiona al sistema judicial se irán desarrollando jurisprudencia vinculante que puede ser trascendental para la solución de futuros conflictos ambientales. Y la cuarta acción es mantener la esperanza y confianza en las instituciones que el estado proporciona para el control y la sanción ambiental. Una confianza que debe ser activa, crítica y propositiva, que al mismo tiempo que utilice el sistema para lograr la restauración y reparación ambiental no renuncie a la movilización social y la resistencia que han sido los pilares fundamentales que dieron forma a la estructura constitucional de la vigente constitución.

## **BIBLIOGRAFÍA**



- Crespo Plaza, Ricardo, Curso de Derecho Ambiental Internacional, compilado para el Instituto de Ciencias Internacionales de la Universidad Central del Ecuador, 2008
- Crespo, Patricio, “Decisiones Ambientales y Liberalismo”, primera edición, Abya Yala, 2008
- Crespo, Ricardo, La responsabilidad objetiva por daños ambientales como mecanismo de participación para el acceso a la justicia ambiental, en Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensiva y protección, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie 16, 2009.
- Crespo, Ricardo, Manual Legal sobre el Medio Ambiente en el Ecuador, Quito, Ecuador, Comisión Asesora Ambiental de la Presidencia de la República, 1995.
- Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, editorial Heliasta, edición 1998.
- Garantías Constitucionales, Manual Técnico, INREDH, segunda edición, abril 2006
- Guaranda, Wilton, “Estudio Comparado de Derecho Ambiental”, INREDH, Quito, octubre de 2009
- Guaranda, Wilton, “Instrumentos Jurídicos par la protección y defensa de los derechos ambientales, aplicado a las actividades hidrocarburíferas”, INREDH, Quito, mayo de 2009.
- Gudynas, Eduardo, Ecología, Economía y Ética del Desarrollo Sostenible, ediciones Abya Yala, 2003.
- Gudynas, Eduardo, El Mandato Ecológico. Derechos de la Naturaleza y líticas Ambientales en la nueva Constitución, ediciones Abya Yala, 2009.
- Hunter, David; Salzman, James y Durwood, Zaelke, International Environmental Law Policy, New York, Foundation Press, 2002.
- Impacto ambiental de las obras de ingeniería. La escultura negra (1915) de Carl Einstein, o sobre el análisis y valoración ambiental de base socio-

económica información paraíso Derecho Ambiental y Sociología Ambiental, 2004.

- Jaquenod Zsogon, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Monografía de la Dirección General del Medio Ambiente, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Ávila, España, Mijan Artes Gráficas.
- Kiss, Alexander, Introduction to International Environmental Law, 1997.
- Martín Mateo, Ramón, Derecho Ambiental, Madrid, España, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.
- Melish Tara. La Protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Yale Law School, CDES, Quito, Ecuador, 2003.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie 10, Carlos Martín Beristain, Diálogos sobre la Reparación, Que reparar en los casos de violaciones de derechos humanos. Primera edición, agosto de 2009.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie 11, Cristina Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, La Protección Judicial de los Derechos Sociales. Primera edición, Ecuador, octubre de 2009.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie 2, Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, 1era edición, Ecuador, octubre de 2008.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie 3, Constitución del 2008 en el Contexto Andino. Análisis de la Doctrina y el Derecho Comparado. Primera edición, Ecuador, noviembre de 2008.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie 8, Globalización y Derecho, compiladores: Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, Primera edición, Ecuador, abril de 2009.
- Narváez Quiñones Iván, Petróleo y Poder: el colapso de un lugar singular Yasuní, FLACSO, 2009.
- Narváez Quiñones, Iván, Derecho Ambiental y Sociología Ambiental, 2004.
- Néstor A. Cafferatta, cuantificación del daño ambiental, México, Septiembre del 2004.
- Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, INREDH, primera edición, julio de 2009.
- Ost, Francois, Naturaleza y Derecho, Para un Debate Ecológico en Profundidad, Ediciones Mensajero, 1996.

- Pérez, Efraín y Montalvo, Ramiro, Manual de Aplicación de Normas sobre Problemas de Desarrollo Sustentable y Biodiversidad en el Ecuador, Quito, Ecuador, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), 1999.
- Pérez, Efraín, Derecho Ambiental, Colombia, Mc Graw Hill Co., 2000.
- Pigrau Solé Antoni, Acceso a la Información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus, 2008.
- Pigrau Solé Antoni, Nuevas Perspectivas de la responsabilidad por daño al medio ambiente, edición Ministerio de Medio Ambiente, España 2006.
- PNUMA, Manual de Legislación Ambiental, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), 1995.
- Quinteros Olivares, Gonzalo; Morales Prats Fermín, Estudios de Derecho Ambiental, Libro Homenaje al Profesor Josep Miquel Prats Canut, Universitat Rívia I Virgili, Edición Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Ramiro Ávila Santamaría, Los Derechos Sociales “del acceso a la información a la justiciabilidad”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Jurisprudencia de la pontificia Universidad católica del Ecuador. Primera edición, Octubre de 2007
- Roberto Ruiz Piracés, Monetización de daños ambientales: una visión desde el derecho ambiental,
- Secaira Durango, Patricio, Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Primera Edición, Quito – Ecuador, 2004
- Serrano Vladimir, Ecología y Derecho, FESO, 1988.
- Stutzin, Godofredo, «Un Imperativo Jurídico. Reconocer Derechos a la Naturaleza», en Ambiente y Desarrollo, N° I, diciembre de 1990.
- Varios autores, Derecho Ambiental, texto para la cátedra, CLD-ECOLEX y MacArhtur Foundation, 2005.

## **Bibliografía Jurídica**

### 1. Legislación Internacional

- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica 1969).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

- Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural
- Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992.
- Convención sobre la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas y Naturales de los Países de América.
- Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional de Trabajo (Ginebra, 27 de junio de 1989).
- Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes.
- Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos.
- Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano de 1972.
- Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (New York, el 19 de diciembre de 1966. -BOE n° 103, 30 de abril de 1977).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (New York, el 19 de diciembre de 1966. -BOE n° 103, 30 de abril de 1977).
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Última Versión. 2009.
- Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, “Pacto de Bogotá”

## 2. Legislación de Ecuador

- Código Civil ecuatoriano (Codificación No. 000. RO/ Suplemento 104 de 20 de Noviembre de 1970).
- Código de Procedimiento Civil ecuatoriano (Codificación No. 000. RO/ Suplemento 687 de 18 de Mayo de 1987).
- Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento 58, 12 de julio de 2005
- Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial Suplemento 360 de 13 de Enero del 2000.
- Código Penal ecuatoriano, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 147 de 22 de Enero de 1971.
- Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Regis-

tro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998.

- Decreto Ejecutivo 1040, Registro Oficial del 8 de mayo del 2008
- Decreto Ejecutivo 1630, publicado en el Registro Oficial No. 561 del 1 de abril del 2009.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536 de 18 de Marzo del 2002).
- Ley de Gestión Ambiental, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 10 de Septiembre del 2004.
- Ley de Hidrocarburos, Decreto Supremo 2967, Registro Oficial 711 de 15 de Noviembre de 1978.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (Ley No. CL 35. RO/338 de 18 de Marzo de 1968).
- Ley de Minería, Publicada en el Registro Oficial NO. 517 del 29 de enero del 2009.
- Ley de Modernización del Estado (Ley No. 50. RO/349 de 31 de Diciembre de 1993).
- Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 del 10 de septiembre de 2004
- Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, Codificación 17, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 418 de 10 de Septiembre del 2004.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Segundo Suplemento. R.O. No. 52, Jueves 22 de octubre del 2009.
- Ley Orgánica de Régimen Municipal
- Ley Orgánica de Salud. Ley 67, Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de Diciembre del 2006.
- Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 del 10 de septiembre del 2004.
- Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No. 244 - martes 27 de julio de 2010 Suplemento
- Proyecto del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomías y Descentralización, COOTAD, pendiente para sanción del Presidente de la República.
- Reformas al Código de procedimiento penal, Registro Oficial Suplemento # 160, el 29 de marzo del 2010.

- Reglamento Ambiental para Actividades Mineras en la República del Ecuador, Suplemento Registro Oficial No. 67, del 16 de noviembre de 2009.
- Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental de Actividades Hidrocarburiíferas del Ecuador, D.E. 1215 (Registro Oficial 265 del 13 de febrero de 2001).

### Jurisprudencia Consultada

- Caso Instituto de Reeducación del Menor, Sentencia 2 de septiembre de 2004, Serie C, No. 112.
- Caso Salvador Chiriboga (Ecuador) (2008), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) No. 179.
- Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, No. 114.
- CIDH, Caso Comunidad de La Oroya c. Perú, Medidas Cautelares otorgadas en 31 de agosto de 2007.
- CIDH, Caso Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus Miembros c. Perú, Informe No. 69/04, Petición 504/03, Admisibilidad, 15 de octubre de 2004
- Corte IDH Caso Pueblo Indígena de Sarayacu c. Ecuador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2004
- Corte IDH, Casos Baena Ricardo y otros, Competencia, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C, No. 104.
- Resolución 1409-2007-RA, del 02 de octubre de 2008, Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Ecuador.
- Resolución de la Corte Constitucional 15, Registro Oficial Suplemento 651 de 7 de Agosto del 2009. Quito, D. M., 23 de julio de 2009. Sentencia No. 015-09-SEP-CC. CASO: 0031-08-EP.
- Resolución de la Corte Constitucional 5, Registro Oficial Suplemento 605 de 4 de Junio del 2009. No. 0005-2008-AA
- Resolución de la Corte Constitucional 567, Registro Oficial Suplemento 23 de 8 de Diciembre del 2009. Primera Sala, No. 0567-08-RA
- Resolución No. 0144-07-RA, Primera Sala Del Tribunal Constitucional, 10 de octubre de 2007.
- Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del caso Acosta Calderón contra Ecuador del 24 de junio de 2005, Serie C No. 129.
- Sentencia No. 007-09-SEP-CC. CASO: 0050-08-EP. Resolución de la

Corte Constitucional 7, Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de Junio del 2009

### Web consultada

- <http://www.cidh.org>
- <http://www.corteidh.or.cr/>
- <http://www.icj-cij.org>
- <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec>
- <http://www.un.org/es>
- <http://www.ambiente.gob.ec>
- <http://www.uo.edu.cu/ojs/index.php/stgo/article/viewPDFInterstitial/1366/988>  
La constitución política. Papel que desempeña en la protección del derecho ambiental, 2003.
- <http://www.gestiopolis.com/canales5/ger/resacompara.htm>  
La Responsabilidad Administrativa Ambiental en el Derecho Comparado.
- [http://www.ine.gob.mx/publicaciones/consultaPublicacion.html?id\\_public=407](http://www.ine.gob.mx/publicaciones/consultaPublicacion.html?id_public=407)
- [http://www.ine.gob.mx/publicaciones/consultaPublicacion.html?id\\_public=407](http://www.ine.gob.mx/publicaciones/consultaPublicacion.html?id_public=407)  
La Transición Hacia el Desarrollo Sustentable. Perspectivas de América Latina y el Caribe.
- [http://www.mamacoca.org/FSMT\\_sept\\_2003/es/abs/henao\\_responsabilidad\\_dano\\_ambiental\\_abs\\_es.htm](http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/abs/henao_responsabilidad_dano_ambiental_abs_es.htm)  
Responsabilidad civil por daño ambiental, Juan Carlos Henao.
- <http://www.pnuma.org/deramb/pdf/derecho-11.pdf>  
Resúmenes de Sentencias Judiciales en Materia Ambiental. PNUMA, Serie documentos sobre Derecho Ambiental, edición 2003.
- <http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=%C2%BFPara+qu%C3%A9+el+esfuerzo+de+tratar+de+aprehender+el+concepto+de+medio+ambiente%3F&btnG=Buscar&meta=>  
Hacia un concepto de medio ambiente. Carlos Jesús Cantuarias Lagunas.
- <http://vlex.com/vid/consideraciones-bien-tutelado-ambientales-237803>  
Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales, James Reategui Sanchez.

