

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

"LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR AFECTACIONES A LA NATURALEZA"

FRANCISCO JOSÉ JÁTIVA YÁNEZ

TUTOR: DR. RENÉ BEDÓN GARZÓN

DICIEMBRE 2016

QUITO - ECUADOR

Quito, 23 de enero de 2017

Señor Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
SECRETARIO ABOGADO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE
Presente

De mi consideración:

En relación a la disertación titulada "LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR AFECTACIONES A LA NATURALEZA" elaborada por el estudiante JOSÉ JÁTIVA YÁNEZ, tengo el agrado de remitir el presente informe:

La disertación se propone enfocarse "en el papel del Estado y cómo su accionar a través de sus distintos estamentos, pueden causar detrimento o afectaciones a la Naturaleza como sujeto de derechos" Al efecto, el autor incorpora, en el Capítulo I de su trabajo, un apartado sobre la Naturaleza como sujeto de derechos y a partir de su análisis deriva en la conceptualización de la responsabilidad y en específico la responsabilidad ambiental, en el ámbito penal y en el ámbito civil, arribando a la responsabilidad ambiental objetiva.

También aborda el análisis del daño ambiental a la luz de un análisis de caso.

En el Capítulo III incorpora un análisis sobre procesos ambientales, desde la perspectiva del Estado como sujeto pasivo de la relación procesal.

La disertación termina con conclusiones y recomendaciones adecuadas.

He observado, además, que el estudio se fundamenta en una bibliografía interesante complementada con entrevistas a juristas argentinos.

Por lo expuesto otorgo la nota de 10.

Atentamente,

Dr. Mario Melo Cevallos
DOCENTE

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA PUCE
RECIBIDO
Fecha 23/01/17 Hora 10:24
N. de Hojas Por

Recibido 25/01/2017

Quito, 22 de febrero de 2017

Señor doctor
Íñigo Salvador Crespo
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
En su despacho

Señor Decano:

En cumplimiento de lo solicitado por el señor Secretario de Facultad, he revisado la disertación titulada "La responsabilidad del Estado por afectaciones a la Naturaleza", de autoría del estudiante Francisco José Játiva Yánez.

Destaco que la temática que ha abordado el estudiante se refiere a un área sobre la que existe aún es necesaria investigación científica y estudios a nivel local. Incluso dentro del ámbito del Derecho de Daños se trata de un área de escasa producción bibliográfica en nuestro país. Por esta razón, inicio por reconocer que es un trabajo suficientemente novedoso que ha permitido a la estudiante realizar un aporte relevante.

En mi opinión, el extenso primer capítulo, dedica casi 80 paginas del trabajo a desarrollar conceptos que sirven como antecedente o están relacionados con el trabajo pero que (i) no constituyen ni abordan directamente el problema y la hipótesis que plantea y (ii) son, en varios casos, cuestiones sobre las que existen abundantes fuentes a las que el lector puede recurrir (por ejemplo: la responsabilidad, elementos de la responsabilidad, tipos y clases de responsabilidad, el principio "el que contamina paga", teoría del riesgo, responsabilidad objetiva, entre otros). En el contexto del trabajo no aparece justificado el tratamiento exhaustivo de esos temas en relación con el problema e hipótesis planteados.

No encuentro suficiente sustento en el apartado 2.6 de la tesina para sostener la responsabilidad subsidiaria del Estado en casos de daño ambiental. Es un asunto, entre otros, sobre los que se podría ahondar en la defensa oral.

El trabajo menciona y en algún caso analiza la casuística de la ex Corte Suprema en relación con la responsabilidad del Estado. Ha dejado por fuera, sin embargo, algunos casos (sin explicar su criterio de exclusión. En particular, no hay mención al caso de la

Recibido 22/02/2017

Comunidad Parcayacu en contra de Petroecuador, resuelto tanto por la Corte Nacional de Justicia como por la Corte Constitucional.

Es relevante, así mismo, considerar para la defensa oral el laudo dictado por el Tribunal conformado por los árbitros Gabrielle Kaufmann-Kohler (presidente) y Briggitte Stern y Stephen Drymer (coárbitros) que, entre otra cosas, aceptó la reconvención del Ecuador en el arbitral internacional propuesto por Burlington y declaró que la compañía es responsable por los daños ambientales causados por el inversionista. Este laudo es posterior a la entrega de la tesina pero podría ser materia de discusión en la defensa oral.

Finalmente, debo indicar que la investigación realizada respeta los parámetros mínimos de rigurosidad científica aplicables. El trabajo contiene las referencias bibliográficas y citas de pie de páginas necesarias para demostrar la tarea investigativa efectuada y el respeto a la propiedad intelectual ajena.

Por las razones que se detallan en este informe, asigno al referido trabajo, la calificación de **9/10 (nueve sobre diez).**

Muy atentamente,

Dunker Morales Vela

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA PUCE
RECIBIDO
Fecha 22/02/17 Hora 15:32
No. de Horas Por

Dedicatoria:

A Dios y la Virgen Inmaculada por hacer de este sueño una realidad.

A Jorge Játiva, mi padre, mi eterno amigo, mi ñaño, mi vida entera y mi constante inspiración, esta es una promesa que no podía dejar de cumplirte.

A Lucía, Anita y Tadeo porque toda mi vida se resume a su felicidad, les dedico este sencillo trabajo como agradecimiento por su amor, apoyo incondicional y confianza.

A María José por el amor, el apoyo constante y el impulso necesario para lograrlo.

Agradecimientos:

Agradezco a mi familia entera por su apoyo, en especial, a Anacélida y Edison porque sin ustedes esto no sería posible.

A Piedad, Rosa, Milton, Marta y Luis por el inmenso cariño demostrado mes a mes y toda la vida.

Al Dr. René Bedón, a quien tengo el alto honor de llamar maestro y amigo; caballero a carta cabal que confió en mí y en quien confío.

ABSTRACT

Environmental responsibility is not new; however, it is fundamental in managing legal relations regarding the environment and all of its components.

The concept of responsibility, as with its application, has evolved over the years both internationally and nationally. This is due to the constant social dynamic in which "new" subjects of rights intervene and the purpose of the legal relations acquires a greater level of protection.

This is particularly true for Ecuador where, unlike the rest of the world, Nature intervenes as a subject of rights in legal relations with public or private agencies, and the subject of said legal relations is the right recognized to nature under the Constitution.

The environmental responsibility regime in Ecuador is based on the legal relationship arising from any environmental damage caused to Nature, as a subject of rights, by the State through its public institutions or officials. The vision of responsibility of the State, with regards to damage caused to Nature, corresponds to the need to control State activities that put Nature at risk, and therefore, the environment of living creatures.

The State may intervene as a renderer of services or agent of private law; in both instances it must adhere to a different responsibility regime. This is also the case for those instances in which damage results from the activities of public officials.

The Ecuadorian legal system has established an entire State responsibility regime based on the environment, which currently regulates everything from the Constitution to environmental lawsuits managed by the General Organic Code on Processes.

Key words:

State – Nature – Responsibility – Subjective – Objective – Damage – Subject

TRADUCCIÓN CERTIFICADA
LENGUATEC
Servicios Profesionales de Idiomas Certificados
CERTIFIED TRANSLATION

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN 6

CAPITULO I 8

LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA AMBIENTAL 8

1.1. La Naturaleza como Sujeto de Derechos 9

1.2. Derechos de la Naturaleza 15

1.2.1. Derecho a la conservación integral 15

1.2.2. Derecho a la restauración 16

1.2.3. Derecho al acceso de medidas precautorias estatales y protección del patrimonio genético nacional 18

1.2.4. Derecho de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades a beneficiarse del ambiente y de las riquezas de la naturaleza que les permita el buen vivir. 19

1.2.5. In Dubio Pro Natura 20

1.3. La Responsabilidad Jurídica. 21

1.3.1. La Responsabilidad: Concepto y Aproximaciones Generales 23

1.3.2. Elementos de la responsabilidad 24

1.3.3. Tipos de responsabilidad ambiental 26

1.3.3.1. Responsabilidad Ambiental Administrativa 26

1.3.3.2. Responsabilidad Ambiental Penal 32

1.3.3.3. Responsabilidad Ambiental Civil 44

1.3.3.3.1. Responsabilidad subjetiva y responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba 46

1.3.3.3.2. Antecedentes jurídicos de la Responsabilidad Objetiva 56

1.3.3.3.3. Principio "El que contamina paga" 57

1.3.3.3.4. Teoría del riesgo 61

1.3.3.3.5. El principio precautorio en el derecho ambiental 62

1.3.3.3.6. Responsabilidad Objetiva 63

1.3.3.3.7. Responsabilidad Objetiva Directa 65

1.4. Análisis de la sentencia del caso Medardo Luna vs. AECA: El daño como fuente de obligaciones. 66

1.5. El Daño Ambiental 70

1.5.1. Características del daño ambiental 73

1.5.2. Categorías del daño ambiental 74

CAPÍTULO II 79

ACTOS Y HECHOS QUE GENERAN RESPONSABILIDAD AMBIENTAL CONTRA EL ESTADO **79**

2.1. La responsabilidad estatal y su evolución 79

2.2. Responsabilidad de los funcionarios públicos 87

2.3. Responsabilidad por emisión de permisos ambientales 92

2.4. Responsabilidad por declaración de áreas protegidas y excepciones autorizadas .. 97

2.5. Responsabilidad del Estado por inadecuada formulación de límites permisibles y otros estándares ambientales. 104

2.6. Responsabilidad Ambiental Subsidiaria del Estado 107

CAPÍTULO III **109**

LOS PROCESOS AMBIENTALES EN EL ECUADOR: EL ESTADO COMO SUJETO PASIVO DE LA RELACIÓN PROCESAL **109**

3.1. La carga de la prueba en materia ambiental 109

3.2. Jurisdicción y Competencia 113

3.3. Inepta Acumulación de Acciones 114

3.4. Legitimidad activa para reclamar daño ambiental 118

3.5. Medidas contempladas en el Código Orgánico General de Procesos en favor de la naturaleza 119

3.6. Imprescriptibilidad de las acciones ambientales 121

3.7. Prohibición de doble recuperación 122

CAPÍTULO IV **126**

CONCLUSIONES **126**

RECOMENDACIONES **129**

BIBLIOGRAFÍA: **131**

ANEXOS **135**

ANEXO 1 ..... **136**

Entrevista al Profesor Doctor Juan Carlos Cassagne **136**

ANEXO 2 ..... **141**

Entrevista al Profesor Doctor Héctor Jorge Bibiloni **141**

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más acuciantes que ha tenido la realidad contemporánea, ha sido y sigue siendo, encontrar el equilibrio entre el desarrollo humano y la conservación del medio ambiente. Y al hablar de desarrollo, debe entenderse como toda actividad de gran o menor escala que pueda mejorar la calidad de vida del ser humano, pero que a su vez comprometa en mayor o menor medida el medio ambiente en dónde estas actividades se llevan a cabo.

Bajo la premisa del desarrollo sostenible, las legislaciones han emprendido una búsqueda de dicho equilibrio, en función de principios de responsabilidad compartida, que han servido como pilares del accionar de los poderes públicos y la sociedad.

En el proceso de búsqueda del equilibrio deseado, nace el Derecho Ambiental, que a lo largo de los años ha tomado cada vez mayor importancia en el accionar de los estados,

Es así que el Derecho Ambiental, recoge elementos e instituciones jurídicas de diferentes etapas evolutivas del Derecho, sin que esto impida que sea hoy por hoy, una rama jurídica vanguardista e innovadora, que ha permitido el desarrollo de modelos regulatorios y estrategias de desarrollo responsable para las sociedades y por supuesto para los diferentes Estados.

Todo lo dicho, no es una excepción para el caso ecuatoriano; por el contrario, nuestro país se ha convertido en un referente mundial en el desarrollo y el amplio reconocimiento de la importancia del medio ambiente y la naturaleza.

Es bien sabido que el Ecuador ostenta dentro de su Constitución, el reconocimiento como sujeto de derechos a la Naturaleza. Sin embargo, a pesar de ser una posición innovadora por demás, no puede obviarse el hecho de que la práctica entraña ciertos aspectos que deben ser tomados en cuenta, a fin de que la aplicación de todos estos reconocimientos constitucionales no devengan en ineficaces o peor aún entren en conflictos con otros derechos.

Justamente este punto el que ha sido considerado como partida para el desarrollo de la presente investigación, enfocándose puntualmente en el papel del Estado y cómo su accionar a través de sus distintos estamentos, pueden causar detrimento o afectaciones a la Naturaleza considerada como un sujeto de derechos.

En el presente trabajo se analizará principalmente el concepto de responsabilidad aplicado al Estado, y se hará referencia a la evolución normativa y judicial generada por la aplicación Derecho Ambiental en el Ecuador.

CAPÍTULO I

LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA AMBIENTAL

El presente trabajo investigativo tiene como objeto analizar el concepto y la aplicación de la responsabilidad en materia ambiental, tomando como punto de partida las generalidades del concepto, a fin de poder ahondar en el análisis de la responsabilidad que tiene el Estado por afectaciones a la naturaleza y al ambiente.

Es necesario reconocer que el concepto de responsabilidad no es nuevo; sino por el contrario, ha sido objeto de constantes análisis y discusiones dentro de las distintas corrientes y doctrinas jurídicas desde los albores del derecho.

La responsabilidad ha sido un concepto que a lo largo de los años ha evolucionado adaptándose a la realidad jurídica de cada legislación. Sin embargo, es un concepto que no opera por sí mismo, sino que requiere de ciertos elementos

El artículo 10 de la Constitución del Estado reconoce a la Naturaleza como sujeto de derechos, dando así un paso jurídico nunca antes adoptado por ningún otro país en el mundo.

"Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.". (Constituciòn de la Republica del Ecuador, 2008)

Como podemos observar, la Naturaleza es reconocida como sujeto de derechos; sin embargo, esta categoría jurídica, está limitada a aquellos derechos que la Constitución le reconozca. Pues bien, en ese sentido debemos analizar dos temas introductorios, el

primero es analizar el alcance de la categoría de sujeto de derechos que tiene la Naturaleza y el segundo es analizar los derechos que le son inherentes.

1.1. La Naturaleza como Sujeto de Derechos

La categorización de la Naturaleza como sujeto de derechos es el resultado de la aplicación de una serie de normas internacionales expedidas en procura de proteger al medio ambiente. Es así que podemos decir que la protección ambiental surgió en la década de los años setenta, cuando se celebró la Cumbre de Estocolmo en 1972, cuyos resultados fueron el reconocimiento de la necesidad de manejar los recursos naturales con mayor grado de responsabilidad, a través de un enfoque amplio, es decir, en el que no solo intervenga el Estado, sino toda la sociedad en sí. (Machicado, 2009)

Sin embargo, la regulación ambiental en el Ecuador tardó cuatro años en incorporarse al sistema jurídico nacional. Es así que en el año de 1976 fue promulgada la Ley para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, como un primer paso en la normativa nacional ambiental.

Años más tarde, como resultado inmediato de la celebración de la Cumbre de Río de Janeiro en 1992, en el Ecuador incorporó de manera constitucional el derecho a vivir en un ambiente sano, a la protección de los ecosistemas y la biodiversidad, el criterio de prevención de la contaminación ambiental y el criterio de la explotación sustentable de los recursos naturales para actividades estatales y privadas. (Ministerio de Ambiente del Ecuador, 1999)

Con el paso de los años el derecho ambiental fue consolidándose a escala global. En el caso del Ecuador, el año de 1998 fue crucial para el avance del derecho ambiental y

a mi criterio, la antesala para lo que ha venido con los años posteriores, hasta llegar a la actualidad.

En 1998 se promulgó la Constitución Política del Estado, vigente hasta octubre de 2008. En dicha Constitución se reconocieron una serie de principios ambientales como el de prevención, precaución y rehabilitación. . (Constituciòn Politica de la Repùblica del Ecuador, 1998) No obstante, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado de sus delegatarios y concesionarios por daños al ambiente, no fue realizado directamente por la Constitución Política del Estado, sino que las sentencias judiciales que aplicaron la norma constitucional lo hicieron, de modo que considero que ha sido el mayor logro de la aplicación de la norma ambiental y por tanto ha servido para el desarrollo de conceptos jurídicos propios de nuestra legislación

Ya en el año de 2008, con la promulgación de la Constitución del Estado, vigente a la presente fecha, se dieron pasos más avanzados en procura de la protección ambiental. Entre las principales innovaciones podemos encontrar la imprescriptibilidad de las acciones ambientales, que se complementan con el recientemente promulgado Código Orgánico General de Procesos; el *indubio "pro natura"*, la Naturaleza como sujeto de Derechos, la Responsabilidad Objetiva con inversión de la carga de la prueba y por supuesto la responsabilidad del Estado de carácter inmediata y subsidiaria en temas ambientales. (Contituciòn de la Repùblica del Ecuador, 2008)

Como hemos visto el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos, tiene origen constitucional. Sin embargo, es necesario entender qué entraña esta concepción poco usual sobre la naturaleza.

A lo largo del desarrollo de la doctrina civilista, desde sus orígenes en Roma, la concepción de sujeto estuvo íntimamente ligada a la calidad de persona. Es decir, no podía entenderse una relación jurídica sin que en ella intervenga una persona, que se consideraba como sujeto de derechos.

Ahora bien, vale decir que en sus orígenes la concepción de sujeto de derechos no se otorgaba o se reconocía por el mero hecho de ser persona, sino que estaba sujeta a que la persona cumpla ciertos requisitos o calidades. Pues bien, con el paso de las décadas, el reconocimiento de sujeto de derechos a toda persona se fue haciendo más común y palpable.

En la actualidad sería absurdo en la cultura occidental poner en duda si una persona es sujeto de derechos o no. No obstante la idea de considerar a la Naturaleza como sujeto de derechos, da un paso adelante dentro de las consideraciones pragmáticas adoptadas por la doctrina civilista en relación a la exclusividad de la persona como sujeto de derechos.

Tal es la relación entre los conceptos de persona y sujeto de derechos que según el célebre jurista Monseñor Juan Manuel Larrea Holguín, consideró en su obra que "jurídicamente las personas son seres capaces de tener derechos y obligaciones. Se dice que la persona es todo sujeto de derechos." (Larrea, Manual Elementario de Derecho Civil del Ecuador, 2005, pág. 11)

Es así que por ejemplo que en la doctrina peruana se considera que "sujeto de derecho es un centro de imputación de derechos y deberes, adscribible, siempre en última instancia a la vida humana". (Espinosa, 2006)

Por otro lado Hans Kelsen, considera a la categoría de Sujeto de Derecho como una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. (Kelsen, 1987)

De igual manera haciendo eco en las concepciones anteriores, en México el jurista Recasens Siches, es claro en reconocer únicamente como sujetos de derecho a la persona en su calidad de natural o jurídica. Según este autor es el derecho el que reconoce a las personas, ya sean naturales o jurídicas. Y es el mismo derecho el que otorga personalidad jurídica que en esencia es el reconocimiento de deberes derechos subjetivos. (Recasens, 1977)

Es claro ver cómo para todos estos autores la noción de sujeto de derecho está ligada exclusivamente a la vida humana. Es por ello que la adopción de la naturaleza como sujeto de derechos, a mi manera de ver, trastoca las ideas tradicionales civilistas, y a su vez marca un referente único, dejando claro que la exclusividad de las personas para ser sujetos de derechos no existe como tal, sino que puede extenderse dicha exclusividad a otros "seres".

Pues bien, aterrizando estos conceptos y aplicándolos a la presente investigación podemos concluir que sujeto de derecho, es una atribución que tiene un ser, para ejercer y expresar la calidad que ostenta y por tanto todas sus atribuciones que le han sido reconocidas.

El reconocimiento constitucional, es el reflejo de la aplicación de instrumentos internacionales orientados para la protección del medio ambiente. Por ejemplo la Carta de la Naturaleza celebrada en 1992, reconoce una visión ecocéntrica en el manejo normativo del ambiente.

Al decir ecocéntrica, nos referimos al reconocimiento de una visión normativa orientada primordialmente a la garantía de protección al medio ambiente. Esta posición es contraria a la tradicional antropocéntrica, que limitaba el reconocimiento de derechos a entes que no sean personas naturales o jurídicas. Es decir, bajo esta perspectiva la Naturaleza no es más que un objeto de la relación jurídica.

Ya hemos dicho que la Naturaleza como sujeto de derechos, es un caso peculiar, entonces surge la duda de definir si es plenamente un sujeto o es un objeto con derechos.

Considero que nos encontramos frente a una mixtura entre ambas posiciones, ya que la Naturaleza es sujeto de derechos por reconocimiento de norma constitucional, pero con limitaciones centradas en los derechos reconocidos en la Constitución; de modo que tácitamente se infiere que en cualquier otro derecho no reconocido por la reserva de Ley, no le puede ser atribuido, dejando así a la Naturaleza como objeto en todas aquellas relaciones jurídicas no contempladas dentro de sus derechos.

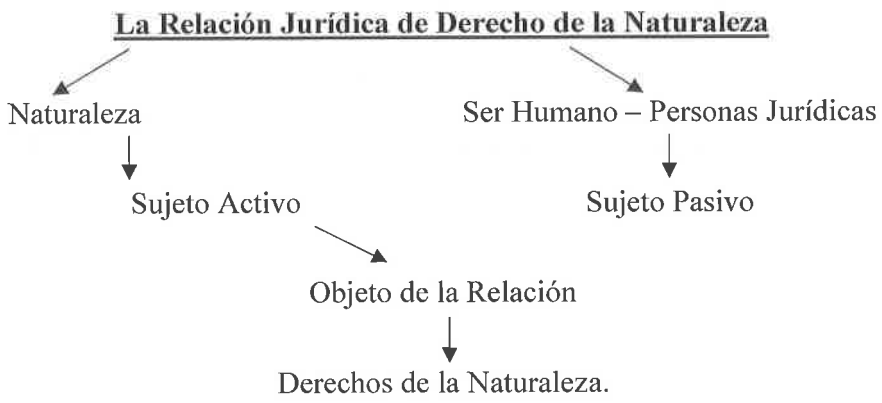


Figura 1: La Relación Jurídica de la Naturaleza como sujeto activo

Elaborado por: Francisco José Játiva Yánez

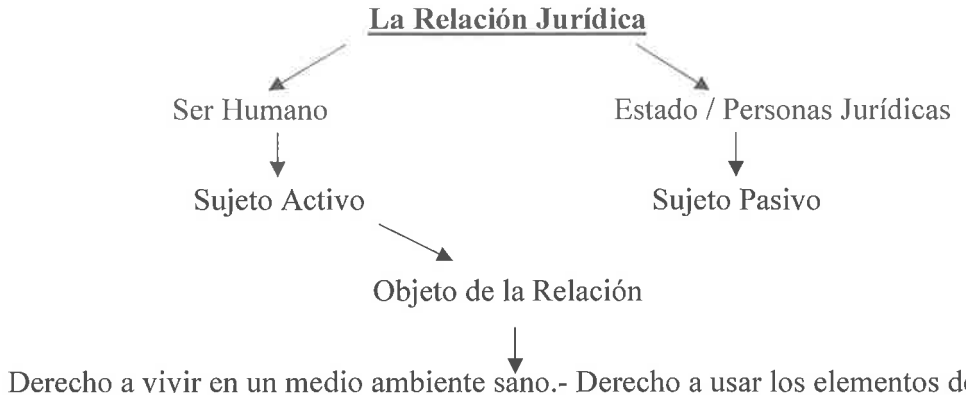


Figura 2: La Relación Jurídica de la Naturaleza como objeto

Elaborado por: Francisco José Játiva Yánez

Como puede verse en ambas ilustraciones, la naturaleza puede ser considerada dentro de las relaciones jurídicas como sujeto o como objeto, esto obedece a las circunstancias en las que se encuentre. Tal como hemos dicho, si la relación jurídica se establece para exigir el cumplimiento de los derechos de la naturaleza, está será considerada como sujeto activo. Mientras que, si la relación jurídica se trata sobre otros derechos no reconocidos a la naturaleza sino al ser humano, pues será considerada como objeto.

Al ser la Naturaleza, un ser que no puede ejercer por su propia cuenta sus derechos, ni tampoco se le pueden exigir obligaciones, nos encontramos frente a una posición *sui generis*. Frente a este escenario, la legislación ecuatoriana ha reconocido ciertos derechos atribuibles a la Naturaleza en su calidad de sujeto.

1.2. Derechos de la Naturaleza

La Constitución del Estado reconoce ciertos derechos que empatan con la disposición del inciso segundo del artículo 10 del mismo cuerpo legal, que reconoce a la Naturaleza como sujeto de derechos.

1.2.1. Derecho a la conservación integral

En primer lugar el artículo 71 de la Constitución en su inciso primero reconoce el derecho a la Conservación Integral que dice: *"La naturaleza o Pacha Mama, 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"*. (Contituciòn de la Repùblica del Ecuador, 2008)

De la lectura del artículo precedente, entendemos que como derecho perteneciente a la Naturaleza, está la garantía a que se conserve o preserve su integridad en un sentido amplio. Sin embargo, surge la duda por saber hasta qué punto esta garantía es aplicable respecto de las actividades que realiza el ser humano y en esencia requieren de los elementos de la naturaleza.

Pues bien, el reconocimiento del artículo 71 no es contrario al artículo 74 de la misma Constitución, que a su vez consagra el derecho "humano" a utilizar un determinado componente de la naturaleza para satisfacer las necesidades del ser humano.

Esto concuerda con lo dicho en líneas anteriores, respecto a que la Naturaleza tiene una dualidad jurídica, es decir, que se la debe considerar como sujeto de derechos cuando la pretensión sea ejercer, reclamar o garantizar los derechos exclusivos que se

le han reconocido; mientras que, en todas las relaciones jurídicas no contempladas, se considera a la Naturaleza como un objeto.

No obstante, considerar a la Naturaleza como objeto no implica estar autorizado a realizar un aprovechamiento excesivo y desmesurado; por el contrario, el reconocimiento de derechos a la Naturaleza supone intrínsecamente, un freno al abuso del ambiente por parte de los seres humanos.

1.2.2. Derecho a la restauración

Ese derecho apunta a la Restauración de la naturaleza en todos sus ciclos y sus elementos. Está reconocido en el artículo 72 de nuestra Constitución, que textualmente dice: *"Art. 72.- 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 dependan 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." (Contituciòn de la Repùblica del Ecuador, 2008)

Como se puede observar, se establece como garantía constitucional a favor de la Naturaleza, la restauración de su integridad, es decir, de los ciclos naturales, de los parámetros de los componentes naturales y demás, que se vieron afectados el momento

en que la conservación no pudo ser garantizada y los elementos naturales sufrieron un daño o detrimento.

La idea principal del reconocimiento de la restauración es justamente corregir el daño al ambiente y devolver el estado de las cosas a como se encontraban antes del evento que comprometió al ambiente.

Este derecho es de vital importancia, ya que permite dos cosas importantes, que a mi criterio sirven para un adecuado manejo entre las actividades humanas y la conservación del ambiente.

En primer lugar, más allá de garantizar la restauración física de la naturaleza, el artículo 72, dispone que las indemnizaciones serán independientes a la restauración. Y a su vez, lo ordena como obligación del Estado y de los individuos o colectivos. (Contituciòn de la Repùblica del Ecuador, 2008)

Se entiende que la restauración no tiene carácter de excluyente respecto a las indemnizaciones que se originen a favor de los individuos que se hayan visto afectados por el daño al ambiente. Y esta distinción es de vital importancia para poder entender más adelante, la evolución de la normativa procesal ambiental considerada desde 1998 hasta el año 2016, con la aplicación del Código Orgánico General de Procesos, como veremos más adelante.

En segundo lugar, el artículo 72 en su inciso final habla de "impactos graves", abriendo la puerta así para que se reconozca que hay distintos tipos de impacto al ambiente, y al calificarlo como grave, entendemos que habrá impactos de menor magnitud, que es justamente un punto que también abordaré más adelante.

1.2.3. Derecho al acceso de medidas precautorias estatales y protección del patrimonio genético nacional

Otro derecho reconocido constitucionalmente a la naturaleza se encuentra en el artículo 73 de nuestra constitución. Este artículo dice: *"El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.*

Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional." (Contituciòn de la Repùblica del Ecuador, 2008)

A mi criterio este derecho se divide en dos partes, la primera que se refiere a una obligación estatal en cuanto a la garantía que este debe brindar a la naturaleza para evitar que ecosistemas sensibles o especies en peligro sufran alteraciones que afecte sus ciclos y su propia existencia.

En este sentido es deber del estado velar que las actividades industriales que autorice a realizar a un tercero o inclusive siendo el mismo estado quien las realice no causen un impacto mayor al autorizado.

Esta parte del artículo 73 resulta importante para la protección de la naturaleza, pero a su vez peligroso para el accionar estatal. Esto debido a que el Ecuador como veremos en el siguiente capítulo es un país que cuenta con un número alto de áreas protegidas ambientalmente en relación a su territorio, esto a causa de la riqueza biológica de las distintas zonas.

No obstante, pudiera llegar a darse el caso de que el Estado a través de sus autorizaciones a terceros o a través de sus empresas públicas o mixtas provoque daños irreversibles a estas zonas y por tanto a todos sus elementos bióticos o a sus recursos naturales. En este supuesto es fácil notar la responsabilidad que tendría el Estado a través de sus estamentos por incumplir la disposición constitucional y por tanto no haber previsto las afectaciones de zonas y elementos ambientalmente sensibles.

Como segunda parte del artículo citado, se prohíbe la introducción y alteración del patrimonio genético del país a través de elementos organismos o material orgánico o inorgánico. Esto quiere decir que una vez identificadas las zonas y especies que requieren protección especial será el Estado quien dentro de sus obligaciones impida que elementos exógenos alteren las especies y ecosistemas propios del país.

Ejemplos de zonas y especies únicas o de gran importancia científica sobran en el Ecuador, y precisamente ahí radica la importancia de la protección y preservación que le compete al Estado para que a través de sus políticas públicas o actos administrativos se garanticen este y todos los derechos reconocidos a la Naturaleza.

1.2.4. Derecho de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades a beneficiarse del ambiente y de las riquezas de la naturaleza que les permita el buen vivir.

Si bien es cierto, el aprovechamiento de las riquezas de la naturaleza y el beneficio del ambiente no es un derecho de la naturaleza como tal, sino un derecho de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; no puede obviarse el hecho de que este derecho trae consigo una limitación respecto al aprovechamiento de los recursos naturales.

Dicha limitación consiste en que el uso de los recursos naturales están autorizados siempre y cuando sirvan para garantizar el buen vivir del ser humano, mas no está permitido el sobre aprovechamiento de los recursos, ya que la esencia del equilibrio se ve afectada en estos casos.

Por otra parte el artículo 74 declara que los servicios ambientales no serán objeto de apropiación, por lo que su producción, uso y aprovechamiento serán exclusivamente atribuibles al Estado.

Esta limitación única a favor del Estado conlleva a mi criterio el manejo con alto sentido de responsabilidad y respeto por los ciclos naturaleza, razón por la cual la garantía de los derechos de la naturaleza adquiere una mayor importancia y necesidad. No obstante, dicho manejo requiere que se lo realice de manera prudente a fin de cuidar la vida del ser humano individual y colectivamente a través de la provisión de servicios de calidad y por otra cuidando que la provisión de dichos servicios no afecte en el tiempo a la naturaleza comprometiendo los recursos de generaciones futuras.

1.2.5. In Dubio Pro Natura

Si bien es cierto el in dubio corresponde a un principio y no a un derecho, considerando el caso único de la Naturaleza como sujeto de derechos, creo que el in dubio a su favor procede como un derecho.

La Constitución vigente 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"*

Esta disposición es una clara muestra de la posición ecocentrista adoptada por el Ecuador. Implica que en caso de dudas sobre la aplicación de normas respecto a la Naturaleza se optará por la más favorable a la naturaleza.

Sin embargo, considero que es aplicable solamente cuando las normas en conflicto involucren temas exclusivamente ambientales.

Así por ejemplo un supuesto hipotético en el que la Ley de Minería permita la extracción a cielo abierto en zonas protegidas, mientras que la Constitución prohíbe el aprovechamiento de recursos en zonas ambientalmente protegidas.

En ese caso, el in dubio pro natura será aplicado y las zonas protegidas no serán objeto de minería a gran escala. Pero en los casos en los que la protección ambiental se vea vulnerada por aprovechamiento justificado argumentándose derechos humanos, este principio entra en conflicto con otro principio que es el pro homine.

Al tener dos conflictos de igual jerarquía se deberán aplicar los criterios de temporalidad, proporcionalidad, necesidad, etc. Todo esto tendrá que definirse en el supuesto en que ambos principios entren en conflicto, no obstante podemos concluir que la implementación del in dubio pro natura, constituye un paso a favor de la protección de los derechos de la naturaleza y que por tanto garantiza en cierta medida la protección ecosistémica y la reparación integral.

1.3. La Responsabilidad Jurídica.

Poder determinar verazmente la existencia de responsabilidad sobre un hecho concreto y a su vez atribuir las consecuencias de tal suceso a un sujeto determinado, es una tarea

a la que apuntan todos los ordenamientos jurídicos indistintamente. Sin embargo, dicha tarea se ve frenada en razón de que no opera de igual forma en todas las ramas del derecho, y me parece que esta es la primera puntualización que se debe tener en cuenta para entenderla responsabilidad en materia ambiental.

Como vamos a ver más adelante la responsabilidad es un concepto que se encuentra presente en todas las ramas del derecho, no es posible considerar que exista el derecho sin sujetos infractores del ordenamiento jurídico. Es importante tener en claro que la ciencia jurídica responde a la dinámica social; son los hechos sociales los que generan a manera de reacción las regulaciones del ordenamiento jurídico de cada Estado, razón por la cual el Derecho se encuentra en constante cambio y transformación. Tal es así el vertiginoso cambio al que se ven sometidas las legislaciones ha generado un desarrollo de normativa ambiental a nivel nacional e internacional.

El presente trabajo de investigación tiene como fin ulterior determinar el régimen de responsabilidad ambiental que se aplica en el Ecuador analizando el desarrollo de este concepto a través de los años. Por otra parte una vez determinado el régimen de responsabilidad en materia ambiental se tomará como objeto de estudio el carácter dual que tiene el Estado como agente regulador y como operador, de tal forma que pueda determinarse el grado de responsabilidad que tiene por afectaciones a la naturaleza y al ambiente.

1.3.1. La Responsabilidad: Concepto y Aproximaciones Generales

La responsabilidad es un concepto que ha sido objeto de múltiples discusiones, análisis y por lo tanto transformaciones sustanciales. Sin embargo, en la actualidad contamos con criterios doctrinarios que son válidos para fijar las bases para el análisis sobre el alcance y aplicación de la responsabilidad en materia ambiental.

En este sentido es menester que partamos desde una definición general del concepto de responsabilidad para después abordar el concepto de responsabilidad desde una óptica ambiental.

Para Guillermo Cabanellas, la responsabilidad "es la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado". (Cabanellas G. , Diccionario de Derecho Usual, 1976)

Si nos detenemos a analizar este concepto podemos apreciar que para que exista responsabilidad deben confluir tres elementos indispensables:

a) Un hecho o un suceso
b) Una afectación
c) La obligación de reparar el daño.

Ordenando lógicamente los tres elementos enunciados podemos decir que la responsabilidad es la obligación de reparar un daño o una afectación causada a un bien jurídico protegido por parte de un sujeto determinado.

La importancia de determinar la responsabilidad de un sujeto sobre un acto es reparar el daño causado, cada legislación apunta a que el sujeto que obró de determinada forma

y que en razón de ello se vieron afectados bienes jurídicos responda para reparar, corregir o compensar el daño.

Es preciso señalar que las relaciones jurídicas son diversas y constantes en todos los ámbitos de convivencia social del ser humano. Puede considerarse que toda relación jurídica es generadora de obligaciones; razón por la cual es factible pensar que toda relación humana es intrínsecamente una relación jurídica y se generan de manera natural o de manera expresamente determinada.

Sin importar la corriente jurídica que se adopte, no puede negarse que desde la antigüedad e incluso previa la aparición del Derecho formal, el hombre estaba obligado a desempeñar roles, acciones y tareas en función de la convivencia social.

Tomando en cuenta el desarrollo de las sociedades, entendemos que tal evolución trajo consigo la instauración del derecho positivo, que permitió regular las relaciones jurídicas de los sujetos del derecho, y por tanto determinar la responsabilidad de estos cuando se ocasionaba daños o causaban detrimento.

En la actualidad, las legislaciones procuran adelantarse a la dinámica social y reglar los distintos escenarios que provoquen daños a otros sujetos del derecho o que pudieran llegar a presentar afectaciones a terceros.

1.3.2. Elementos de la responsabilidad

El concepto de responsabilidad está directamente ligado a la existencia de un hecho que irrogue daño o provoque detrimento a un sujeto o a un bien jurídico protegido, de modo que se obliga al sujeto que ha causado tal perjuicio a resarcir el daño causado.

Ahora bien, a fin de centrar la definición de responsabilidad de manera adecuada, es necesario que incorporemos como elemento adicional para el régimen de responsabilidad y este elemento es la sanción. No es posible pensar en la aplicación de la responsabilidad sobre un hecho dañoso, sin que el sujeto a quien se le atribuye tal responsabilidad no reciba una sanción.

Es así que el Código Civil ecuatoriano establece en el Título XXXIII los elementos de la responsabilidad y dice que para que una persona se encuentre o tenga la obligación de resarcir los perjuicios debe existir un hecho delictual o cuasi delictual y deben presentarse los siguientes elementos:

I. Un hecho: la existencia de un hecho que produzca la modificación o transformación de una situación anterior.
II. Culpa: que se define como un elemento de factor subjetivo (de sujeto) que determina la relación entre el hecho y la voluntad, o lo que es lo mismo, entre el hecho y un sujeto a quien atribuirle la realización del mismo. Como más adelante se explicará, la culpa se refiere tanto al hecho doloso como al culposo.
III. Un nexo causal (relación de causalidad): es indispensable que el demandante establezca la relación causa-efecto entre el hecho de la persona, cosa, etc., y el daño que debe ser reparado.
IV. Daño o menoscabo: es la lesión de un bien o de un patrimonio en su aspecto económico, pecuniario o material, como consecuencia directa de un hecho atribuible a un autor. (Còdigo Civil, 2005)

Con estos elementos podemos entender a toda luz el proceso lógico jurídico que se debe realizar sobre un hecho que ha ocasionado afectaciones a un tercero y su posible

imputación a un sujeto determinado. Es decir, un hecho que ha causado detrimento a bienes jurídicos protegidos debe conllevar intrínsecamente un grado de culpabilidad y si sobre este daño influyó la voluntad del sujeto para que el acto dañoso haya sido ocasionado. Posterior a ello interviene el nexo causal comprendido como la relación causa-efecto entre el acto dañoso y el nivel de afectación ocasionado. Finalmente se determina el daño causado a bienes jurídicos protegidos.

En este sentido la legislación ecuatoriana recoge el criterio de culpa y el nexo causal, a fin de atribuir la responsabilidad de un suceso a un sujeto, pero llega un paso más que es la determinación real de la sanción en función de si existe culpa o dolo.

1.3.3. Tipos de responsabilidad ambiental

1.3.3.1. Responsabilidad Ambiental Administrativa

En la legislación ecuatoriana existen distintos tipos de responsabilidad y a su vez distintos campos sancionatorios. En el contexto que se pretende dar a la presente investigación jurídica nos delimitaremos a tratar a la responsabilidad ambiental en las distintas ramas del derecho. En este sentido vale la pena partir reconociendo que en materia ambiental existen clases de responsabilidad:

1. Responsabilidad Ambiental Administrativa
2. Responsabilidad Ambiental Penal
3. Responsabilidad Ambiental Civil

Empezaré abordando la responsabilidad ambiental administrativa a fin de terminar con la responsabilidad ambiental civil que como veremos más adelante, ya que es la que más aristas tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La responsabilidad ambiental administrativa surge como acto de control por parte de los estamentos públicos en contra de un regulado determinado. En el caso ecuatoriano, en materia ambiental el órgano de control y regulación es el Ministerio del Ambiente que a su vez pertenece al poder ejecutivo. Sin embargo, las atribuciones de control ambiental están dadas a los Gobiernos Autónomos Descentralizados que se rigen por normas distintas a las del poder ejecutivo.

En el caso del Ministerio del Ambiente al ser un componente institucional del Poder Ejecutivo se rige por el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva o mejor conocido como ERJAFE.

Este cuerpo legal establece la estructura general, el funcionamiento de las instituciones públicas del ejecutivo, los procedimientos administrativos y demás normas referentes a responsabilidad.

Es así que el artículo 100 y siguientes determinan el procedimiento administrativo común aplicable a las instituciones del ejecutivo.

Art. 100.- El presente Libro de este estatuto establece y regula el procedimiento administrativo común de la Administración Pública Central, según se la define en el artículo 2 de este estatuto" ERJAFE. (Ministerio de Industrias y Productividad, 2014)

Por otra parte el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización – COOTAD, establece el procedimiento administrativo sancionador en su artículo 395.

Art. 395.- Potestad sancionadora.- Los funcionarios de los gobiernos autónomos descentralizados, encargados del juzgamiento de infracciones a la normativa expedida por cada nivel de gobierno, ejercen la potestad sancionadora en materia administrativa.

Los gobiernos autónomos descentralizados tienen plena competencia para establecer sanciones administrativas mediante acto normativo, para su juzgamiento y para hacer cumplir la resolución dictada en ejercicio de la potestad sancionadora, siempre en el ámbito de sus competencias y respetando las garantías del debido proceso contempladas en la Constitución de la República. En el gobierno parroquial rural, corresponde el ejercicio de la potestad sancionadora al presidente o presidenta de la junta parroquial rural.

La potestad sancionatoria y los procedimientos administrativos sancionatorios se regirán por los principios de legalidad, proporcionalidad, tipicidad, responsabilidad, irretroactividad y prescripción. En casos de infracción flagrante, se podrán emplear medidas provisionales y cautelares de naturaleza real para asegurar la inmediación del presunto infractor, la aplicación de la sanción y precautelar a las personas, los bienes y el ambiente.

Para tal efecto, se considerarán infracciones objeto de las sanciones establecidas por los gobiernos autónomos descentralizados, todo incumplimiento por acción u omisión a las normativas expedidas por éstos." (Còdigo Orgànico de la Organizaciòn Territorial Autonomìa Descentralizaciòn, 2010)

En la esfera administrativa la responsabilidad se determina a través de procedimientos administrativos sancionatorios, es decir, el procedimiento tiene como objeto sancionar un hecho antijurídico que conforme a las potestades de la institución pública le corresponde corregir y de ser el caso sancionar.

El proceso administrativo sancionatorio se inicia a través de un auto administrativo, que a pesar de presumirse legal, debe cumplir con las garantías referentes al Debido Proceso por ejemplo, estar debidamente motivado. Es decir, que se encuentre determinado con claridad el suceso o hecho acusado, la persona natural o jurídica a quien se le presume responsable del cometimiento del hecho, la norma en la que empata el hecho y la sanción que se impondrá en caso de hallarse responsable al supuesto infractor.

Este auto de inicio del expediente administrativo sancionatorio debe notificarse al presunto responsable a quien se le confiere el término de cinco días para que conteste de manera fundamentada a los hechos que se le acusan. Una vez realizada la contestación o si no se contesta el proceso continúa en rebeldía del demandado, de modo que se da apertura al término probatorio tiempo después del cual la entidad sancionadora dictará la resolución motivada.

Todo proceso administrativo sancionatorio tiene como características principales 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. (INREDH & GUARANDA MENDOZA, 2010)

Ahora bien, los procesos en materia administrativa tienen la posibilidad de continuar con la interposición de Recursos Administrativos, que a pesar de no ser el tema central de la presente investigación, e me voy a permitir citarlos con sus principales características.

Gráfico 3: Recurso de Reposición

RECURSOS ADMINISTRATIVOS	ERJAFE	COOTAD
Reposición	Se interpone ante la misma autoridad que emitió la resolución sancionatoria	Se interpone ante la misma autoridad que emitió la resolución sancionatoria
	Se justifica por defectos de hecho y de derecho en la resolución.	Se justifica por defectos de hecho y de derecho en la resolución.
	Se interpone contra actos administrativos que vulneren los derechos subjetivos del administrado	Se interpone contra actos administrativos que vulneren los derechos subjetivos del administrado
	Término para interponerlo 15 días	Término para interponerlo 5 días

Elaborado por: Francisco José Játiva Yánez

Gráfico 4: Recurso de Apelación

RECURSOS ADMINISTRATIVOS	ERJAFE	COOTAD
Apelación	Se interpone ante la misma autoridad que emitió la resolución sancionatoria o ante su superior jerárquico	Se interpone ante el Procurador Síndico
	Se justifica por defectos de hecho y de derecho en la resolución.	Se justifica por defectos de hecho y de derecho en la resolución.
	Se interpone contra actos administrativos que vulneren los derechos subjetivos del administrado	Se interpone contra actos administrativos que vulneren los derechos subjetivos del administrado
	Término para interponerlo 15 días	Término para interponerlo 5 días

Elaborado por: Francisco José Játiva Yánez

Gráfico 5: Recurso extraordinario o de revisión

RECURSOS ADMINISTRATIVOS	ERJAFE	COOTAD
EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	Se interpone ante su superior jerárquico	Se interpone ante el Alcalde
	Se justifica por evidente error de hecho o de derecho	Se justifica por evidente error de hecho o de derecho
	Se interpone además por aparición de nuevos documentos que pudieran servir como argumento a favor del administrado	Se interpone además por aparición de nuevos documentos que pudieran servir como argumento a favor del administrado
	Término para interponerlo 3 años	Término para interponerlo 3 años

Elaborado por: Francisco José Játiva Yánez

1.3.3.2. Responsabilidad Ambiental Penal

En el Ecuador la norma rectora en materia penal ambiental es el Código Orgánico Integral Penal, que determina la responsabilidad sobre actos dañosos en contra del medio ambiente.

El Código Orgánico Integral Penal reconoce una serie de delitos en contra del ambiente y la naturaleza o Pacha Mama en su Capítulo Cuarto, no obstante son normas en blanco, ya que requieren remitirse a normas técnicas ambientales o a normativa específica que sirva para determinar con exactitud las afectaciones determinadas en los delitos listados en el Código Orgánico Integral Penal.

El Código Orgánico Integral Penal ha tipificado los siguientes delitos en referencia a la Naturaleza, que a mi manera de ver contemplan una serie de elementos que componen a la naturaleza como tal. En ese sentido podemos ver que a partir del artículo 246 en adelante la norma busca salvaguardar a la naturaleza en sus distintas formas.

Dentro de la tipificación que realiza la norma encontramos los siguientes delitos:

1. **Sección Primera: Delitos contra la biodiversidad**
    a. Invasión de áreas de importancia ecológica
    b. Incendios forestales y de vegetación
    c. Delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional
    d. Maltrato o muerte de mascotas o animales de compañía
    e. Peleas o combates entre perros

2. **Sección Segunda: Delitos contra los recursos naturales**
    a. Delitos contra el agua
    b. Delitos contra el suelo
    c. Contaminación del aire
3. **Sección Tercera: Delitos contra la gestión ambiental**
    a. Gestión prohibida o no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas.
    b. Falsedad u ocultamiento de información ambiental
4. **Sección Cuarta: Disposiciones Comunes**
    a. Definiciones y normas de la Autoridad Ambiental Nacional
    b. Obligación de restauración y reparación
    c. Pena para las personas jurídicas
    d. Atenuantes
5. **Sección Quinta: Delitos contra los recursos naturales no renovables**
    a. Delitos contra los recursos mineros
        i. Actividad ilícita de recursos mineros
        ii. Financiamiento o suministro de maquinarias para extracción ilícita de recursos mineros.
    b. Delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles
        i. Paralización del servicio de distribución de combustibles
        ii. Adulteración de la calidad o cantidad de productos de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles.

iii. Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles.
iv. Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial.
v. Sustracción de hidrocarburos
vi. Sanción a la persona jurídica.

Como puede verse el Capítulo Cuarto del Código Orgánico Integral Penal, a más de buscar proteger a la Naturaleza en sus diversas formas, hace eco de los derechos consagrados en la Constitución del Estado. Es así que podemos ver como se han tipificado delitos a fin de proteger los recursos genéticos, la biodiversidad, los recursos naturales y demás. No obstante, no debemos olvidar que el elemento esencial para que todos estos delitos puedan ser aplicados es el daño y la determinación de su gravedad. (Guaña, 2014)

Esto podemos observarlo en el artículo 256 del Código Orgánico Integral Penal dentro del Capítulo Cuarto Sección Cuarta sobre las disposiciones comunes que textualmente dice:

"Art. 256.- Definiciones y normas de la Autoridad Ambiental Nacional.- La Autoridad Ambiental Nacional determinará para cada delito contra el ambiente y la naturaleza las definiciones técnicas y alcances de daño grave. Así también establecerá las normas relacionadas con el derecho de restauración, la identificación, ecosistemas frágiles y

las listas de las especies de flora y fauna silvestres de especies amenazadas, en peligro de extinción y migratorias."

De la lectura del artículo precedente se entienden dos aristas importantes, la primera es que a pesar de estar tipificados los delitos en contra de la Naturaleza estos están supeditados a la definición técnica de cada delito, es decir, una aclaratoria por parte de la Autoridad Ambiental Nacional a fin de delimitar y establecer en debida forma cada uno de los delitos que causen detrimento a la naturaleza y sus formas. Y la segunda arista es la delimitación del alcance del daño grave para los delitos de igual forma por parte del Ministerio del Ambiente.

Delimitar el alcance del daño y definir cuando este es grave, es de vital importancia para que los delitos tipificados no devengan en ineficacia, ya que, como veremos en las siguientes páginas no todo daño puede ser considerado como grave. Y precisamente para ello, es que el Ministerio del Ambiente en su calidad de Autoridad Ambiental Nacional emitió la norma técnica para la aplicación del artículo 256 del Código Orgánico Integral Penal.

La emisión de esta norma es un acto administrativo de carácter normativo ejercido por el Ministerio del Ambiente, a fin de que a través de la reglamentación del artículo citado, el resto de tipos penales estén enmarcados en función del daño causado.

Es por tanto que para entender esta norma técnica es menester hacer referencia a su alcance. Como se puede ver la norma define el daño grave para cada tipo penal ambiental, que nos da a entender que existen escalas del daño y que por tanto la aplicación de los delitos ambientales está sujeta a que la afectación causada por un acto o una omisión supere dicha escala y sea considerados como graves.

A través del siguiente cuadro veremos cómo se complementa la tipificación penal ambiental del Código Orgánico Integral Penal con la respectiva norma técnica al artículo 256, vale señalar que no todos los delitos tipificados han sido considerados en la norma técnica, por tres razones.

La primera razón es a que no todos los delitos se refieren a daño ambiental; segundo porque los delitos referentes a hidrocarburos y minería comprenden afectación a varios recursos naturales, razón por la cual cuentan con normativa técnica regulatoria propia y finalmente los delitos documentales no se consideran en la norma técnica.

Gráfico 6: Delimitaciones sobre los delitos Ambientales

DELITO AMBIENTAL	ART. COIP	DEFINICIÓN	ART. A.M. 084	DELIMITACIÓN
Invasión de áreas de importancia ecológica	245	La persona que invada las áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o ecosistemas frágiles, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.	Art. 5	El daño grave a las especies de flora y fauna silvestre se aplicará cuando las especies se encuentren protegidas o listadas en documentos oficiales o instrumentos legales emitidos o reconocidos por la Autoridad Ambiental Nacional y el Estado ecuatoriano.
Incendios forestales y de vegetación	246	La persona que provoque directa o indirectamente incendios o instigue la comisión de tales actos, en bosques nativos o plantados o páramos, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.	Art. 6	Art. 6. Daño grave a los Ecosistemas Frágiles.- Se considerará daño grave a los ecosistemas frágiles cuando su índice de vulnerabilidad se defina como alto o muy alto basado en las metodologías aprobadas por la Autoridad Ambiental Nacional, o cuando el hecho o acción produzca efectos negativos en parte o en toda: a. La cobertura vegetal, por invadir, talar, quemar, recolectar, extraer, tener, transportar, traficar,

				beneficiarse, permutar, comercializar o contaminarla. b. Los cuerpos de agua marinos, marino costeros y de agua dulce causado por modificaciones físicas y/o químicas, ya sea en el cuerpo hídrico y/o sus riberas. c. Las poblaciones de fauna silvestre, por cazar, pescar, capturar, recolectar, extraer, tener, transportar, traficar, beneficiarse, permutar, comercializar o contaminar el suelo y cuerpos de agua. d. Las zonas sensibles como lugares de reproducción, refugio, dormidero, saladero, alimentación, producción de semilla, anidación, crianza o crecimiento, ya sea por su difícil o irreversible restauración, o porque así lo determine el respectivo informe técnico emitido por la Autoridad Ambiental Nacional u otras entidades especializadas, basado en metodologías aprobadas por la Autoridad Ambiental Nacional.

Delitos contra la flora y fauna silvestres	247	La persona que cace, pesque, capture, recolecte, extraiga, tenga, transporte, trafique, se beneficie, permute o comercialice, especímenes o sus partes, sus elementos constitutivos, productos y derivados, de flora o fauna silvestre terrestre, marina o acuática, de especies amenazadas, en peligro de extinción y migratorias, listadas a nivel nacional por la Autoridad Ambiental Nacional así como instrumentos o tratados internacionales ratificados por el Estado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años	Art. 6	Art. 6. Daño grave a los Ecosistemas Frágiles.- Se considerará daño grave a los ecosistemas frágiles cuando su índice de vulnerabilidad se defina como alto o muy alto basado en las metodologías aprobadas por la Autoridad Ambiental Nacional, o cuando el hecho o acción produzca efectos negativos en parte o en toda: a. La cobertura vegetal, por invadir, talar, quemar, recolectar, extraer, tener, transportar, traficar, beneficiarse, permutar, comercializar o contaminarla. b. Los cuerpos de agua marinos, marino costeros y de agua dulce causado por modificaciones físicas y/o químicas, ya sea en el cuerpo hídrico y/o sus riberas. c. Las poblaciones de fauna silvestre, por cazar, pescar, capturar, recolectar, extraer, tener, transportar, traficar, beneficiarse, permutar, comercializar o contaminar el suelo y cuerpos de agua. d. Las zonas sensibles como lugares de reproducción, refugio, dormidero, saladero, alimentación, producción de semilla, anidación, crianza o crecimiento, ya sea por su difícil o irreversible restauración, o porque así lo determine el respectivo informe técnico emitido por la Autoridad Ambiental Nacional u otras entidades especializadas, basado en metodologías aprobadas por la Autoridad Ambiental Nacional.
Delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional	248	El atentado contra el patrimonio genético ecuatoriano constituye delito en los siguientes casos: 1.- Acceso no autorizado 2.- Erosión genética 3.- Pérdida genética	Art. 6	Art. 6. Daño grave a los Ecosistemas Frágiles.- Se considerará daño grave a los ecosistemas frágiles cuando su índice de vulnerabilidad se defina como alto o muy alto basado en las metodologías aprobadas por la Autoridad Ambiental Nacional, o cuando el hecho o acción produzca efectos negativos en parte o en toda: a. La cobertura vegetal, por invadir, talar, quemar, recolectar, extraer, tener, transportar, traficar, beneficiarse, permutar, comercializar o contaminarla.

				b. Los cuerpos de agua marinos, marino costeros y de agua dulce causado por modificaciones físicas y/o químicas, ya sea en el cuerpo hídrico y/o sus riberas. c. Las poblaciones de fauna silvestre, por cazar, pescar, capturar, recolectar, extraer, tener, transportar, traficar, beneficiarse, permutar, comercializar o contaminar el suelo y cuerpos de agua. d. Las zonas sensibles como lugares de reproducción, refugio, dormidero, saladero, alimentación, producción de semilla, anidación, crianza o crecimiento, ya sea por su difícil o irreversible restauración, o porque así lo determine el respectivo informe técnico emitido por la Autoridad Ambiental Nacional u otras entidades especializadas, basado en metodologías aprobadas por la Autoridad Ambiental Nacional
Maltrato o muerte de mascotas o animales de compañía	249	La persona que por acción u omisión cause daño, produzca lesiones, deterioro a la integridad física de una mascota o animal de compañía, será sancionada con pena de cincuenta a cien horas de servicio comunitario. Si se causa la muerte del animal será sancionada con pena privativa de libertad de tres a siete días.		
Peleas o combates entre perros	250	La persona que haga participar perros, los entrene, organice, promocione o programe peleas entre ellos, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez días. Si se causa mutilación, lesiones o muerte del animal, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.		

Delitos contra el agua	251	La persona que contraviniendo la normativa vigente, contamine, deseque o altere los cuerpos de agua, vertientes, fuentes, caudales ecológicos, aguas naturales afloradas o subterráneas de las cuencas hidrográficas y en general los recursos hidrobiológicos o realice descargas en el mar provocando daños graves, será sancionada con una pena privativa de libertad de tres a cinco años.	Art. 7	Art. 7.- Daño grave al agua.- Se considerará que existe un daño ambiental grave a la calidad de agua cuando se presenten simultáneamente los siguientes casos: a) Exista incumplimiento de los requerimientos técnicos ambientales para prevención, mitigación y/o contingencia de impactos ambientales, exigidos de acuerdo al tipo de proyecto obra o actividad, establecidos en el plan de manejo ambiental y normativa ambiental nacional; b) Exista descarga de un contaminante o se registre incumplimiento de límites permisibles en las descargas y/o vertidos, determinándose alteración de la calidad de agua del cuerpo hídrico receptor de acuerdo uso del mismo; y c) Se presente cualquier alteración evidente de las características hidrobiológicas del recurso agua o cualquier afectación a la salud humana por consecuencia de dicha alteración. De igual manera, se considera daño grave al agua la contaminación con productos químicos peligrosos, calificados como tales por los entes correspondientes, que causen alteración del recurso natural de manera prolongada. Adicionalmente se considerará como daño grave al agua a la contaminación o alteración de ojos de agua y/o nacimiento de cuerpos hídricos y aguas subterráneas; así como también, cuando la alteración de cuerpos hídricos provoque daño a la flora y fauna y/o ecosistemas frágiles conforme lo establecido en el presente Acuerdo Ministerial.

Delitos contra el suelo	252	La persona que contraviniendo la normativa vigente, en relación con los planes de ordenamiento territorial y ambiental, cambie el uso del suelo forestal o el suelo destinado al mantenimiento y conservación de ecosistemas nativos y sus funciones ecológicas, afecte o dañe su capa fértil, cause erosión o desertificación, provocando daños graves, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.	Art. 10	Art. 10.- Daño ambiental grave a la calidad del suelo.- Se considerará que existe un daño ambiental grave a la calidad del suelo cuando se presente de manera simultánea los siguientes casos: a. Exista incumplimiento de los requerimientos técnicos ambientales para prevención, mitigación y/o contingencia de impactos ambientales, exigidos de acuerdo al tipo de proyecto obra o actividad, establecidos en el plan de manejo ambiental y normativa ambiental nacional; b. Se registre el incumplimiento de límites permisibles en los componentes del suelo y/o sedimentos. c. Se presente cualquier alteración evidente de las condiciones naturales del suelo que altere la estructura y población de especies de flora o fauna o se produzca su mortandad, se altere ecosistemas frágiles, se cambie el uso del suelo, se genere erosión o cualquier afectación a la salud humana por consecuencia de dicha alteración. De igual manera, se considera daño grave a la calidad del suelo la contaminación con productos químicos peligrosos, calificados como tales por los entes correspondientes, que causen alteración del recurso natural de manera prolongada.
Contaminación del aire	253	La persona que, contraviniendo la normativa vigente o por no adoptar las medidas exigidas en las normas, contamine el aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo en niveles tales que resulten daños graves a los recursos naturales, biodiversidad y salud humana, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.	Art. 8	Art. 8.- Daño grave a la calidad del aire.- Se considerará que existe un daño ambiental grave al aire cuando concurran de manera simultánea las siguientes condiciones: a) Exista incumplimiento de los requerimientos técnicos ambientales para prevención, mitigación y/o contingencia de impactos ambientales, exigidos de acuerdo al tipo de proyecto obra o actividad,

				establecidos en el plan de manejo ambiental y normativa ambiental nacional; b) Se registre incumplimiento de límites permisibles ya sea de emisiones a la atmósfera o de límites permisibles de ruido y/o vibraciones desde una determinada fuente. c) Se presente cualquier alteración evidente de las condiciones naturales del aire que altere la estructura y población de especies de flora o fauna o produzca su mortandad, o se genere cualquier afectación a la salud humana por consecuencia de dicha alteración. De igual manera, se considerará daño grave a la contaminación de la calidad del aire con productos químicos peligrosos, calificados como tales por los entes correspondientes, que causen alteración del recurso natural de manera prolongada.
Gestión prohibida o no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas.	254	La persona que, contraviniendo lo establecido en la normativa vigente, desarrolle, produzca, tenga, disponga, queme, comercialice, introduzca, importe, transporte, almacene, deposite o use, productos, residuos, desechos y sustancias químicas o peligrosas, y con esto produzca daños graves a la biodiversidad y recursos naturales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.		

Falsedad u ocultamiento de información ambiental	255	La persona que emita o proporcione información falsa u oculte información que sea de sustento para la emisión y otorgamiento de permisos ambientales, estudios de impactos ambientales, auditorías y diagnósticos ambientales, permisos o licencias de aprovechamiento forestal, que provoquen el cometimiento de un error por parte de la autoridad ambiental, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.		
Delitos contra los recursos mineros	260	Actividad ilícita de recursos mineros.- La persona que sin autorización de la autoridad competente, extraiga, explote, explore, aproveche, transforme, transporte, comercialice o almacene recursos mineros, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. En caso de minería artesanal será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.		
Delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles	262	Paralización del servicio de distribución de combustibles.- La persona que paralice o suspenda de manera injustificada el servicio público de expendio o distribución de hidrocarburos o sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.		

Elaborado por: Francisco José Játiva Yánez

1.3.3.3. Responsabilidad Ambiental Civil

Dentro de los tipos de responsabilidad que se han recogido en la doctrina jurídica y que estos a su vez han sido plasmados en las distintas legislaciones latinas, en las que el Ecuador no es la excepción encontramos a la Responsabilidad Civil.

Este tipo de responsabilidad es aquella que trae consigo como elemento intrínseco el resarcimiento de los daños causados además de los perjuicios provocados por uno mismo o por un tercero por el que debe responderse, como ya se ha dicho anteriormente en los elementos de la responsabilidad. (Ossorio, 1990, pág. 851)

En nuestro país la responsabilidad civil implica en primer lugar responder pecuniariamente ante el daño causado, esto con el fin de cubrir los costos que la recuperación demande. Sin embargo, este tipo de responsabilidad tiene como carácter esencial que debe ser probada, todo esto se regula a través del debido proceso de carácter civil en el que se determinará el grado de responsabilidad del causante del daño y la forma o medio en el que este debe reparar tal daño.

Dentro de la figura de responsabilidad civil se encuentra la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, la primera en palabras de Manuel Osorio es el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, está "originada en el incumplimiento de un contrato válido, o como sanción establecida en una cláusula penal dentro del propio contrato, precisamente para el caso de incumplimiento o demora en el cumplimiento." (Ossorio, 1990, pág. 851)

En nuestra legislación la contempla el artículo 1454 del Código Civil que señala: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar,

hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas." (Còdigo Civil, 2005)

Por otro lado la responsabilidad civil extracontractual o responsabilidad aquiliana es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, interviene el Derecho para que los aspectos materiales sean cubiertos mediante el traslado de su carga económica a otros individuos, la cual responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el deber de abstenerse de un comportamiento lesivo a los demás. En el derecho civil sus fuentes son los delitos y cuasidelitos civiles. (Granda, 1976)

Dentro de esta figura puede existir la ausencia de dolo en estricto sentido de la palabra, porque se reconoce que la conducta que causó un daño es ajena a quien resulta obligado, pero aun así, se estima que tiene una culpa por falta de cuidado en la misma persona o en terceros a su cargo, lo cual generará una obligación.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano en concordancia con el sistema jurídico de origen latino adopta el criterio de Cabanellas quien define a la responsabilidad civil "de eminente sentido económico, en los bienes, afectados expresamente, o sin especial convención: como prenda tácita -cual se repite- de las deudas y obligaciones contractuales y extracontractuales del responsable". (Cabanellas G. , Diccionario de Derecho Usual, 1976, pág. 575)

Estos tipos de sanciones se aplican en función de las relaciones jurídicas de las personas, que pueden ser contractuales o extracontractuales. En ese sentido puede determinarse que la responsabilidad por obligaciones civiles contractuales son el

resultado directo del cumplimiento tardío, incompleto o definitivamente el incumplimiento de un acuerdo jurídico *inter partes*, que expresa la voluntad de los intervinientes a través de un instrumento legal que puede ser desconocido por una de las partes dejando a la otra parte la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación a cargo de la parte cuya omisión o acción ineficiente ha causado detrimento a la situación jurídica de la parte exigente.

Mientras que por otra parte la responsabilidad extracontractual es aquella que no se encuentra expresada en ningún acuerdo inter partes, y que surge por un hecho no previsto que ocasiona daño, mismo que puede exigir reparación sin que previamente exista un contrato con el sujeto precursor del daño.

1.3.3.3.1. Responsabilidad subjetiva y responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba

Hemos visto ya la clasificación de la responsabilidad ambiental basada en tres ramas del derecho, la administrativa, la penal y la civil. Esta última tiene una sub-clasificación que veremos a continuación y que aclara el manejo de la responsabilidad ambiental en el Ecuador.

En primer lugar voy a referirme a la Responsabilidad Subjetiva aplicada al Derecho Ambiental en el Ecuador. Previa a la promulgación de la Constitución del Estado, el 20 de octubre de 2008, el régimen de responsabilidad por daño ambiental aplicable era el de carácter subjetivo, en concordancia con el artículo 2184 del Código Civil.

"Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes... Si el hecho es ilícito y cometido con intención de

dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito". (Còdigo Civil, 2005)

El artículo citado regula las relaciones jurídicas referentes a la responsabilidad extracontractual y determina que el delito constituye un acto ilícito llevado a cabo con dolo y a su vez el cuasidelito constituye un acto ilícito que se realiza con culpa.

Ahora bien, es necesario recordar los elementos ya mencionados en páginas anteriores respecto a los Elementos de la Responsabilidad; habíamos dicho que se requiere de una afectación o un detrimento ocasionado por un hecho atribuido a un sujeto determinado y que como elemento clave está el nexo causal entre el hecho y la afectación.

En segundo lugar, aplicando estos preceptos al Derecho Ambiental es necesario establecer que la afectación o el detrimento se consideran daño y dado que la materia de enfoque de este trabajo es el Derecho Ambiental podemos decir en estricto sentido que lo que genera responsabilidad es el daño ambiental.

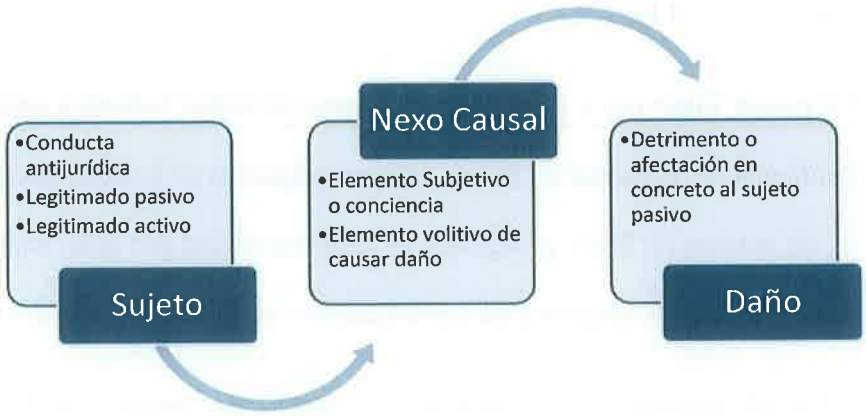


Gráfico 7: Nexo Causal de la Responsabilidad Subjetiva
Elaborado por: Francisco Játiva Yánez

En este sentido para poder establecer las sanciones y por tanto determinar responsabilidad por daño ambiental a un sujeto determinado, es necesario probar la existencia del daño pero sobretodo el nexo causal entre el hecho y la afectación.

Esto requiere que se identifique el sujeto responsable, la existencia de un nexo causal entre el hecho ilícito y el sujeto responsable; y finalmente si el responsable obró con dolo, culpa o si el hecho ilícito fue consecuencia de circunstancias ajenas a su voluntad.

Esta teoría pretende determinar la existencia de elementos subjetivos (culpa o dolo), del sujeto en sus actuaciones que derivaron en afectaciones al ambiente. Vale decir que la responsabilidad subjetiva se origina de la intención de dañar que tiene determinado sujeto, por lo que resulta imperioso constatar si existió la intención del causar el daño provocado.

Para poder establecer la responsabilidad subjetiva, es necesario que al presunto infractor se le atribuya el cometimiento de un acto ilícito extracontractual en el cual deben darse los siguientes elementos:

a) Conducta antijurídica, es decir, que la actuación o la omisión de un sujeto contravenga o violente la norma establecida.
b) Existencia real y concreta del daño, es este sentido se exige que el daño sea notorio y sea posible determinarlo cualitativamente y cuantitativamente. No obstante como veremos más adelante este elemento se rompe con las Constitución del año 2008 que reconoce la existencia de un daño potencial.
c) Dolo, culpa o negligencia, estos tres elementos son subjetivos, sin embargo determinan el grado de culpa que el infractor tendrá. Debe guardar concordancia con la conciencia y la voluntad al momento de obrar.

De (Trazegnies, La responsabilidad extracontractua, 1999) considera que:

"La obligación de indemnizar se deriva única y exclusivamente de la manera adecuada o inadecuada en cómo el individuo ha ejercido su libertad. Ahí dónde no ha existido libre decisión, tampoco puede haber responsabilidad".

De la lectura de ésta consideración podemos entender que para la responsabilidad subjetiva el principal objetivo es lograr determinar de manera fehaciente la existencia de intención de ocasionar daño, ya sea por culpa, negligencia, impericia o dolo.(Pàg.8)

En ese sentido lo que se pretende lograr con el análisis jurídico de estos elementos es fijar si existe o no relación entre el suceso que fue en contra del ordenamiento jurídico y si esto fue provocado por un sujeto que obró con conciencia y voluntad o sin ellas.

El artículo 2229 del Código Civil ecuatoriano establece un régimen de responsabilidad subjetiva o también conocida como Teoría de Responsabilidad Clásica.

"Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

Están especialmente obligados a esta reparación:

1. El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente;

2. El que dispara imprudentemente una arma de fuego;

3. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;

4. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él; y,

5. El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios". (Còdigo Civil, 2005)

La legislación ecuatoriana establece imperativamente que todo daño en el que se compruebe malicia debe ser reparado por el sujeto infractor. Sin embargo, este principio no se encuentra acorde con la Constitución del Estado, ya que previo a su expedición en el año 2008, concordaba con lo establecido en el artículo 91 de la Constitución de 1998.

Es fácil notar que antes del 2008 existía una semejanza entre el daño civil del artículo 2229 y el daño ambiental de la Constitución, sin embargo, este criterio de semejanza ya no es aplicable, ya que como se explicó la Naturaleza es un sujeto de derechos y se ha determinado constitucionalmente que la teoría de responsabilidad por los daños a la naturaleza sea del tipo objetivo como veremos inmediatamente.

A pesar de que la responsabilidad subjetiva busca la equidad entre la asignación de un grado de responsabilidad y una sanción proporcional tomando en cuenta el dolo o la culpa; la doctrina ambiental considera que la responsabilidad subjetiva no es útil, esto en razón de que las afectaciones a la naturaleza y al ambiente no siempre provienen de actos dolosos o culposos.

En razón de esa ineficacia, surgió en el Ecuador una postura jurídica que consideraba que para determinación del régimen de responsabilidad ambiental se aplique la responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba.

En ese sentido la responsabilidad subjetiva por su concepción original ese dejó de lado para adaptarse a la dinámica jurídica, esto con el fin de encontrar un sistema idóneo

que permita tutelar de manera directa la afectación de la víctima y la actuación del agente contaminador o presunto infractor a quien se le obliga a que procesalmente asuma la carga de la prueba orientada a desvirtuar que la afectación materia del conflicto haya sido producto de negligencia.

Vale decir que, el origen de la concepción de la responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba a más de encontrar fundamento en la dinámica jurídica, encuentra su razón de ser en hechos reales y concretos que en determinado momento limitan el ejercicio del derecho de las victimas sobre los daños recibidos. Es decir, en muchas circunstancias previo al establecimiento de la responsabilidad objetiva, para la víctima era casi imposible probar a existencia de culpa en el perjuicio recibido por parte del agente contaminador, ya que no contaba con los medios específicos y técnicos de la actividad que ocasionó el daño.

En este sentido la Jurisprudencia ecuatoriana recoge muy bien las posturas expresadas en líneas anteriores principalmente en el fallo del caso Comité Delfina Torres viuda de Concha en contra de las empresas estatales Petroecuador, Petrocomercial, Petroproducción y Petroindustrial, que se analizará a continuación.

El fallo fue dictado por la Corte Suprema de Justicia, ahora llamada Corte Nacional. En dicho fallo el argumento preponderante adoptado por esa judicatura fue la Teoría del Riesgo, como elemento de atribución de responsabilidad.

El juicio de daños y perjuicios seguido por el caso Comité Delfina Torres viuda de Concha tuvo como fundamento de hecho el incendio ocurrido el 01 de octubre de 1997 en la Refinería Estatal de Esmeraldas y a su vez la ruptura del oleoducto y poliducto ocurrida el 26 de febrero de 1998, dando como resultado la contaminación de los ríos

Teaone y Esmeraldas. En este fallo la Corte Suprema de Justicia, al fundamentarse en la Teoría del Riesgo mencionó textualmente que:

"...el mundo actual y el que se aproxima con su extraordinaria y progresiva acumulación de riesgos exige una mayor defensa de los valores del hombre, creados por una técnica que si bien por un lado facilita todo, por otro lado atenta contra todo. La multiplicidad de contingencias reales de peligros y riesgos que actualmente se advierten desdibujados por la insatisfacción y al margen de toda idea resarcitoria, llevó a una lenta evolución de elementos y conocimientos que facilitaron a los sistemas jurídicos más avanzados a ingresar a regímenes de socialización de riesgos conducentes a que la víctima del riesgo no quede desamparada. Esto dio origen a la teoría del riesgo, según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, genera a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el provecho que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios. Es el riesgo provecho, que tiene su origen en la máxima romana ubi emolumentum ibi llus (allí donde se encuentra el beneficio está luego la responsabilidad). El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva." (Corte Suprema de Justicia, 2003)

De la lectura de la argumentación jurídica y fáctica que realiza la Ex Corte Suprema, podemos resaltar una serie de consideraciones que resultan relevantes para el tema que se trata en el presente trabajo investigativo.

En primer lugar es claro que la Corte acepta la existencia de riesgo en toda actividad humana, más aún en actividades industriales. En este sentido puede entenderse que la Corte aceptó la idea de la doctrina ambiental internacional de que no existe Contaminación Cero, es decir, que no puede exigirse al operador que no contamine ya que la sola existencia del ser humano en el planeta conlleva cierto grado de contaminación. Entonces queda claro que es lógico establecer parámetros o límites de contaminación permitidos a fin de que se pueda establecer un control real de las posibles afectaciones que pueden afectar y causar detrimento al ambiente. (Comisión de Responsabilidad Civil por Daño Ambiental de la Dra. Aurora V.S. Besalú Parkinson., 2012)

En segundo lugar, en plena concordancia con el postulado de que no existe contaminación cero, nace la Teoría del Riesgo que es aceptada por la ex Corte Suprema y que a su vez permite la aplicación de la Teoría Subjetiva de Responsabilidad con inversión de la carga de la prueba.

Vale decir que esta postura fue un gran avance en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que dejó de lado la teoría de responsabilidad clásica y da un paso adelante hacia la inversión de la carga de la prueba extracontractual para casos de actividades riesgosas.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, determinó que la aplicación de la responsabilidad conlleva la inversión de la carga de la prueba,

es decir, quien alega la existencia de un daño queda relevado de probar la culpa, misma que es presumida, del agente contaminador a quien se le imputa la responsabilidad sobre el hecho dañoso. Es al agente imputado a quien le corresponde probar si sus acciones u omisiones fueron resultado de diligencia y cuidado o de negligencia y dolo. Además le corresponde probar la existencia de un nexo causal que pudiera exonerarlo de responsabilidad, como por ejemplo la existencia de caso fortuito o fuerza mayor. Es primordial dejar en claro que debe probarse no solamente la existencia del daño sino también del nexo causal entre la afectación y el hecho dañoso, debido a que como vimos anteriormente es un elemento esencial dentro de la responsabilidad, ya sea de cualquier tipo.

Es necesario resaltar que respecto al caso fortuito en nuestra doctrina nacional, Larrea Holguín lo ha definido como "aquel que se produce por obra de agentes de la naturaleza y a la fuerza mayor como producto de la obra del hombre." En este sentido el fallo Comité Delfina Torres viuda de Concha recoge consideraciones orientadas a exonerar de responsabilidad del agente contaminador. (Larrea, Derecho Civil, 1991, pág. 309)

En el Ecuador el caso fortuito y la fuerza mayor, están establecidas en el artículo 30 del Código Civil, ambas consideradas como "sucesos imprevistos a los que no es posible resistir." (Còdigo Civil, 2005)

En el presente fallo la ex Corte Suprema hace referencia a las cosas o actividades peligrosas. Epstein citado por Jorge Mosset Iturraspe argumenta que "en el Derecho norteamericano, el carácter objetivo de la responsabilidad ambiental viene dado por la creación de condiciones peligrosas por tres vías distintas: a) el peligro reside en la

cosa, en sí misma considerada como por ejemplo los explosivos o las armas; b) el peligro consiste en la posición en que una cosa es colocada por ejemplo dos productos que aislados son inocuos, pero que juntos se convierten en un peligro tóxico, y c) productos defectuosos". (Iturraspe, 1999) Estas consideraciones han servido a la doctrina como elementos de ponderación y para el estudio de la responsabilidad por daño ambiental que se verá más adelante.

Pero volviendo al fallo del Comité Delfina Torres viuda de Concha contra Petroecuador y sus filiales, vale decir que su importancia radica en que pese a haberse entablado como una acción civil, se enmarcan conceptos valiosos para la aplicación del Derecho Ambiental en el Ecuador. A pesar de que en dicho fallo la ex Corte Suprema se refiere a las condiciones de la responsabilidad objetiva, debemos tener cuidado de considerarla en estricto sentido como tal, ya que el hecho de que se ordene la inversión de la carga de la prueba, aún se requiere la determinación de culpabilidad, y la culpa es el elemento primordial para la aplicación de la responsabilidad subjetiva; de modo que no puede hablarse en el fallo del Comité Delfina Torres viuda de Concha como resultado de la aplicación de responsabilidad objetiva que como veremos más adelante omite la determinación de culpa sobre el hecho dañoso.

No existe duda alguna que el fallo al que se hace referencia en líneas anteriores en el caso ecuatoriano, a pesar de utilizar la responsabilidad subjetiva ha servido como antecedente jurídico para la implementación con la aplicación de responsabilidad objetiva vigente a la presente fecha, misma que como veremos a continuación empata con lo establecido en el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental de la Comisión Europea. (Comisiòn Europea, 2000, pág. 18)

En dicho documento internacional dentro de sus conclusiones se establece la obligatoriedad de crear una directiva marco comunitaria entre todos sus miembros con el objeto de regular la responsabilidad, misma que será objetiva para los daños a la salud, daños materiales y daños al medio ambiente. De modo que facilita la aplicación del Principio del que contamina paga que también sirve de fundamento para la aplicación de la responsabilidad objetiva.

1.3.3.3.2. Antecedentes jurídicos de la Responsabilidad Objetiva

La responsabilidad en materia ambiental en el Ecuador ha sufrido una serie de cambios a lo largo de su historia jurídica, pasando de la teoría clásica de responsabilidad extracontractual, a la responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, hasta la implementación de la responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva se estableció expresamente con la promulgación de la Constitución del 2008, pero para poder hablar de la responsabilidad objetiva en estricto sentido, considero importante abordar ciertas teorías y conceptos que han servido como antecedente y fundamento para que se constituya la responsabilidad objetiva como tal.

En vista de ello considero pertinente hablar del Principio del que Contamina Paga esto con el objeto de determinar la obligatoriedad consagrada en la doctrina internacional de resarcir los daños al ambiente por parte del agente contaminador. En segundo lugar considero necesario hacer referencia a la Teoría del Riesgo que ya algo se ha dicho cuando se hacía referencia al fallo Comité Delfina Torres viuda de Concha que sirvió para que se origine un avance en el régimen de responsabilidad en materia ambiental.

Una vez analizados estos dos temas principales abordaré la Responsabilidad Objetiva consagrada en el artículo 396 de la Constitución del Estado.

1.3.3.3.3. Principio "El que contamina paga"

Para poder entender una institución jurídica en derecho ambiental, es importante hacer un ejercicio de abstracción hasta su origen. En muchos de los casos las instituciones jurídicas ambientales se remontan a principios que previamente fueron ideas que se plasmaron en cuerpos de alcance internacionales tales como convenios, resoluciones, etc.

Considero que todo principio jurídico conlleva intrínsecamente una proyección de aplicabilidad que debe ser traducida a instituciones jurídicas recogidas en cuerpos normativos estatales.

Sabemos que el Derecho Ambiental ha sufrido una serie de evoluciones en sus concepciones primarias, esto ocasionado por la dicotomía entre el aprovechamiento de los recursos y la preservación ecosistémica. Sin embargo dicha evolución ha llevado en gran medida a la instauración de instituciones jurídicas consolidadas y aplicables en el derecho internacional como en el derecho interno de los estados sin que el Ecuador sea un caso de excepción.

El notable profesor Dino Bellorio Clabot en su Tratado de Derecho Ambiental, recoge el pensamiento del jurista brasileño Hernán Benjamín quien sostiene que "las disciplinas modernas (el derecho de competencia, el derecho del consumidor y el derecho ambiental) aparecen y se afirman sobre una estructura de tipo "tridimensional". Se establecen objetivos de carácter social, político, económico, etc.; se estructuran principios jurídicos a fin de dar sustento dogmático a la disciplina.

Finalmente, debe definirse un conjunto de instrumentos destinados a viabilizar, en el campo real de los conflictos humanos, esos objetivos y principios". (Bellorio, 2014, pág. 315)

De la lectura del pensamiento del jurista Hernán Benjamín es fácil notar que en el caso del Derecho Ambiental se requiere la existencia de objetivos traducidos en proyecciones sobre la pretensión a conseguir, el principio jurídico que recoge la pretensión y la establece como dogma jurídico y finalmente los instrumentos que permitirán la ejecución del principio jurídico y por tanto el logro de los objetivos planteados.



Gráfico 8: Elementos de Ejecución en el Derecho Ambiental

Elaborado por: Francisco José Játiva Yánez

El maestro Eduardo Pigretti sostiene que "muchos de los principios del derecho ambiental han sido antes criterios y en otros casos han pasado a constituir instituciones desde que han salido de la condición de mera idea, fueron aceptados como principios

en atención a su validez, han sido recepcionados por el derecho positivo". Esto quiere decir que un principio antes de considerarse como tal ha sido una idea o un criterio, sin embargo han sido aceptados como principios y por tanto recogidos en el derecho positivo a través del proceso legislativo en función de su validez respecto a la realidad fáctica del objeto que se pretende regular. (Pigretti, 1985, pág. 84)

Es precisamente esto lo que ha ocurrido con el Principio del que Contamina Paga; la idea de que los costos de remediación y reparación de una afectación sean asumidos enteramente por el infractor, esto a su vez deviene en una validez fáctica entre el hecho dañoso y su consecuencia jurídica inmediata.

Este principio fue concebido de forma tal que la culpa como elemento subjetivo no tiene cabida, dado que basta la existencia de un hecho dañino (contaminación) para que el agente contaminante asuma los costos o el pago de la reparación del mismo, es decir, lo único que se requiere es la existencia del daño y por supuesto un agente que lo haya provocado (nexo causal).

Es necesario recordar que la justificación fáctica de este principio radica en que las actividades que se realizan dentro de los países, pueden llegar a ser nocivas para el ambiente, de modo que ante ese escenario el ejecutor de dicha actividad debe asumir los costos que su actividad provoque, y dichos costos no solo deben limitarse a un carácter indemnizatorio, sino ser extensivos a fin de que cubran la reparación del ambiente.

Bajo este orden de cosas la Declaración de Río de Janeiro de 1992 estableció en el punto 16 lo siguiente:

"Las autoridades nacionales deberán procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el 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." (Departamento de Asuntos Econòmicos y Sociales, 1992)

Es así que el Derecho Ambiental Internacional tomó conciencia de las implicaciones reales que pudieran darse con la ejecución de actividades de riesgo, de modo que no se limitó a determinar este principio en un solo cuerpo legal, sino lo hizo extensivo a otros cuerpos normativos con alcance internacional. En este sentido tenemos el "Informe de la Cumbre de Johannesburgo" del año 2002, que establece dentro de su Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en el capítulo referente a modalidades insostenibles de consumo y producción: (Divisiòn de Desarrolo Sostenible, 2002)

"b) Aprobar y poner en práctica políticas y medidas destinadas a promover modalidades sostenibles de producción y consumo, aplicando entre otras cosas, el criterio de quien contamina paga, que se define en el principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo"

Como puede verse, la doctrina internacional insta a los Estados a que dentro de sus actividades regulen y garanticen que toda afectación al ambiente sea reparada y asumida por el sujeto causante de tal perjuicio, y dicho pago debe llegar a ser cubierto hasta alcanzar los niveles ambientales aceptables establecidos previamente por los estamentos públicos encargados.

1.3.3.3.4. Teoría del riesgo

El fin de encontrar responsables de los detrimentos causados al ambiente, es una obligación asumida por los estados. Dicha obligación se ve en cierta forma facilitada por la aplicación de una teoría jurídica que permite suponer de manera previa los posibles daños que comprometerían el ambiente causado por determinado agente o sujeto, dicha teoría es conocida como la Teoría del Riesgo.

Esta teoría se divide en dos partes:

a) Teoría del Riesgo Creado.- Que implica la idea de atribución de los daños causados a un sujeto determinado, es decir, el sujeto a quien se atribuye la responsabilidad de los efectos de un hecho responde por los daños causados por sí mismo y no por un tercero.
b) Teoría del Riesgo en estricto sentido.- El sujeto a quien se le imputan determinados daños responde por el hecho de ejecutar una actividad peligrosa para terceros, esta denominación.

Para el Tribunal Superior de Casación Penal de Costa Rica en el voto número 493-2004 de las 10:20 horas del 20 de mayo de 2004 "el fundamento de este tipo de responsabilidad - teoría del riesgo- es el reconocimiento social de que ciertas actividades, aun siendo lícitas (por lo que no es requisito el ser antijurídicas) y necesarias dentro del desarrollo social y tecnológico actual, que no puede ni debe ser obstruido, pero que, concomitantemente generan un riesgo -como entidades productoras de eventuales daños- el cual desde luego no debe ser asumido por la víctima o sus allegados, sino más bien por aquel que se beneficia de la actividad

riesgosa o de la tenencia de una fuente productora de peligro. Esas empresas, generadoras de peligro para la comunidad y de beneficio para su dueño, constituyen un medio a través del cual se produce el daño a la víctima. De manera que como causante del perjuicio, se encuentran obligados a repararlo. (Peña, 2005)

1.3.3.3.5. El principio precautorio en el derecho ambiental

El Derecho Ambiental Internacional ha concebido dentro de su estructura jurídica una serie de principios que buscan hacer eficaz el equilibrio entre las instituciones jurídicas propuestas por la Doctrina y la realidad de la naturaleza.

Por lo tanto uno de los principios del Derecho Ambiental que coadyuva a dar un enfoque más claro a este trabajo es el de Precaución y Precautorio.

El maestro Cafferatta concibe que el Principio Precautorio surgió para frenar de cierta forma la incertidumbre científica y tecnológica, ya que incluso con los avances científicos no es posible probar daños en su totalidad fehacientemente. Es por ello que lo que este principio busca es que se implementen todas las medidas que faciliten la detección y evaluación de riesgos y a su vez reducirlo a un nivel tolerable y de ser posible eliminarlo, todo esto a un costo económico y social aceptable. (Cafferata, 2003, pág. 50)

1.3.3.3.6. Responsabilidad Objetiva

La responsabilidad objetiva se considera como aquella que opera sin hecho propio que constituya deliberada infracción al ordenamiento jurídico, ni tampoco por quebranto inintencionado al patrimonio o a los derechos de terceros. (Cabanellas G. , 1998)

A manera concordante la Constitución en su artículo 396 señala que la responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Esto supone que el causante de la afectación tiene la obligación de reptar de manera directa e inmediata sin requerirse la determinación previa del elemento subjetivo dentro de la responsabilidad. (Guaranda Mendoza, Instrumentos Jurídicos para la Protección y Defensa de los Derecjos Ambientales aplicados a las actividaes Hidrocarburíferas., 2009)

La responsabilidad de tipo objetivo excluye la exigencia de la determinación previa del factor subjetivo, y se enfoca en buscar la existencia del nexo causal entre el evento dañoso y el daño sufrido. Hay que destacar el hecho que dentro de la responsabilidad objetiva se presume la culpa del demandado, ya que el litigio se centra en la existencia del daño o de la generación de algún riesgo que pudiera llegar a causar un perjuicio o un peligro a terceros. Es así que el nexo causal de la responsabilidad subjetiva daño-intención, se deja de lado por probar el nexo causal actividad-daño.

Así pues, con criterio jurídico similar al de nuestro ordenamiento jurídico tenemos el caso de Costa Rica que dentro del Voto número 1669-2000 a las 14:51 horas con fecha 18/02/2000 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, establece que la responsabilidad objetiva, no toma en consideración la conducta del sujeto, pues lo que importa es el daño producido y, por ende, siempre será responsable

el individuo, con independencia de cualquiera que haya sido su participación volitiva en el hecho. El punto radica más que todo en la creación de un riesgo, de donde se colige que el que con su actividad o su inactividad produce un daño o pone en riesgo la integridad de la ecología y del medio ambiente, ha de responder de él. La simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Esto no deriva de un acto arbitrario sino de pura lógica, pues quien, incluso en una conducta lícita, asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todo cuanto daño pueda causar esa peligrosidad. (Peña, 2005)

A criterio de Wilton Guaranda, este tipo de responsabilidad permite que los alcances de la reparación o restauración superen notablemente la remediación ambiental, que se centra en el ambiente únicamente, y así se restaura la afectación en un sentido social, económico y ambiental, todo ello en plena aplicación de la disposición constitucional que señala 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. (Guaranda Mendoza, Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador, 2010)

Sin embargo, a criterio de Guaranda la responsabilidad objetiva no funciona en la práctica, ya que el mayor inconveniente para atribuir responsabilidad ambiental radica en la prueba de la relación de causalidad entre el daño y la actividad. Y en lo personal concuerdo con el autor, puesto que existen casos de afectaciones al ambiente cuyos efectos nocivos no se generen inmediatamente después de ocurrido el daño, sino que se generen con el pasar del tiempo. O pudiera darse el caso de que la afectación no

solo se genere en un lugar en concreto, sino que se propague a diferentes zonas. Son todas estas circunstancias que dificultan a la víctima probar todas esas variantes que cada caso pudiera presentar.

Previendo esta dificultad de carácter procesal, la Constitución incorporó la inversión de la carga de la prueba, de modo que prueba sobre la causalidad se la ha atribuido al demandado, quien debe probar que su actividad no ha causado en detrimento ambiental.

1.3.3.3.7. Responsabilidad Objetiva Directa

La responsabilidad objetiva en el Ecuador a mi criterio opera en dos sentido; preventivo para el cual se considera la responsabilidad objetiva directa y por otra parte para reparador para el cual se considera la responsabilidad subsidiaria, que se verá en otro capítulo del presente trabajo.

El primero tiene un carácter preventivo, normado por el artículo 396 numeral 3 de la Constitución que dice "*Cada uno de los actores delos 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*".

Esta disposición normativa ubica en el tiempo al operador a tomar las medidas preventivas para evitar afectaciones no autorizadas hacia el ambiente. Es por ello que interviene en esta disposición el principio precautorio analizado en páginas anteriores.

Por lo tanto entendemos que en materia ambiental la responsabilidad sobre la prevención y la reparación del daño causado opera de manera directa hacia el operador entendido como el ejecutor de la actividad riesgosa, ya sea público, privado o mixto, tiene la obligación de adoptar mecanismos idóneos que prevengan el daño o en su defecto garanticen su restauración integral.

Esta obligación garantiza que el operador no se justifique frente al daño causado, argumentando la falta de condiciones eficaces para su actividad, ya sean estas de infraestructura, tecnología, condiciones geográficas, etc.

1.4. Análisis de la sentencia del caso Medardo Luna vs. AECA: El daño como fuente de obligaciones.

El caso de Medardo Luna vs. AECA, para el presente trabajo investigativo tiene valor a pesar de que el objeto del litigio no fue un tema de afectaciones ambientales.

La Litis fue establecida por un juicio de reclamación de daños y perjuicios exigidos por Medardo Luna a la compañía de transportes aéreos AECA, por la lesión física ocasionada en el accidente aéreo del 3 de agosto de 1993.

El demandante solicitó el pago de daños y perjuicios por su invalidad física provocada por el accidente ocurrido mientras se transportaba, para un viaje de investigación, en un vehículo de la empresa demandada.

Dentro de las excepciones alegadas por los demandados se alegó fuerza mayor, falta de legítimo contradictor puesto que no existía un contrato entre ambas partes procesales.

Estas dos excepciones desde la primera instancia del proceso, hasta su resolución en Casación, fueron utilizadas como argumentos de defensa contra la parte actora. No obstante, en este punto las consideraciones que realizó la Corte Suprema de ese entonces, ha servido como un precedente judicial respecto al daño como fuente de obligaciones.

La Sentencia de Casación se resuelve considerando que existe en materia civil, dos tipos de responsabilidad la contractual y la extra contractual.

La primera tiene como fuente de obligaciones el contrato, que es un acto jurídico celebrado entre dos o más partes contractuales; y que por medio de este, acuerdan prestaciones mutuas; que en caso de no ser cumplidas por una de las partes o por todas las partes, la exigencia de dicho cumplimiento se sustenta en lo pactado en el contrato.

La segunda, es la responsabilidad extracontractual, que no precisa la existencia de un contrato de por medio, sino que las obligaciones que se exigen tiene como fuente sucesos o circunstancias no acordadas, ni previstas por las partes.

Dentro de la responsabilidad extracontractual civil, la sentencia señala que conforme la legislación nacional, se subdivide en dos tipos de responsabilidad la subjetiva y la objetiva, ambas estudiadas en páginas anteriores.

La primera como ya hemos dicho precisa la existencia de un acto, una afectación el nexo causal entre esta y el elemento subjetivo, ya sea el dolo o la culpa. En este tipo de responsabilidad extracontractual la fuente de las obligaciones es el delito o el cuasidelito traducido como la actuación dolosa o culposa que genera una afectación a un tercero.

No obstante, la responsabilidad objetiva, no requiere el factor subjetivo de dolo o culpa, ni su fuente de obligación es el delito ni el cuasidelito. En este caso la fuente de las obligaciones es el daño, que a diferencia de la responsabilidad subjetiva, aquí adquiere mayor importancia.

La diferencia que señala la Corte en ambos casos es la causalidad, que en la subjetiva es el delito o cuasidelito nacido del dolo o la culpa.

Ahora bien, esta sentencia nos sirve porque aclara que la presunción de culpa iuris tantum plasmada en el caso Delfina Torres, ya estudiado en páginas anteriores, no implica la aplicación de responsabilidad objetiva, sino un garantía procesal a favor del demandado a causa de la imposibilidad de probar el dolo o la culpa sobre el daño. Sin embargo.

Por otra parte, la sentencia Medardo Luna vs. AECA sirve para determinar que judicialmente se ha reconocido que el daño constituye una fuente de obligaciones, y es justamente la razón de ser de la responsabilidad objetiva. En la que a pesar de que no se exige la prueba de dolo o culpa, el actor si debe probar el nexo causal entre el acto y el daño sufrido.

Sin embargo, la Corte hizo una diferenciación respecto a la aplicación de la responsabilidad objetiva, que en materia aeronáutica no se reconoce a la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, sino únicamente a la culpa de la víctima, conforme la legislación aeronáutica nacional, que en el artículo 225 que dice:

"El transportador responderá de los daños causados por muerte del pasajero o por lesiones sufridas por este último, siempre que el siniestro que ocasionare el daño se

haya producido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque. Se entiende por operaciones de embarque el lapso comprendido entre el momento en que los pasajeros abandonan el terminal, muelle o edificio del aeropuerto hasta que ingresan a la aeronave, y por operaciones de desembarque el comprendido entre el momento en que abandonan la aeronave y hasta que acceden al terminal o a sitios similares" (AERONÁUTICO)

Este artículo sirvió a la Corte para fundamentar su posición respecto a que el eximente de responsabilidad objetiva en materia aeronáutica es la culpa de la víctima, y no la fuerza mayor alegada por el demandado, ya que la actividad de AECA constituye una actividad riesgosa cuyas variables deben ser asumidas por el operador.

Entonces, queda claro determinar que en lo que respecta a la responsabilidad objetiva el daño es la fuente para reclamar una obligación a un tercero.

El reconocimiento judicial de que el daño es fuente de obligaciones, para efectos del presente trabajo sirve para considerar al daño ambiental como fuente de obligaciones y por tanto aplicación de la responsabilidad objetiva.

Ante el daño puede alegarse eximentes de responsabilidad, los cuales serán aplicables dependiendo las circunstancias del proceso judicial, como se detalla a continuación:

RESPONSABILIDAD OBJETIVA			
ESTRICTA	**AERONÁUTICA**	**DEL ESTADO**	**DE PRIVADOS**
Acto Ilícito	Acto Ilícito	Acto lícito o ilícito	Acto ilícito
Nexo Causal	Nexo Causal	Nexo Causal	Nexo Causal
Daño	Daño	Daño injusto e ilegítimo	Daño

Sin eximentes	Eximente si la culpa es de la víctima		Eximente fuerza mayor, caso fortuito, culpa de tercero o culpa de la víctima.
Afecta a la seguridad jurídica por no ser limitada			

Gráfico 9: La Aplicación de la Responsabilidad Objetiva

Elaborado por: Francisco Játiva Yánez

1.5. El Daño Ambiental

En esta parte de la presente investigación, nos corresponde estudiar al daño ambiental. Para ello debemos recordar que uno de los elementos de gran importancia dentro de la responsabilidad objetiva es el daño, y como el eje central de la presente investigación es el Derecho Ambiental.

El concepto del daño ambiental no es novedoso en las diferentes legislaciones de tradición romana. Sin embargo, esto no quiere decir que sea una tarea fácil, ya que para poder definir al daño ambiental la doctrina y las legislaciones han tenido que "romper" o "descomponer" algunos modelos clásicos para adecuar la política ambiental a las transformaciones de la dinámica social. (Bellorio, 2014)

En el caso argentino la Ley General del Ambiente define al daño ambiental en su artículo 27 como "toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos". (Ley General del Ambiente , 2002)

Sin embargo, de la lectura de este artículo, encontramos que dicha legislación reconoce un sentido amplio del daño ambiental razón por la cual en palabras del profesor Dino Bellorio Clabot, esta definición amplia requiere que sea delimitada por los órganos judiciales y administrativos con la ayuda de dictámenes de peritos técnicos especializados y otros auxiliares en cada caso particular. (Bellorio, 2014)

Sin embargo, la doctrina ha reconocido que el daño ambiental no solamente debe medirse por los daños directos que trae consigo, sino que existen daños "de rebote", que en palabras de Néstor Cafferatta explica que estos daños pueden ser causados a particulares en sus personas o bienes privados. (Cafferata, 2003)

Del análisis de estas dos posturas referentes al daño al ambiente podemos concluir que daño ambiental se entiende estrictamente como afectaciones al ambiente y el mismo daño puede generar daños de rebote o indirectos entendidos como afectaciones a colectivos, personas o bienes que no se subsanan con la remediación ambiental.

Partiendo de esta distinción, algunas legislaciones han optado por diferenciar el daño ambiental en razón de la afectación que este haya provocado. En el caso de Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros" seguida por daños y perjuicios provocados por derivación de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo, se declaró en sentencia de fecha 20 de junio de 2006, la distinción entre daño al ambiente en sí mismo y daño

individual a las personas. (Fallo: MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y , 2006)

Esta separación entre los daños directos e indirectos o de rebote también ha sido considerada en el Ecuador.

En la actualidad con la expedición del Código Orgánico General de Procesos, se ha dado un paso hacia adelante en el ámbito procesal ambiental, ya que esta norma distingue expresamente el daño ambiental de las acciones civiles indemnizatorias, dejando en claro que cada una será tratada por vías procesales diferentes.

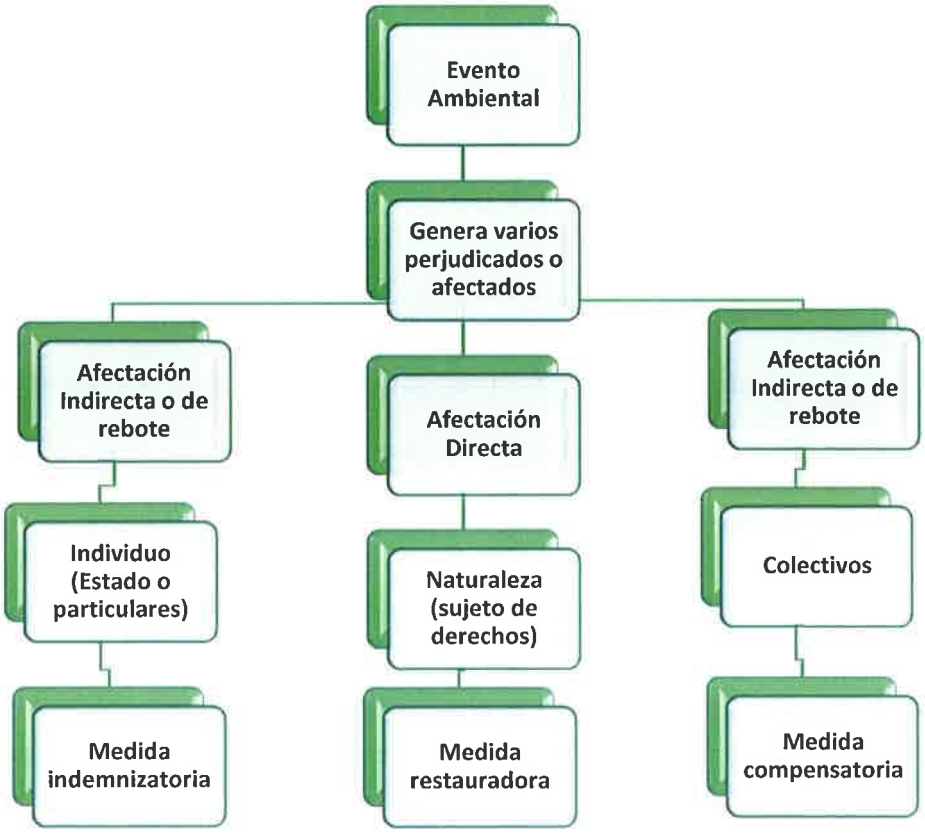


Gráfico 10: Eventos Ambientales

Elaborado por: Francisco Játiva Yánez

1.5.1. Características del daño ambiental

La Doctrina ha desarrollado una serie de ideas referentes a las características del daño ambiental, sin embargo, vamos a mencionar las principales o las que tienen mayor relevancia para el presente análisis.

La Constitución del Ecuador en sus artículos 396 y 397 contempla que el daño ambiental presenta tres tipos de afectaciones, en primer lugar a la naturaleza y sus ciclos ecosistémicos, daño que podríamos llamarlo directo. En segundo lugar los daños a los derechos subjetivos de los individuos o comunidades. En tercer lugar afecta a la sociedad como tal, al ser un bien jurídicamente protegido de importancia común.

En primer lugar el daño ambiental tiene un carácter irreversible; ya que como es bien conocido todo hecho que comprometa la integridad de la naturaleza y el ambiente no puede volver al estado original, incluso aunque se apliquen medidas reparadoras idóneas para tal efecto, nunca el elemento afectado va a volver al estado original, como es el ejemplo de las afectaciones en los ciclos de desarrollo de animales y plantas incluyéndose la extinción de ciertas especies.

Por otra parte el daño ambiental se considera como acumulable en el tiempo o de tracto sucesorio; esto significa que las afectaciones a la naturaleza no son estáticas sino que pueden prolongarse en el tiempo, sin embargo, a mi criterio personal discrepo con el autor dado que existen sucesos que comprometen el ambiente en un hecho y momento puntual, mas no por ello debe exigirse que el carácter de acumulable en tiempo sea una regla general a todos los casos.

1.5.2. Categorías del daño ambiental

En las primeras páginas del presente trabajo, se hizo referencia a los derechos de la naturaleza en su calidad de sujeto de derechos. Entre los derechos mencionados, encontramos a la restauración consagrada en el artículo 72 de la Constitución del Estado.

Y en el análisis que se hizo a dicho artículo, habíamos dicho que el segundo inciso del artículo, reconocía la palabra impacto y hacia una valoración de dicho impacto calificándolo como grave. Entonces se puede llegar a concluir que existen ciertas categorías de impacto de carácter ambiental.

Ya hemos hablado y hecho referencia en párrafos anteriores al daño ambiental, en ese punto nos corresponde analizar los impactos ambientales, y es preciso señalar en primer término que no todo impacto es daño ambiental.

El presente punto de esta investigación tiene como premisa entender que no puede llamarse a todo impacto a la naturaleza como daño ambiental como veremos a continuación.

La doctrina ambiental reconoce que no existe contaminación cero, es decir, no puede creerse que una actividad cualquiera que esta sea, no vaya a comprometer al ambiente en menor o mayor medida "ya que el ser humano por el solo hecho de vivir degrada su entorno". ***(Parkison, 2005, pág. 31)***

Partiendo de esa consideración entendemos por qué la doctrina ha dividido el impacto ambiental en tres categorías que son:

1. Impacto Tolerable

2. Impacto Autorizado

3. Impacto Grave o Daño Ambiental

Impacto Tolerable es todo aquel que se origina por la actividad humana, no necesariamente de carácter industrial y que no requiere autorización alguna por parte de un ente de control. En esta categoría están todas las actividades humanas indispensables para la vida misma. Esto no quiere decir que son actividades que no produzcan afectaciones al ambiente, lo que sucede es que por la naturaleza misma de estas actividades, no pueden prohibirse o hacerlas dependientes de una autorización. Por ejemplo respirar; esta actividad es indispensable para la vida humana, y a pesar de que las cantidades de CO2 que emite el ser humano en el proceso de respiración, la legislación no puede pensar en limitar esta actividad a una autorización administrativa.

En ese tipo de impacto está intrínseco el concepto de "tolerabilidad" argumentado por el jurista Mosset Iturraspe. En este sentido el Estado no regula dichas actividades. ***(Iturraspe, 1999, pág. 66)***

Impacto Autorizado.- Es todo impacto que a pesar de causar cierto grado de afectación al medio ambiente, esa afectación se encuentra permitida por el Estado, considerando un tope máximo permitido para que tal actividad sea efectuada y la afectación que esta traiga consigo se tenga presente. Pero este impacto requiere de una autorización estatal que puede darse a través de permisos y licencias ambientales conferidas por el

Ministerio del Ambiente o cualquier estamento público acreditado por el Sistema Unificado de Manejo Ambiental – SUMA.

Impacto Grave o Daño Ambiental.- Este impacto tiene categoría de grave ya que su afectación al ambiente no está permitida y supera todos los límites permitidos para afectaciones al ambiente. Este impacto se produce según la legislación ecuatoriana cuando se superan los criterios de calidad del recurso agua o suelo.

Es así que una vez delimitado los diferentes límites de afectación a la Naturaleza, es oportuno remitirnos a la norma jurídica que delimita estos conceptos, en especial el daño ambiental.

La Ley de Gestión Ambiental define al daño ambiental de la siguiente manera:

"toda pérdida disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. ***(Ley de Gestiòn Ambiental, 2004)***

De la interpretación de esta definición, para que un hecho o suceso de carácter dañoso contra el ambiente, este debe ser significativo. Se puede entender que el sentido que se le pretendió dar a esta definición usando la palabra significativo, es que el daño sea cuantificable y supere un límite previamente establecido. No obstante, esta definición no puede quedar a la interpretación y valoración de cada persona, porque se corre el riesgo de caer en subjetividades, por lo tanto es la obligación del Estado crear un punto límite en el que se limiten los impactos permitidos y qué cualquier evento que supere lo establecido sea considerado de manera inmediata como daño

ambiental.

Y esta obligación estatal a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior si se ha visto cumplida por parte del Estado a través de diferentes cuerpos normativos. Podemos citar a manera de ejemplo las Tablas de Límites Máximos Permisibles establecidas en el Libro VI referente a Calidad Ambiental del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente – TULSMA que se aplican a manera general como norma técnica regulatoria en materia ambiental; no obstante existen normas técnicas de carácter ambiental que también regulan la actividad ambiental pero enfocadas en una actividad industrial específica, como es el caso del Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas – RAOH.

Por otra parte al haber sido establecido el calificativo significativo, la norma permite entender que cualquier otro impacto que no sea calificado como tal, sea considerado como permisible o autorizado

En función de esta clasificación podemos hacer el siguiente esquema:

Gráfico 11: Clasificaciones de los Impactos Ambientales

TIPO DE IMPACTO	REQUIERE AUTORIZACIÓN	SE APLICAN LÍMITES PERMISIBLES	REQUIERE REMEDIACIÓN	TIPO DE ACTIVIDADES
IMPACTO TOLERABLE	NO	NO	NO	INDISPENSABLES PARA LAVIDA HUMANA
IMPACTO AUTORIZADO	SI	SI	NO	INDUSTRIALES
IMPACTO GRAVE O DAÑO AMBIENTAL	NO APLICA	SI	SI	INDUSTRIALES

Elaborado por: Francisco Játiva Yánez



Gráfico 12: Tipos de Impacto Ambiental

Elaborado por: Francisco Játiva Yánez

Por todo lo expuesto hay que dejar en claro que impacto ambiental y daño ambiental no son términos equivalentes, ya que como se ha visto el impacto ambiental tiene ciertas categorías de acuerdo a su gravedad y cuando el impacto es grave se produce el daño ambiental.

CAPÍTULO II
ACTOS Y HECHOS QUE GENERAN RESPONSABILIDAD AMBIENTAL CONTRA EL ESTADO

2.1. La responsabilidad estatal y su evolución

Como hemos visto en el capítulo precedente, la evolución normativa que ha tenido el Ecuador en lo que se refiere a los diferentes tipos de responsabilidad es notable. Hemos podido observar el paso desde la aplicación de la responsabilidad subjetiva hasta la aplicación de la responsabilidad objetiva para casos ambientales.

En el presente capitulo analizaremos exclusivamente el papel del Estado ya no solo como ente de control y regulación, sino también como regulado y además como sujeto de imputación de responsabilidad.

La responsabilidad sin importar su ámbito (civil, penal, administrativa, etc.) surge en el momento en el que a un sujeto se le atribuye los efectos de un hecho dañoso producto del dolo o la culpa y todo esto relacionado a través de un nexo causal directo. Para el presente análisis consideraremos al Estado como ese sujeto a quien se le imputa responsabilidad.

Pero cabe determinar como paso previo el por qué el Estado puede verse inmerso en sanciones de responsabilidad. En ese sentido debemos aclarar que el Estado en ejercicio de sus funciones puede cometer afectaciones a la Naturaleza y al ambiente por acciones u omisiones, por lo que se produce una relación jurídica entre el Estado como sujeto responsable y la victima que entendiéndose en amplio sentido será la Naturaleza como sujeto de derechos como afectada directa y los individuos o

colectivos como afectados indirectos o de rebote; y el objeto de esa relación jurídica será la reparación de los perjuicios causados, en el caso de la naturaleza la remediación y reparación integral y en el caso daños civiles serán las indemnizaciones respectivas.

Partiendo desde la doctrina civilista la responsabilidad del Estado, era entendida cuando el ciudadano regulado debía probar que la afectación causada por el accionar estatal provenía de un ilícito, o de la culpa del servidor público y por supuesto el nexo causal entre el hecho dañoso y la intención de causar daño, es decir, también se aplicaba la responsabilidad subjetiva en estricto sentido.

Sin embargo, la aplicación de esta responsabilidad limitaba el accionar del afectado, por el simple hecho de que no se encontraba en las mismas condiciones probatorias frente al Estado.

De este particular la Doctrina se percató; y autores como Fernando de Trazrengies refiriéndose a la responsabilidad subjetiva consideró que: "… esta puede presentar una variante interesante, esto en el caso del Estado con clara tendencia a la objetivación… Pensamos que el Estado no puede escudarse detrás de sus funcionarios para evadir sus responsabilidades. Por eso creemos que los jueces deben aplicar el principios indubio pro víctima…" (Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual, 2000)

Esta posición refleja un problema fáctico en la aplicaciones de reclamaciones de privados contra el Estado, y es que la aplicación subjetiva contra el Estado afectaba al servidor público que ejecutó un hecho o que lo omitió, sin embargo, esto protegía al Estado como persona jurídica de personalidad única, de modo que no existía una reparación integral en muchos de los casos de reclamaciones contra el Estado.

Este panorama motivó no solo a la legislación nacional, sino a muchas otras, a propender a la objetivación de la responsabilidad del Estado, tal es así que en el año de 1998, la Constitución Nacional de ese año consagró ampliamente un régimen de responsabilidad objetiva estatal, dejando de lado la exigencia de prueba de la ilicitud del hecho dañoso, y de si este provino de la culpa o el dolo del agente público.

Es así que el artículo 20 de dicha Constitución reconoce el alcance de la responsabilidad del Estado y señala el carácter objetivo que esta responsabilidad tiene.

"Art. 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes." (Constituciòn Politica de la Repùblica del Ecuador, 1998)

Como podemos observar, la responsabilidad para que sea objetiva exige la demostración de la existencia del perjuicio, la vulneración de derecho; todo esto como consecuencia de las actuaciones u omisiones del Estado o sus agentes, concesionarios y/o delegatarios, a esto lo conocemos como nexo causal.

Decimos que esta norma es de carácter objetivo porque a pesar de regular un régimen de responsabilidad directa, reconoce eximentes de responsabilidad, que en la

Constitución de 1998 se encontraban reconocidos en el artículo 92, que eran tres situaciones, catástrofes, caso fortuito y fuerza mayor. (Constituciòn Politica de la Repùblica del Ecuador, 1998)

Por lo expuesto en líneas anteriores, entendemos que la legislación ecuatoriana desde el año de 1998 ha dado pasos para plasmar la objetivación de la responsabilidad referente al Estado.

Como prueba de dicha aplicación tenemos el caso de pronunciamientos judiciales de la ex Corte Suprema de Justicia en los que a través de sentencia configuraron la responsabilidad civil extracontractual del Estado (de tipo subjetiva) pero con inversión de la carga de la prueba (presunta culpa del Estado), ordenando así que no sea la victima quien pruebe el daño, sino el Estado, quedando la obligación de probar diligencia, o eximirse de responsabilidad probando caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la víctima.

Como se dijo al inicio del presente capítulo, el sentido de objetivación de la responsabilidad del Estado ha sufrido una evolución normativa y fáctica. En este sentido hemos analizado ya la sentencia Delina Torres viuda de Concha vs. Petroecuador en la que esencialmente se reconoce la responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, esto nos sirve como punto de referencia para entender el alcance fáctico aplicar la responsabilidad objetiva al Estado, ya que años más tarde puntualmente en el 2004, la Sala de lo Civil de la Corte Nacional estableció un solo tipo de responsabilidad objetiva aplicable al Estado en el caso Andrade Medina vs. CONELEC.

En la resolución expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Ex Corte Suprema, se plasmaron en la sentencia aspectos relevantes para determinar cuáles son los elementos esenciales para determinar la responsabilidad del Estado.

Si bien es cierto, el caso Andrade Medina vs. ELECMANABÍ y CONELEC no versó sobre daño ambiental, si se resolvió en función del daño ocasionado a un ciudadano, el menor Juan Pablo Andrade Bailón.

La Corte consideró que la sanción recibida en conjunto por los demandados estaba plenamente justificada por el régimen de responsabilidad patrimonial pública, es decir, que el deber del Estado se encuentra en reparar los daños ocasionados en los derechos de los administrados, cuando éstos no tienen el deber jurídico de soportar las afectaciones de la actividad estatal.

Este argumento, aclara como primer elemento de la responsabilidad estatal se debe contar con una afectación o un daño, de igual forma que se exige en el régimen de responsabilidad objetiva. Ahora bien, para el caso del Estado, no se le puede exigir reparación por la existencia de un daño, sino que el daño causado por la actividad pública debe ser injusto e ilegítimo, es decir, cuando el administrado no está en la obligación de recibirlo, ni dicho daño estaba previsto y justificado a favor del Estado.

Por otra parte la Sala consideró que se trata de un caso de responsabilidad extracontractual, en función del artículo 20 de la derogada Constitución Política del Estado que en su parte pertinente decía: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios

públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos".

Este artículo que es replicado en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución del Estado vigente. El artículo busca garantizar la reparación de un daño causado injusta e ilegítimamente por el Estado o cualquier estamento que actúe en su representación. Y por otro lado busca además que se garantice el derecho de repetición a favor del Estado contra los funcionarios que hayan causado perjuicios a terceros en el desempeño de sus funciones.

En este sentido la Corte reconoció en sus consideraciones los elementos de la responsabilidad en general, que ya han sido expuestos a comienzos del presente trabajo, sin embargo, brinda un criterio adicional que es fundamental para determinar los casos de responsabilidad estatal extracontractual y es que la obligación de reparar no se genera por la ilicitud de los actos públicos, sino en la ilicitud de los efectos de su actividad que perjudiquen a personas, bienes o al ambiente.

Esta postura implica que las actuaciones del Estado se presumen lícitas, no obstante sus efectos no siempre lo son. Cuando estas actuaciones causan detrimento a un bien jurídico protegido se genera la responsabilidad del Estado. Lo mismo ocurre en el caso de las actuaciones de los funcionarios públicos cuando estos obran en ejercicio de sus funciones su actuación es lícita porque para ello cuenta con una serie de pasos previos administrativos que le dan la potestad de ejercer determinado cargo público, sin embargo, los efectos que dichas actuaciones puedan causar a un particular no siempre son lícitas y en ese instante el Estado está obligado a reparar al afectado y a repetir contra el funcionario.

Es preciso hacer notar que el criterio adoptado por la Sala coincide con lo expuesto por García de Enterría al considerar que si existe lesión, la responsabilidad de la administración se dará siempre y cuando no existan causas de justificación capaces de la afectación material causado. Esto implica que para que se atribuya responsabilidad al Estado sobre un hecho dañoso, es necesaria la ausencia de un título jurídico que determine o imponga de manera inexcusable, querido o no el perjuicio causado. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1995)

Por la aplicación del citado artículo 20 de la Constitución Política del Estado (1998), es que la Corte aclara en su sentencia que el régimen de responsabilidad patrimonial estatal es de tipo objetivo, ya que no se encuentra sustentado en el sentido de culpa, puesto que no se exige la prueba de la conducta del sujeto que genera un daño, sino por el contrario el daño genera la obligación siempre que sea injusto e ilícito.

Ahora bien, se debe aclarar que en el régimen de responsabilidad pública, el criterio de culpa es empleado para la determinación de la procedencia del derecho de repetición contra los funcionarios públicos, puesto que en esos casos la determinación de culpa habilita o no a que se apliquen sanciones en su contra, tal como se verá a continuación.

Pero previo a abordar la responsabilidad de los funcionarios públicos, es menester que se tengan en claro ciertos elementos propios de la responsabilidad estatal, que como régimen de responsabilidad difiere en ciertos elementos del régimen de responsabilidad tradicional.

(Albuja Ponce, 2009) Con el fallo Andrade Medina vs. CONELEC y ELECMANABÍ, se aplicó judicialmente un régimen especial para los casos de responsabilidad

extracontractual del Estado, dando una suerte de aplicación de responsabilidad de tipo directo que como principales aristas dispone que la obligación de reparar un daño causado a un derecho de un administrado se da en dos casos puntuales:

- El primero se da cuando el Estado dentro de su actividad no puede garantizar la calidad en la prestación de servicios públicos, haciendo que estos sean nulos o deficientes, como se consideró en el fallo citado en líneas anteriores.
- Como segundo escenario tenemos a las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, que según considera la Sala, dichas actuaciones son consideradas como actuaciones del Estado frente a sus ciudadanos, es por ello que se genera una responsabilidad directa para el Estado, y también se considera como relación particular entre el Estado y el funcionario público, por lo que se justifica que si el Estado respondió ante un tercero por la actuación del servidor público, éste pueda repetir contra el otro por el perjuicio asumido a su nombre.
- Se ha reconocido y aplicado un régimen de responsabilidad especial, distinta al tradicional y que solamente es atribuible al Estado.
- En este sentido, para poder imputar responsabilidad al Estado, se debe reconocer que el origen de la misma no se encuentra en la ilicitud de los actos y hechos públicos, por el contrario sino en la injusticia o la ilicitud de los efectos de su actividad, que perjudican a personas, comunidades, bienes, o al ambiente.
- El régimen de responsabilidad estatal tiene un alcance general y solidario, considerando que el argumento de la Corte ha sido justificar que no siempre el

interés general prima sobre el interés individual. Esta ponderación de intereses se exceptúa cuando la lesión individual ha sido consecuencia de un "sacrificio" injusto o ilícito en la distribución de las cargas públicas, razón por la cual la afectación individual resulta intolerable a criterio de la Corte.

- Es un régimen de responsabilidad objetiva, puesto que exige que exista un daño y a diferencia del régimen objetivo general, el daño debe ser injusto e ilícito. Por ello la determinación de elementos subjetivos como la culpa o el dolo no son relevantes en este régimen, salvo en la determinación del grado de responsabilidad del funcionario público sobre un hecho dañoso a un tercero, cuya reparación ha sido asumida por el Estado, quien está facultado a repetir contra el servidor estatal.
- El daño como tal o el perjuicio irrogado por un acto público, lícito o no, a un bien jurídico protegido de un administrado, no debe ser asumido si es que no existe de manera previa la obligación jurídica de soportar dicha afectación.

2.2. Responsabilidad de los funcionarios públicos

La aplicación de un régimen de responsabilidad contra el Estado no es nuevo en la legislación del Estado. Ya la Carta Magna de 1998 establecía responsabilidad contra el Estado y sus estamentos en los casos en los que se perjudique al administrado a causa de una deficiente prestación de servicios públicos o por actos de los funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos.

Este régimen contemplaba el derecho de repetición a favor del Estado contra los funcionarios cuyos actos hayan sido producto de dolo o culpa judicialmente declarada. (Constituciòn Politica de la Repùblica del Ecuador, 1998)

Este antecedente sirvió para que se pudiera separar la responsabilidad indemnizatoria eminentemente civilista, de la responsabilidad reparatoria de carácter público. Dicha distinción se origina partiendo del objeto ulterior de cada régimen (indemnizatorio o reparador).

Con la expedición de la Constitución del año 2008 en su artículo 397, se concreta la responsabilidad de los funcionarios públicos para los casos en los que estos estén a cargo de realizar el control ambiental.

Esta responsabilidad se aplica para los servidores que estando en la obligación de hacer cumplir el ordenamiento jurídico en materia ambiental, no lo hacen, ya sea a través de acciones u omisiones.

A manera complementaria, la norma suprema en su artículo 11 numeral 9 determina que el Estado y sus delegatarios y toda persona que actúe a su norme y representación en función de una potestad pública, están obligados a reparar las violaciones de los derechos de los particulares ya sea por falta o deficiente prestación de los servicios públicos, por acciones u omisiones. [1]

[1] Art. 11 El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. 9) 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.".

A mi manera de ver, esta disposición es lógica y procedente, puesto que en la práctica quienes ejecutan el control ambiental son los funcionarios públicos y sus actuaciones a través de actos administrativos pueden presumirse legales pero esto no garantiza que no afecten los derechos de los regulados.

Son los funcionarios públicos quienes establecen políticas públicas y demás atribuciones otorgadas por Ley, razón por la cual en materia ambiental es menester que exista la posibilidad de reclamar la vulneración de los derechos ambientales por acciones u omisiones que provoquen afectaciones ambientales.

Es así que en el Ecuador la responsabilidad estatal no solamente ha sido determinada desde el ámbito civil; sino que también han existido pronunciamientos judiciales que han sancionado al Estado desde una visión de carácter público y no privada como en el ámbito civil.

En el fallo de casación de la ex Corte Suprema de Justicia del 11 de abril de 2007 publicado en la Gaceta Judicial serie XVIII No. 4 pp. 1618-1626 en el que Florencio Antonio Andrade Medina demandó al Consejo Nacional de Electricidad CONELEC, Elecmanabí y a la Procuraduría General de Estado, se demandó la responsabilidad estatal en los casos de deficiente prestación de servicios públicos.

Al respecto la Corte ha dicho:

"(...)El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente...De tal forma que en la búsqueda de atender los intereses colectivos, aunque se entienda que el interés individual debe ceder a ellos,

la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto... Por ello cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado. Por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar ilícito o licito de los funcionaros o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad del Estado en el evento de que cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento...

(...) En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que esta intencionalidad no sea relevante en el sistema de responsabilidad, pues como lo establece el inciso segundo de la norma analizada (artículo 20 de la Constitución Política), la calificación de la culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados. En este punto es preciso aclarar que la responsabilidad del Estado, tal como ha sido perfilada, no se adecúa tampoco a la idea de culpa presunta, propia, por ejemplo de las actividades de riesgo o de responsabilidad de actos de terceros. " (Florencio Antonio Andrade Medina vs. Consejo Nacional de Electricidad CONELEC, 2007)

En este punto, (Cassagne, 2015), opina que la diferencia entre el deber y la obligación estatal, se da porque el deber apunta siempre a una obligación genérica concordando con García de Enterría, mientras que la obligación se refiere a una prestación concreta del Estado.

Por ejemplo, en el caso de que el Estado no haya previsto las medidas necesarias para evitar la contaminación de un gasoducto o un oleoducto de petróleo, se está inobservando un deber, el deber de evitar el daño que va relacionado con el principio de proteger el ambiente.

Y al ser este un Principio General del Derecho está por encima de todo ordenamiento jurídico y según Cassagne esto permite considerar que lo importante no es tanto la reparación del daño en particular ya que de eso se encarga el derecho civil por lo que no debe ser parte del derecho ambiental al ser una cuestión secundaria, ya que el objeto del derecho ambiental siempre tiene que ser la recomposición del daño, volver al estado anterior donde lo que se trata es que la naturaleza no cambie, sino solamente a través de sus propios ciclos biológicos.

En sentido similar, el célebre autor Héctor Jorge Bibiloni, en la entrevista que pude hacerle, destaca el hecho de que el Estado, como tal, es una ficción jurídica que no opera por voluntad propia, sino que su accionar se debe a las acciones de los gobernantes. (Bibiloni, 2015)

2.3. Responsabilidad por emisión de permisos ambientales

Los permisos ambientales constituyen quizá la piedra angular dentro de los instrumentos de gestión ambiental. Ellos están orientados a precautelar la actividad humana sobre el ambiente y emanan como actos administrativos conferidos por autoridades competentes.

Las autorizaciones ambientales que serán tratadas a continuación tienen un carácter preventivo frente al daño ambiental, ya que tal y como vimos en el artículo anterior el impacto ambiental puede ser autorizado, que a pesar de producirse por una actividad económica, entendida como obra o proyecto, genera alteraciones permitidas al ambiente medibles y demostrables sobre el ambiente.

En el presente tema debemos partir considerando que la emisión de permisos ambientales es una atribución del Ministerio del Ambiente como Autoridad Ambiental Nacional (AAN) competente para tal efecto, no obstante por la acreditación ambiental SUMA entidades públicas y seccionales pueden ejercer esta atribución como Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable (AAAr).

Dicha obtención de un permiso ambiental supone un proceso de regularización ambiental en el que el Ministerio del Ambiente o la autoridad ambiental de aplicación responsable habilita a un promotor de un proyecto a ejecútalo siempre y cuando cumpla con la normativa ambiental específica para el proyecto en cuestión considerando sus características particulares y magnitud de los impactos o riesgos ambientales.

Obtener el permiso ambiental a favor de un proponente de proyecto ya sea público o privado, es el resultado de un proceso administrativo que busca que la obra propuesta esté autorizada conforme a sus características particulares y la magnitud de los impactos y riesgos ambientales. (Ambiente, 2015)

Con el objeto de entender el grado de responsabilidad del Estado que se genera en los casos de autorizaciones ambientales, es menester entender cómo opera el proceso de licenciamiento ambiental, para ello a continuación serán abordados los tipos de permisos ambientales y las herramientas informáticas que son usadas para tal efecto.

En primer término la normativa ecuatoriana vigente considera tres tipos de permisos ambientales:

1. Certificado Ambiental
2. Registro Ambiental
3. Licencia Ambiental

Estas autorizaciones están clasificadas de acuerdo al impacto que cada tipo de proyecto tendrá una vez sea ejecutado, es decir, una actividad que contemple impacto mínimo obtendrá Certificado Ambiental, mientras que una de alto impacto obtendrá una Licencia Ambiental.

Las autorizaciones ambientales son actos administrativos que realiza el estamento competente a favor del administrado, en busca de garantizar el derecho a vivir en un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado y prevenir la ejecución de actividades que pudieran contribuir a la extinción de especies o la destrucción de ecosistemas. (Constituciòn de la Republica del Ecuador, 2008)

El proceso de regularización ambiental con el paso de los años se ha convertido en un proceso eminentemente virtual, que opera a través de la plataforma SUIA que significa Sistema Único de Información Ambiental.

El SUIA es una herramienta informática de uso obligatorio a todas las entidades que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental – SNDGA. Esta plataforma permite realizar un control de regulación de procesos de regularización ambiental de los distintos proyectos, obras o actividades propuestos por los regulados.

2.3.1. Tipos de Autorizaciones Ambientales

2.3.1.1. Certificado Ambiental

Este tipo de permiso está orientado para las actividades que representen mínimo impacto y riesgo ambiental. No tiene carácter obligatorio y es potestad del proponente de un proyecto optar por esta autorización cuando pretenda ejecutar proyectos, obras o cualquier actividad considerada de mínimo impacto o mínimo riesgo ambiental. (Ambiente, 2015)

2.3.1.2. Registro Ambiental

Esta categoría de regularización ambiental está destinada para proyectos que representan un riesgo e impacto bajo al ambiente. Sin embargo, a diferencia del Certificado Ambiental su obtención es obligatoria para los proponentes de proyectos dependiendo la actividad que se pretenda realizar. (Ministerio del Ambiente, 2015)

Para obtener el registro ambiental, el promotor deberá llenar en línea el formulario de registro asignado por parte del Ministerio del Ambiente para lo cual deberá cumplir

con el siguiente procedimiento:

1. Realizar los pagos por servicios administrativos en los lugares indicados por la Autoridad Ambiental Competente.
2. Ingresar la información requerida por la Autoridad Ambiental Competente en el registro automático elaborado para el efecto y disponible en línea.

Una vez obtenido el registro ambiental, será publicado por la Autoridad Ambiental Competente en la página web del Sistema Único de Información Ambiental.

El Sujeto de control deberá cumplir con las obligaciones que se desprendan del permiso ambiental otorgado.

Los pasos para obtener el Registro Ambiental son los siguientes: En primer lugar se debe ingresar el promotor con su usuario y contraseña. Una vez que se ha ingresado se debe escoger la actividad económica que corresponda al promotor del proyecto obra o actividad y registrar la información correspondiente. De forma automática se genera el certificado de intersección y se ingresa el número de comprobante que permite pagar las tasas correspondientes.

El Ministerio del Ambiente es el encargado de resolver y aprobar o denegar el registro ambiental para el proyecto, obra o actividad.

2.3.1.3. Licencia Ambiental

El licenciamiento ambiental o proceso de obtención de la licencia ambiental es quizá el proceso de mayor control y prevención que tiene el Estado frente a los regulados que pretender ejecutar una actividad de alto impacto.

Las actividades obligadas a la obtención de una licencia ambiental, por lo general son aquellas utilizan recursos no renovables, mismos que no pueden regenerarse con el paso del tiempo.

En el Libro VI del TULSMA se define a la licencia ambiental como "la autorización que otorga la autoridad competente a una persona natural o jurídica, para la ejecución de un proyecto, obra o actividad. En ella se establece la obligatoriedad del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable por parte del regulado para prevenir mitigar o corregir los efectos indeseables que el proyecto, obra o actividad autorizada pueda causar en el ambiente." (Ministerio del Ambiente, 2015)

El licenciamiento ambiental, constituye una obligación para el regulado, ya sea de carácter privado o público, pues la Ley de Gestión Ambiental dispone que previo al inicio de toda actividad que suponga riesgo al ambiente, el promotor debe contar con la licencia o autorización correspondiente otorgada por la autoridad competente. (Ley de Gestiòn Ambiental, 2004)

La licencia ambiental ha sido definida también en sede judicial, así en el caso Amaguay vs. OCP, la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja se pronunció así:

"Licencia Ambiental es la autorización que otorga la autoridad competente a una persona natural o jurídica para la ejecución de un proyecto, obra o actividad. En ella se establecen los requisitos, obligaciones y condiciones que el beneficiar debe cumplir para prevenir, mitigar o corregir los efectos indeseables que el proyecto, obra o actividad autorizada pueda causar en el ambiente, por lo tanto la misma es otorgada una vez que se han cumplido con todos los requisitos exigidos para el efecto y en caso de que exista un incumplimiento ambiental, dicha licencia hubiera sido suspendida o revocada." (Amaguay vs. OCP, 2009)

La licencia ambiental tiene a mi manera de ver dos efectos, el preventivo que consiste en presentar a la autoridad todos los efectos, actividades y afectaciones que determinada actividad causará al ambiente y las acciones preventivas y remediadoras que se tomarán a lo largo de la ejecución del proyecto. Y en segundo lugar sirve como una limitación a las actividades dañosas no autorizadas en las que incurra el regulado, tal es así que como hemos visto la responsabilidad ambiental administrativa pudiera derivar en un acto administrativo que ordene la suspensión de la actividad e incluso la revocatoria definitiva del permiso.

2.4. Responsabilidad por declaración de áreas protegidas y excepciones autorizadas

Para abordar el presente punto es necesario tener claro lo que significa un área protegida. El Ministerio del Ambiente recoge la definición del tratadista Dudley que las define como "espacios geográficos claramente definidos, reconocidos y gestionados, mediante medios legales u otros tipos de medios eficaces para conseguir

la conservación a largo plazo de la naturaleza y de sus servicios ecosistémicos y sus valores culturales asociados". (Ministerio del Ambiente, 2013)

De la lectura de esta definición entendemos que el objeto para declarar un área determinada como protegida es la conservación de sus componentes naturales y valores asociados. Es así que el Ecuador a través del Ministerio del Ambiente en su calidad de Autoridad Ambiental Nacional ha implementado el Sistema Nacional de Áreas Protegidas – SNAP conocido como Patrimonio de Áreas Naturales del Estado – PANE.

El SNAP comprende cuatro regiones del país y alberga 51 reservas naturales que se extienden en aproximadamente el 20% del Ecuador.

Según los datos oficiales del Ministerio del Ambiente en el año 2016 el SNAP está constituido por 50 áreas protegidas, de las cuales 49 son parte del subsistema del PANE y 1 del subsistema de los GADS como se aprecia en el siguiente cuadro:

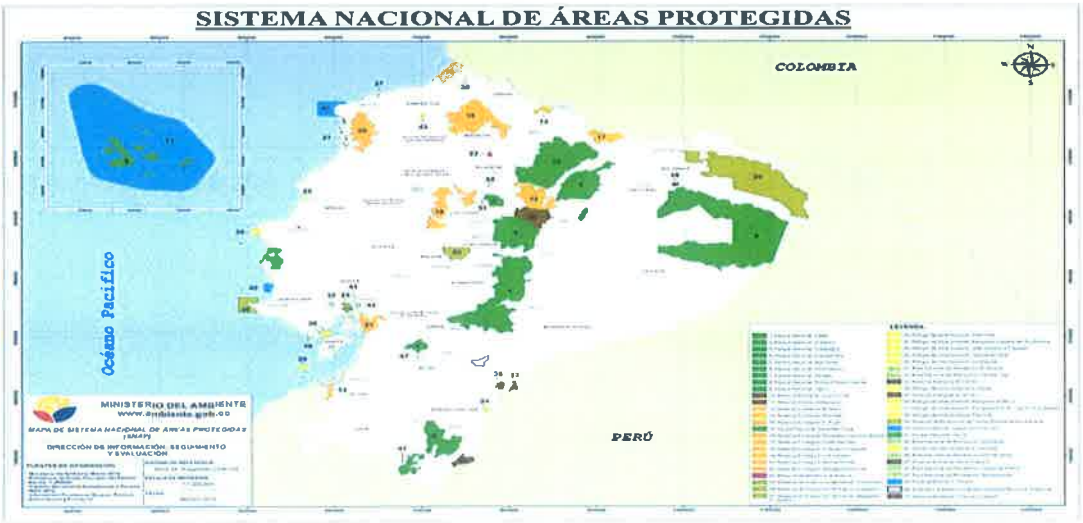


Gráfico 13: Sistema Nacional de Áreas Protegidas

Fuente: (Ministerio del Ambiente, 2013)

Del cuadro precedente podemos extraer la clasificación de protección a zonas determinadas que ha dado el estado ecuatoriano en sus cuatro regiones naturales.

En la región sierra existen siete Parques Nacionales, cuatro Reservas Ecológicas, una Reserva Geobotánica, dos Áreas Nacional de Recreación, una Reserva de Producción de Fauna y una Reserva de Vida Silvestre.

En la región costa existen un Parque Nacional, ocho Reservas de Vida Silvestre, cuatro Reservas Ecológicas, dos Reservas Marinas, dos Reservas de Producción de Fauna, cuatro Áreas Nacionales de Recreación.

Por otra parte en la región amazónica el Ecuador ha creado dos Parques Nacionales, cuatro Reservas Biológicas, dos Reservas Ecológicas, un Área Ecológica de Conservación Municipal, una Reserva de Vida Silvestre y una Reserva de Producción de Fauna.

Finalmente, en la región insular o Galápagos, que ha sido el antecedente de protección de flora y fauna en el Ecuador, se ha creado un Parque Nacional y una Reserva Marina. (Ministerio del Ambiente, 2013)

Con estos datos podemos a continuación clasificar las diferentes reservas y áreas protegidas conforme a sus categorías de protección.

Parques Nacionales

1. Parque Nacional Cajas
2. Parque Nacional Cotopaxi
3. Parque Nacional Galápagos

4. Parque Nacional Llanganates
5. Parque Nacional Machalilla
6. Parque Nacional Podocarpus
7. Parque Nacional Sangay
8. Parque Nacional Sumaco
9. Parque Nacional Yasuní
10. Parque Nacional Yacuri
11. Parque Nacional Cayambe Coca

Reservas Biológicas

12. Reserva Biológica Limoncocha
13. Reserva Biológica Marina de Galápagos
14. Reserva Biológica El Cóndor
15. Reserva Biológica El Quimi

Reservas Ecológicas

16. Reserva Ecológica Antisana
17. Reserva Ecológica Arenillas
18. Reserva Ecológica El Ángel

19. Reserva Ecológica Cayambe Coca

20. Reserva Ecológica Cayapas Mataje

21. Reserva Ecológica Cofán Bermejo

22. Reserva Ecológica Cotacachi Cayapas

23. Reserva Ecológica los Illinizas

24. Reserva Ecológica Mache Chindul

25. Reserva Ecológica Manglares Churute

Reserva Geobotánica

26. Reserva Geobotánica Pululahua

Reservas Faunísticas

27. Reserva Faunística Chimborazo

28. Reserva Faunística Cuyabeno

Reserva de Producción de Fauna

29. Reserva de Producción de Fauna Manglares El Salado

30. Reserva de Producción de Fauna Marino Costera Puntilla Santa Elena

Refugios de Vida Silvestre

31. Refugio de Vida Silvestre Pasochoa

32. Refugio de Vida Silvestre Manglares Estuario Rio Muisne

33. Refugio de Vida Silvestre Isla Corazón

34. Refugio de Vida Silvestre Isla Santa Clara

35. Refugio de Vida Silvestre La Chiquita

36. Refugio de Vida Silvestre El Zarza

37. Refugio de Vida Silvestre Manglares El Morro

38. Refugio de Vida Silvestre Manglares Estuario Rio Esmeraldas

39. Refugio de Vida Silvestre Marino Costero Pacoche

40. Refugio de Vida Silvestre El Pambilar

Áreas Nacionales de Recreación

41. Área Nacional de Recreación El Boliche

42. Área Nacional de Recreación Parque-Lago

43. Área Nacional de Recreación Isla Santay

44. Área Nacional de Recreación Playas de Villamil

45. Área Nacional de Recreación Quimsacocha

46. Área Nacional de Recreación Los Samanes

47. Área Nacional de Recreación Los Samanes

48. Área Nacional de Recreación Isla Santay

Reservas Marinas

49. Reserva Marina Cantagallo Machalilla

50. Reserva Marina Galera San Francisco

Subsistema Autónomo Descentralizado Municipal

51. Subsistema Autónomo Descentralizado Municipal Siete Iglesias

Todas las 51 áreas señaladas anteriormente han sido establecidas con el objeto de preservar in situ los recursos y elementos naturales, culturales y sociales propios de determinada zona, a fin de que no se vean alteradas por la intervención humana o de factores exógenos.

No obstante en ciertos casos esta protección no puede alcanzar su máximo potencial, ya que entra en contraposición con políticas públicas y factores macroeconómicos, que generan una disyuntiva entre la producción y la conservación. (El Blog Forestal, 2009)

En este sentido, la legislación ecuatoriana ha previsto una prohibición constitucional para las actividades extractivas. Así el artículo 407 de la Constitución del Estado determina dicha prohibición:

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

Es claro notar que expresamente en el Ecuador están prohibidas las actividades extractivas de recursos no renovables en zonas pertenecientes al SNAP. Sin embargo,

esta prohibición puede no ser vinculante en los casos de declaratoria de interés nacional de una actividad determinada.

En esos casos, se permite la ejecución del proyecto de conformidad con los procesos establecidos para cualquier otro proyecto. Ahora bien, la responsabilidad ambiental puede darse en dos vías, de forma indirecta en los casos que dicha declaratoria de emergencia no sea justificada técnicamente y se cause un perjuicio ambiental, y de forma directa si es que el operador autorizado es una empresa pública o mixta si es que la ejecución de dicha actividad genera daño ambiental.

2.5. Responsabilidad del Estado por inadecuada formulación de límites permisibles y otros estándares ambientales.

Ya se ha dicho que la doctrina ambiental recoge la postura de que no existe contaminación cero, es decir, toda actividad humana genera impacto en el medioambiente, en mayor o menor grado. El ser humano desde el momento que nace afecta al ambiente hasta el día de su muerte.

Frente a esto, la doctrina ha concebido la línea base y la línea de fondo, que son dos indicadores de calidad de ambiente, que permiten calcular el nivel de afectación que una zona geográfica ha recibido por la actividad humana, y en función de ello permite delimitar el grado de tolerancia que dicha zona tiene para ejecutar actividades en ella.

En líneas anteriores hemos visto, los diferentes tipos de impactos ambientales, no obstante, es menester decir que dicha categorización ha sido considerada partiendo de

una línea base, en los casos que en una zona determinada ha habido presencia humana o línea de fondo, cuando nos encontramos frente a una zona libre de presencia humana.

La legislación ambiental nacional ha determinado que los valores de fondo son parámetros que representan cuantitativamente o cualitativamente las condiciones de la línea de fondo. Y la línea de fondo a su vez denota las condiciones ambientales imperantes, antes de cualquier perturbación. Es decir, significa las condiciones que hubieran predominado en ausencia de actividades antropogénicas, solo con los procesos naturales en dicha actividad. (TULSMA, 2004)

Como podemos observar los valores de fondo demuestran el estado original de la Naturaleza sin que previamente el hombre haya intervenido en ellos. Sin embargo, la determinación de estos valores no es suficiente para la ejecución de actividades industriales en una zona determinada, por ello la legislación ecuatoriana ha creado los criterios de calidad, que son valores complementarios a los de fondo, cuya función es determinar la capacidad de carga o el grado de resistencia de un recurso frente a una actividad humana. Por lo tanto estos criterios de calidad se traducen en límites máximos permisibles, que son los topes máximos de contaminación autorizada.

En este punto es necesario aclarar que los valores de fondo no tienen como función determinar la existencia o no del daño ambiental; ni tampoco sirven para determinar el nivel de remediación a efectuarse, esto debido a que los valores de fondo establecen puntos de referencia que el Estado está obligado a considerar para determinar los límites máximos de afectación que un recurso puede resistir.

Con este antecedente, la responsabilidad del Estado se genera, por la inadecuada determinación de estos valores permisibles para la ejecución de actividades que comprometan el ambiente en escalas considerables.

No debemos olvidar que, la Naturaleza goza del derecho a la conservación integral, este derecho traducido a la práctica es entendido como la adecuada gestión pública que garantice la integralidad del medioambiente.

La función que cumplen los límites permisibles es que dar certeza al operador ya sea privado, estatal o mixto, a que efectúe sus actividades previamente autorizadas a través de un acto administrativo que en estos casos es la Licencia Ambiental.

Esta función brinda certeza y seguridad jurídica al regulado, ya que conoce dentro de que límites mínimos y máximos puede realizar sus operaciones. Toda actividad industrial está ligada al cumplimiento de estos, y en muchos casos dichos estándares han sido herramientas claves para la definición de procesos judiciales.

En el caso Los Vencedores vs PERENCO, la sentencia emitida por Corte Provincial de Justicia de Orellana, el 18 de marzo del 2013, se desechó la demanda fundamentándose en dos consideraciones importantes que adoptó la Corte.

El primero fue la aplicación del artículo 397 de la Constitución del Estado, ordenando la inversión de carga de la prueba contra el demandado. Y en segundo lugar la consideración de las pruebas aportadas al proceso por el demandado y la valoración de la Corte sobre los límites permisibles para la actividad.

Ya no ha quedado claro que en materia ambiental la responsabilidad es objetiva y se invierte la carga de la prueba contra el demandado, pues bien, esto permite al

demandado aportar herramientas de carácter técnico al proceso para probar la remediación del daño o para probar que no existe tal.

En el caso Vencedores vs PERENCO la Corte reconoce que los resultados de las valoraciones técnicas de calidad cumplen con los límites permisibles determinados en el Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas, por lo que se desecha la demanda contra PERENCO.

Aquí radica la necesidad de que el Estado establezca con claridad y precisión técnica cuáles son los valores de fondo a manejar en determinado lugar, con el objeto de verificar el estado de los recursos naturales. Cuando estos valores son tratados de manera técnica puede darse el caso de que superen los criterios de calidad aproximados, y en ese caso resulta inaplicable exigir al operador cumplir límites que no son reales y que por más gestión ambiental preventiva que este implemente no podrá cumplirlos.

2.6. Responsabilidad Ambiental Subsidiaria del Estado

Otro de los casos en los que el Estado puede incurrir en responsabilidad por afectaciones a la Naturaleza, es cuando desacata la disposición constitución que lo obliga a intervenir en los casos de daño ambiental, aun sin que dicho daño sea producto de su actividad.

La Constitución del Estado determina expresamente la responsabilidad subsidiaria en materia ambiental. Así pues el artículo 397 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."

Esto implica que a pesar de existir la responsabilidad directa revisada en párrafos anteriores, el Estado tiene la obligación de intervenir en los casos en los que la restauración no sea asumida por el operador, esto en procura de salvaguardar los derechos de la naturaleza y del ser humano.

De tal forma con la determinación de esta obligación el Estado debe asumir la gestión de reparación del daño causado por el contaminador, pudiendo repetir en contra del infractor. Al ser una obligación de ejecución el Estado no puede obviar su cumplimiento, dada la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos.

Así pues al establecerse el deber de reparar de manera subsidiaria, el derecho de repetición está implícito a favor del Estado, para que traslade los costos y perjuicios asumidos por el Estado en la búsqueda de la reparación del daño.

Este tipo de responsabilidad es un intento constitucional por preservar los derechos de la Naturaleza y los derechos subjetivos de los seres humanos a vivir en un ambiente sano.

Lamentablemente en la práctica esta disposición no ha sido acatada por el Estado ecuatoriano; como es de conocimiento público los pasivos ambientales dejados por actividades extractivas privadas aún se encuentran sin atención en las zonas afectadas.

CAPÍTULO III

LOS PROCESOS AMBIENTALES EN EL ECUADOR: EL ESTADO COMO SUJETO PASIVO DE LA RELACIÓN PROCESAL

A lo largo del presente trabajo hemos podido observar la evolución de la aplicación de la responsabilidad ambiental en el Ecuador. Sin embargo, dicha responsabilidad opera a través de procesos de carácter judicial, razón por la cual es menester hacer referencia a los procesos ambientales cuando el Estado interviene dentro del proceso como demandado.

Analizar los procesos ambientales es necesario si consideramos que con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos, el Ecuador en lo que respecta al sistema procesal ambiental ha dado un avance importante que bajo ningún precepto debe ser obviado.

A continuación veremos las principales características y elementos procesales del litigio ambiental.

3.1. La carga de la prueba en materia ambiental

La Constitución del Estado señala expresamente que la responsabilidad por daños ambientales es objetiva, y adicional a ello el artículo 397 numeral 1 complementa al artículo precedente diciendo que la carga de la prueba sobre la existencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado. (Vaca, 2009)

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 responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

1. 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, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.

Ahora bien, al referirnos a la disposición constitucional de reversión de la carga de la prueba considero que el objeto de dicha disposición es impedir que la fase probatoria en el proceso sea un impedimento para que el demandante acceda a la justicia. Tal es así que, esta disposición constitucional equivale a una "presunción de responsabilidad del sujeto infractor debido a que objetivamente se le atribuye responsabilidad sobre el daño causado". (Guaranda, 2010, pág. 103)

Entonces por una parte tenemos la facilidad que se le otorga al demandante respecto a la prueba, ya que no le corresponde probar lo que demanda, y por otra la presunción

de responsabilidad sobre el agente contaminador ya que se le atribuye objetivamente se le hace responsable del daño.

Siguiendo con la disposición de reversión de la carga de la prueba que entraña la responsabilidad objetiva ya estudiada anteriormente, puede decirse que es el resultado de la aplicación del principio de precaución del Derecho Ambiental, esto a causa del riesgo de una actividad determinada, tal como lo revisamos en la Teoría del Riesgo.

La aplicación de la inversión de la carga de la prueba, se da como una ventaja procesal a favor del sujeto demandante frente al agente o sujeto contaminante, ya que éste posee pericia y conocimiento sobre las consecuencias de las acciones producidas por sus propias actividades.

En definitiva, el maestro Mario Peña Chacón considera que el objeto de invertir la carga de la prueba se halla en el hecho de que la actuación de la prueba debe atribuirse a la parte procesal que pueda aportar a menor coste evidencia suficiente al juzgador para que así determine la existencia o no de una relación de causalidad entre el hecho generador de responsabilidad y el daño ocasionado; y tratándose de materia ambiental, suele ser difícil para el demandante probar dicho nexo causal y más fácil para el demandado. (Peña, 2005)

Ahora bien, respecto a la presunción de responsabilidad que emana de la responsabilidad objetiva vale detenerse en el hecho de que la Constitución del Estado establece en su artículo 76 numeral 2 dentro de las garantías al debido proceso, la presunción de inocencia.

Frente a este escenario nos encontramos con una dicotomía entre dos disposiciones constitucionales, por una parte la disposición del artículo 397 sobre la inversión de la carga de la prueba y por otro el artículo 76 numeral 2 que reconoce el principio de presunción de inocencia. Entonces surge la duda de qué artículo debe primar en un proceso o sobre si la aplicación de la inversión de la carga de la prueba vulnera la presunción de inocencia.

Podría decirse que la aplicación de la inversión de la carga de la prueba y por tanto el establecimiento de la responsabilidad objetiva en el proceso surge como una excepción a la presunción de inocencia referente al debido proceso.

Goldenberg y Cafferatta en su obra conjunta sobre daño ambiental abordan la aplicación de la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba y afirman que "se ha dicho que funciona una presunción de causalidad, con el añadido de que no exime al contaminante la autorización administrativa para el ejercicio de la actividad y sí, únicamente el caso fortuito externo", es decir que el sujeto pasivo de la relación procesal debe probar la existencia del caso fortuito, la fuerza mayor y las responsabilidad por daños de terceros con los cuales no existe conexidad que lo exima de la obligación de responder ante la responsabilidad que se le ha imputado. (Goldenberg,I, 2001, pág. 41)

(Cafferata, 2003), sostiene que no existe una desigualdad o peso extralimitado en la relación procesal que aplica la responsabilidad objetiva. Esto quiere decir que la inversión de la carga de la prueba se da por el conocimiento, la experiencia y la pericia del sujeto pasivo sobre las actividades que presuntamente ocasionaron el perjuicio

alegado en el proceso; según el doctrinario argentino en este punto se aplica el principio *pro dammato* o interpretación a favor del perjudicado.

Entonces, el Estado dentro de sus operaciones como regulado frente a un evento ambiental que supere los límites establecidos, por la objetivación de la responsabilidad tendrá que asumir en idéntica forma que lo hacen las personas de derecho privado, las obligaciones ambientales que se generan a partir de provocado el daño.

3.2. Jurisdicción y Competencia

La jurisdicción para resolver litigios ambientales estaba regulada por la Ley de Gestión Ambiental, que en su artículo 42 disponía que el Presidente de la Corte Superior del lugar donde se hayan producido las afectaciones, debía conocer dichos casos. (Ley de Gestiòn Ambiental, 2004)

Con la expedición del Código Orgánico General de Procesos, este artículo fue expresamente derogado a través de la Transitoria Derogatoria Diez que textualmente dice:

"DECIMA.- Deróguese el artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental, publicada en el Registro Oficial No. 418 de 10 de septiembre de 2004". (Còdigo Orgànico General de Procesos, 2015)

Con esta derogatoria queda claro que la competencia para conocer los procesos ambientales la tienen los jueces de primera instancia del lugar en que se produzcan las afectaciones ambientales y ya no la Corte Provincial.

Por otra parte la determinación de la competencia para acciones de tipo ambiental es concurrente, según el Código Orgánico General de Procesos, puesto que además de conocer de este tipo de acciones el Juez del domicilio del demandando, se puede iniciar una acción en el lugar dónde se causaron las afectaciones ambientales.

Considero lógica la determinación de competencia concurrente, ya que considerando que un evento ambiental no siempre se limita a afectar un lugar determinado, sino que puede darse el caso en el que el evento ambiental o la afectación superen un límite territorial y se extienda a otras zonas geográficas. Esto sucede con frecuencia en afectaciones a cuerpos de agua, que por su naturaleza no son estáticos.

3.3. Inepta Acumulación de Acciones

A lo largo de la evolución del litigio ambiental, a los diferentes sistemas procesales les ha costado diferenciar las acciones ambientales de las civiles. El Ecuador no ha sido una excepción en este tema.

El problema se da cuando el accionante se ha visto afectado patrimonialmente por un evento ambiental, es decir, un hecho injusto e ilícito provocó cierto grado de afectación patrimonial o moral a su persona, de modo que pretende demandar civilmente la reparación de dicha afectación.

No obstante, el accionante erróneamente interponía una acción ambiental en la que solicitaba la reparación patrimonial por el daño causado. Esta pretensión procesal además de errónea constituía un retraso en las acciones ambientales, ya que el litigio

ambiental no versaba sobre la reparación a la naturaleza, sino se enfocaba en determinar la procedencia de la indemnización al accionante.

La legislación ecuatoriana antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, no diferenciaba expresamente las acciones ambientales de las civiles. No obstante, ya se hizo una distinción sobre la acumulación de acciones de carácter ambiental y las acciones de carácter civil.

En el caso Alcívar vs. OCP, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Nueva Loja se pronunció así: "*En cuanto a la afirmación de la demandada de la existencia de una inepta acumulación de acciones ambientales y civiles, debe considerarse que en esta causa solo cabe la discusión de los reclamos de carácter ambiental, porque sólo estos pueden ventilarse vía verbal sumaria y en primera instancia ante el Presidente de la Corte Provincial , de conformidad a lo ordenado en los artículos 42 y 43 de la Ley de Gestión Ambiental*". (Corte Constitucional del Ecuador, 2013)

Esta sentencia sirvió como precedente para que el legislador años más tarde, solvente el vacío legal. Es así que el artículo 38 del Código Orgánico General de Procesos en el inciso tercero establece claramente que las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este se ejercerán de forma separada e independiente.

Con esto queda claro el tema de que las acciones ambientales se siguen en cuerda separada de las acciones civiles.

Esta postura ha sido también reconocida en fallos judiciales de otros países. Por poner un ejemplo la jurisprudencia costarricense explicada por el jurista Mario Peña Chacón

en el voto número 675-2007 de las 10:00 horas del día 21 de septiembre del año 2007, dela Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se dictó el siguiente fallo:

"se debe distinguir entre daños al ambiente y daños a través del ambiente. Este último se basa en la responsabilidad patrimonial tradicional: daños personales y económicos. El otro por el contrario, se refiere al daño ambiental per se. Estas dos categorías son:

El ecológico o ambiental propiamente dicho.- Afecta la flora y fauna, el paisaje, el aire, el agua, el suelo, es decir, el ambiente. Es el que sufre el ecosistema, inhibiéndolo en sus funciones naturales. No se ubica sobre ningún bien de pertenencia individual. Es el perjuicio o detrimento soportado por los elementos de la naturaleza o el ambiente, sin recaer en una persona o cosas jurídicamente tuteladas. Se trata de un daño al ambiente, ya sea mediante su alteración o destrucción parcial o total, afectando en forma mediata la calidad de vida de los diversos seres vivientes del planeta.

Los daños particulares.- Son aquellos que por un impacto ambiental se derivan luego en personas o bienes individuales. Si bien recibe la atención judicial como si se tratara de un daño ambiental, las reglas para atribuir responsabilidades y establecer su resarcimiento, no difieren sustancialmente de las clásicas del derecho."

En este punto hay que tener en claro que un evento ambiental puede presentar ciertas variables. Por ejemplo el evento ambiental puede superar los límites permitidos y afectar a la naturaleza pero no causar daños civiles. O quizá no supere los límites

permisibles pero produzca daños patrimoniales. O también pudiera causar daño ambiental y civil.

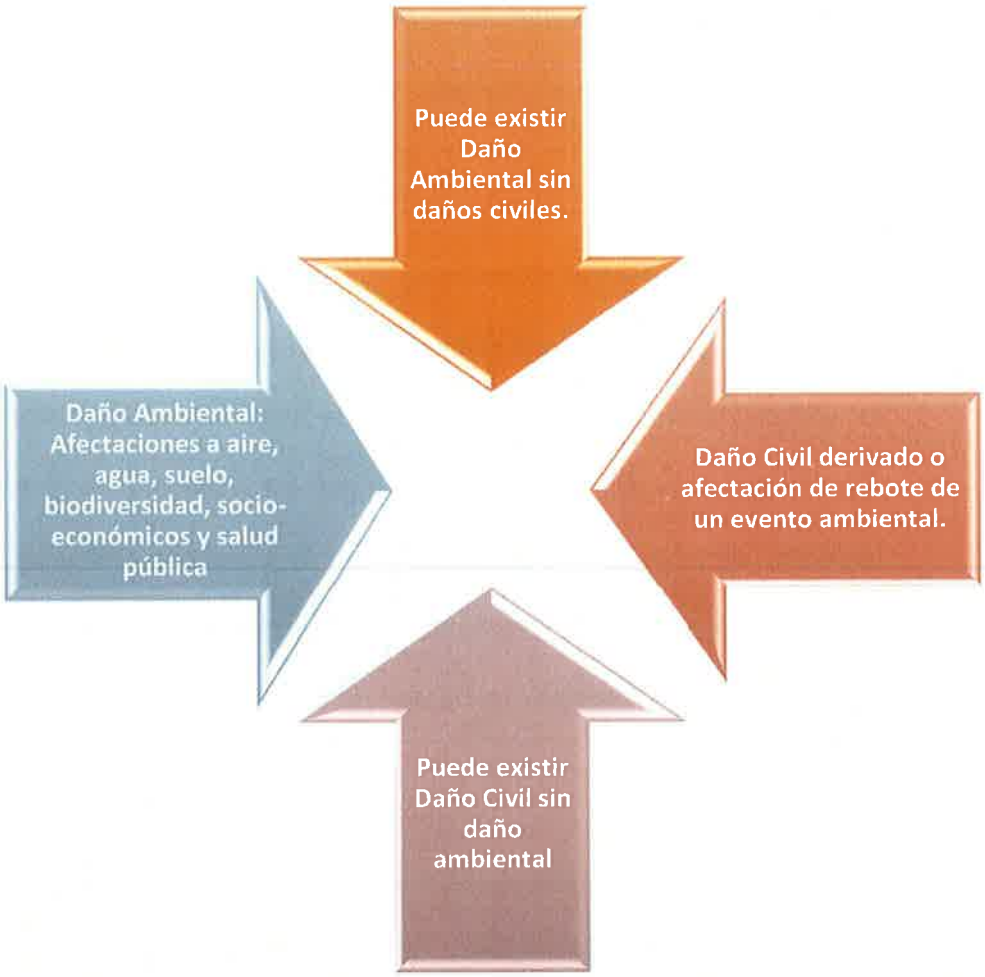


Gráfico 14: Tipos de daños causados por un evento ambiental

Elaborado por: Francisco Játiva Yánez

3.4. Legitimidad activa para reclamar daño ambiental

Como se dijo al comenzar el presente trabajo, la Naturaleza pese a ser un sujeto de derechos está imposibilitada de ejercer tales derechos por su propia cuenta, y en el caso del litigio ambiental alguien debe representarla o tener la legitimación activa en causa para reclamar los derechos que le sean coartados.

La legislación nacional no ha omitido este punto y de igual forma, en el artículo 38 del Código Orgánico General de Procesos, ha establecido que la Naturaleza puede ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quién además podrá actuar por iniciativa propia.

"Art. 38.- Representación de la naturaleza. La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quien además podrá actuar por iniciativa propia. La naturaleza no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida. (...)"

En este sentido se infiere que el legislador otorgó representación activa en causa de manera amplia y extensiva a toda persona dentro del territorio nacional e incluso a cualquier persona jurídica.

En el inciso segundo del mismo artículo se dispone que la Naturaleza no podrá ser demandada o reconvenida, y esto resulta bastante lógico por dos motivos. El primero y el más lógico es que la Naturaleza es un ente que como hemos dicho no ejerce sus atribuciones de manera voluntaria e independiente y en segundo lugar qué se le podría

exigir como pretensión a la Naturaleza si es un ser sui generis, incapaz de valerse por su cuenta y sin obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Esta norma es una aplicación de la Constitución que establece que, a fin de garantizar los derechos individuales y colectivos a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, cualquier persona natural o jurídica, colectivo o grupo humano pueda ejercer acciones legales para obtener tutela efectiva a favor de la naturaleza que permita cesar el daño ambiental materia del litigio.

3.5. Medidas contempladas en el Código Orgánico General de Procesos en favor de la naturaleza

El Código Orgánico General de Procesos reconoce en concordancia con los derechos constitucionales de la Naturaleza, que si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido prevenir, evitar, remediar, restaurar y reparar los daños ambientales, no será necesario tramitar las acciones descritas en dicho cuerpo legal. (Còdigo Organico General de Procesos , 2015)

Ahora bien, este artículo abre la puerta y orienta los caminos y condiciones procesales para ejercer las reclamaciones por afectaciones a la Naturaleza. En primer lugar limita la acción judicial ambiental a los casos en los que previamente no se hayan aplicado ningún tipo de medida preventiva o correctiva en favor del ambiente. Esto como puede notarse sirve como un filtro procesal previo en el que el actor deberá probar la

inexistencia medidas tomadas por el demandado respecto a un evento ambiental puntual.

Por otro lado, el inciso segundo del mismo artículo establece a mi manera de ver un filtro adicional complementario al primero, que está enfocado en la validación por la autoridad reguladora y de control respecto a las medidas tomadas para contrarrestar o evitar el evento ambiental. Y eso resulta lógico, ya que si en un primer momento tenemos la exigencia de tomar medidas correctivas, no puede tomarse cualquier tipo de medidas, ya que la entidad de control deberá aprobar esas medidas bajo criterios de calidad de ambiente y criterios técnicos enfocados a prevenir o evitar las afectaciones ambientales adicionales.

i. Primer Caso

Si un evento ambiental no ha sido reparado y el demandado es un sujeto de derecho privado, la competencia la tendrá el juez civil del domicilio del demandado o el juez del lugar donde se hayan producido las afectaciones ambientales a través de un proceso sumario.

Si este evento genera afectaciones patrimoniales y el demandado es un sujeto de derecho privado, la competencia la tendrá el juez civil del domicilio del demandado o el del lugar donde se hayan producido las afectaciones. El proceso a seguir será el ordinario.

ii. Segundo Caso:

Si un evento ambiental no ha sido reparado y el demandado es el Estado o un sujeto de derecho privado con potestad pública, la competencia la tendrá el juez contencioso administrativo del domicilio del actor en proceso ordinario.

iii. Tercer Caso:

En los casos en que no exista restauración o reparación integral aprobada o en los cuales se pretenda impugnar judicialmente los actos administrativos emitidos por la AAN de aceptación, se lo hará ante el juez de lo contencioso administrativo del domicilio del actor en juicio ordinario.

3.6. Imprescriptibilidad de las acciones ambientales

Las acciones de carácter ambiental son imprescriptibles en el Ecuador. La Constitución de 2008 en el artículo 396 literal i) numeral 4, señala expresamente que "las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles". (Constituciòn de la Republica del Ecuador, 2008)

A su vez ha sido ratificada en sentencia judicial en el caso Alcívar contra Oleoducto de Crudos Pesados que en su parte pertinente la Sala se pronunció de la siguiente manera:

"La acción ambiental protege un bien común indispensable para la existencia misma de la humanidad, de ahí que tenga sentido que en la actual Constitución, no se tenga previsto un plazo para su prescripción. La acción para el resarcimiento de daños y perjuicios: "busca proteger el patrimonio de un individuo que siendo importante, no

se compara con un bien que es de propiedad de todos, por esa razón, el plazo de prescripción es limitado" (Nelson Domingo Alcívar Cadena vs. OCP, 2009)

Esta posición de la Sala a mi criterio es lógica y que a pesar de haber sido pronunciada con años de anterioridad al Código Orgánico General de Procesos, y empata plenamente con la posición del legislador en el año 2016, al hacer la diferencia de que no es lo mismo una acción ambiental que una acción civil originada por eventos ambientales.

Cada una de dichas acciones tiene sus propias vías de procedimiento y sus tiempos. Por ejemplo ya se ha señalado que las acciones ambientales son imprescriptibles, mientras que las acciones de daños y perjuicios prescriben a los cuatro años contados desde la perpetración del acto conforme lo establece nuestro Código Civil en su artículo 2235.

3.7. Prohibición de doble recuperación

Esta medida ha sido establecida en procura de prevenir el aprovechamiento de las indemnizaciones obtenidas en procesos ambientales.

En suma busca que los intervinientes en procesos ambientales que hayan obtenido reparaciones de tipo civil, no busquen en otras instancias nuevas reparaciones por el mismo hecho.

El Código Orgánico General de Procesos determina expresamente esta prohibición en su artículo 40:

"Art. 40.- Prohibición de doble recuperación. Se prohíbe la doble recuperación de indemnizaciones si los terceros afectados han sido reparados a través de la acción de daños ambientales.

Cuando el Estado o las instituciones comprendidas en el sector público asuman la responsabilidad de reparar o cuando hayan sido condenadas a reparar materialmente mediante sentencia, en un proceso que declare la vulneración de los derechos de la naturaleza, el Estado ejercerá el derecho de repetición, de conformidad con el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional."

Para entender este artículo es necesario aclarar que previamente habíamos dicho que las acciones civiles y ambientales son diferentes y que la esencia de la acción ambiental busca el cese de una actividad dañosa. En suma trata de lograr que el agente contaminador o imputado, respete y garantice los ciclos naturales a través de una restauración.

Hemos dicho también que un evento ambiental puede o no presentar daños patrimoniales. Por ello la normativa ecuatoriana reconoce que un evento ambiental puede afectar a la naturaleza incluyendo a las comunidades y, por otro lado, a los individuos. Frente a esto el Ministerio del Ambiente ha desarrollado el Programa de Remediación Ambiental y Social. "El trabajo del PRAS se sustenta en el Acuerdo Interministerial 001 que fue firmado en el 2012 y que señala en su artículo 2 que es deber del Estado hacer cumplir la aplicación de los lineamientos para la compensación por afectaciones socio ambientales." (Ambiente, 2015)

De esta forman el Estado ha adoptado la concepción de que las afectaciones ambientales pueden comprometer a la naturaleza, al ambiente, a las comunidades y a los individuos. El operador entonces debe restaurar las afectaciones a la naturaleza, compensar a las comunidades y colectivos y si existe un acuerdo en vía administrativa indemnizar a los individuos, sin perjuicio de que ellos puedan iniciar las acciones civiles indemnizatorias cuando no reciba o no acepte los pagos determinados como indemnización en el trámite ante el PRAS.

Ahora bien, el artículo 40 del Código Orgánico General de Procesos, en su inciso segundo claramente se refiere a los casos en los que se ha determinado responsabilidad ambiental del Estado, y frente a ello dispone que una vez asumida la reparación el Estado ejercerá el derecho de repetición.

En este caso volvemos al caso de la responsabilidad subsidiaria o de los funcionarios públicos para el caso del Estado.

El derecho de repetición reconocido a favor del Estado y sus instituciones, constituye la potestad de que quien asumió una obligación a nombre de otro, pueda exigir la restitución de lo asumido por él. (CONSTITUCIONAL, 2009). Y considero que en este punto lo expresado por el Profesor Bibiloni respecto a que el Estado no opera por sí mismo, sino que los gobernantes y funcionarios operan a través de él, es una postura sumamente valiosa.

Pero esta atribución en el caso ecuatoriano está limitada en el tiempo y siempre y cuando el funcionario público por el que el Estado tuvo que responder, haya obrado con dolo o culpa grave, conforme el artículo 67de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Es decir, si el Estado ha sido condenado a reparar las afectaciones ambientales, este puede exigir al funcionario público, causante del suceso, la retribución pecuniaria si es que se ha probado que obró con dolo o culpa grave dentro de los tres años siguientes al pago asumido por el Estado.

Esto implica que considerando que las acciones ambientales no prescriben, en el caso de que el Estado asuma una sanción ordenada judicialmente puede repetir hasta dentro de tres años en contra del funcionario público que puede o no puede seguir en el mismo cargo que tenía al momento que ocurrió la afectación.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

a) La Responsabilidad Ambiental es un tema de alta preocupación en todas las legislaciones; de modo que el Ecuador no es la excepción, más aun si consideramos que las afectaciones ambientales, son consideradas como afectaciones un sujeto de derecho, e incluso un sujeto procesal.

b) El estado puede incurrir en afectaciones hacia la naturaleza de forma directa cuando opera como regulado y genera un evento ambiental no previsto, ni autorizado. O también, de forma indirecta cuando a través de actos administrativos afecta a la conservación integral de la Naturaleza.

c) La Constitución establece un régimen de responsabilidad solidaria del Estado, a fin de que asuma la reparación de la afectación causada por un tercero a la Naturaleza. El tercero puede ser una persona privada o pública. La esencia de esta norma es preservar el bien jurídico protegido, que es la restauración integral del ambiente. Esta situación conserva el derecho de repetición a favor del Estado.

d) El régimen de responsabilidad estatal es un caso particular atribuible con sus características y elementos propios únicamente al Estado, sus instituciones y sus servidores.

e) La responsabilidad pública al ser objetiva requiere de la existencia de un daño cierto, sin embargo, requiere particularmente que dicho daño o afectación sea ilícito e injusto.

f) La consideración del daño injusto e ilícito está calificada en la doctrina como un detrimento antijurídico, que solamente puede repararse cuando el afectado no debía soportar dicha afectación.

g) Existen casos en los que el accionar estatal contempla una afectación para el administrado, sin embargo, dicha afectación se considera una obligación para el individuo considerando un sacrificio necesario por el bien colectivo.

h) La doctrina cataloga al sacrificio del administrado como reparable cuando no debía soportar la inadecuada distribución de cargas públicas y en ese momento el interés colectivo deja de primar sobre el individual.

i) Existen ciertos casos en los que el Estado puede ser objeto de imputación de responsabilidad, hemos visto que puede serlo como agente privado cuando opera a través de sus instituciones en el desarrollo de una actividad industrial o también cuando opera como ente regulador a través del Imperium, en los que se genera la afectación al ambiente desde el propio accionar público.

j) La necesidad de establecer la reparación a favor de naturaleza resulta una tarea imperiosa para el Estado y la colectividad en general. Al ser un sujeto de derechos está en pleno derecho de verse garantizada en el respeto a sus ciclos vitales y al aprovechamiento limitado de sus recursos.

k) No obstante, para los casos en los que sus ciclos y elementos se vean afectados injusta e ilícitamente existen derechos que garantizan su protección y

restauración, a fin de que los recursos no se vean comprometidos para futuras generaciones.

l) Toda reparación y sanción por afectaciones a la Naturaleza implican la aplicación de límites de afectación, en un rango de máximos y mínimos de tolerancia. Toda afectación que los supere se considera daño ambiental.

m) El Estado puede ser objeto de responsabilidad por dichas afectaciones como daño ambiental causado por su propio accionar, no obstante tiene la obligación de reparar un daño ambiental de manera subsidiaria aunque no lo haya provocado y después repetir contra el verdadero causante.

n) La responsabilidad subsidiaria responde a la protección de derechos colectivos y a los bienes jurídicos protegidos tanto de la Naturaleza, como de personas, comunidades y colectivos.

o) Si es que el Estado es condenado a reparar una afectación ambiental, y dicha resolución condenatoria ha sido producto de los hechos causados con dolo o culpa grave de un funcionario público, el Estado tendrá que asumir lo ordenado judicialmente, y repetir contra el servidor público.

p) Ya en la práctica las acciones ambientales y civiles están expresamente separadas en el Ecuador, y mientras que las acciones ambientales son imprescriptibles, las acciones civiles lo hacen a los cuatro años de acontecidas las afectaciones.

q) La Naturaleza como sujeto de derechos, tiene limitaciones jurídicas y fácticas. Jurídicas debido a que se considera como sujeto únicamente para los derechos que le son reconocidos, Y fácticas, debido a que no puede valerse por su cuenta para exigir el cumplimiento de sus derechos, razón por la cual tiene

representación procesal en amplio sentido, y con limitación únicamente a la exigencia de cumplimiento de derechos, mas no como demandada o reconvenida.

r) El ordenamiento jurídico ecuatoriano ha optado por solventar algunos vacíos legales que limitaban la práctica procesal ambiental y con ella la garantía de cumplimiento de los derechos de la Naturaleza.

RECOMENDACIONES

Garantizar la aplicación de un régimen de responsabilidad eficaz no es una tarea fácil, y no lo ha sido en ningún ordenamiento jurídico. Peor aún si se quiere regular el ejercicio estatal en aras de proteger a la Naturaleza.

No obstante, pese a ser una tarea difícil es imperioso hacerla. Para el Ecuador la normativa ha sido un puente que ha permitido el desarrollo del derecho ambiental, sin embargo, la práctica judicial ha sido la que ha solventado las dudas o cuestionamientos de cómo se aplican los sistemas de responsabilidad ambiental.

Fallos como el de Delfina Torres viuda de Concha vs. Petrocomercial; el de Medardo Luna vs. AECA o el de Andrade Medina vs. CONELEC, han sido las herramientas necesarias para ejecutar los criterios de responsabilidad ambiental, que a pesar de ninguno referirse estrictamente a un tema ambiental, han servido de guía para lo que hoy podemos decir es el Derecho Ambiental.

Decir que se ha concluido con el desarrollo del tema resultaría necio; considero que aún resta mucho por hacer. En lo que respecta al Estado aún quedan tareas por implementar con el objeto de efectivizar lo consagrado en la Constitución del Estado.

Considero recomendable que considerando los avances jurisprudenciales en el tema, se brinde mayor enfoque en capacitar a jueces y servidores de justicia a resolver de manera adecuada los procesos ambientales y en el camino se resuelvan las dudas y cuestionamientos que los usuarios de justicia tienen.

Creo que el momento es idóneo para tal efecto, ya que con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, las antiguas prácticas procesales y vacíos normativos se dejan de lado y permiten la práctica de procesos ambientales propiamente dichos.

La práctica estatal debe estar orientada a la protección ambiental, sin que esto suponga el sacrificio de la satisfacción de las necesidades humanas. En vista de que el Estado puede ser responsable por las afectaciones al ambiente en distintos casos y de diferente naturaleza, es menester que todo acto o hecho público vele por la preservación ecosistémica, adoptando de tal forma un criterio integral que no distinga entre la naturaleza y el hombre, sino los adopte como un solo elemento cohesionado e interdependiente.

BIBLIOGRAFÍA

Constituciòn Politica de la Repùblica del Ecuador. (1998). *Decreto Legislativo 000.* Quito: Registro Oficial Nº1.

AERONÁUTICO, C. (s.f.). *CÓDIGO AERONÁUTICO.*

Albuja Ponce, R. (2009). *La víctima y la relación de causalidad en la responsabilidad objetiva de la administración pública.* Quito: Universidad San Francisco.

Amaguay vs. OCP, 218-2008-S-CSJNL (Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja 29 de julio de 2009).

Ambiente, M. d. (25 de agosto de 2015). *Ministerio del Ambiente.* Obtenido de http://www.ambiente.gob.ec/mae-aplica-lineamientos-para-compensacion-por-afectaciones-socioambientales/

Bellorio, C. (2014). *Tratado de Derecho Ambiental.* Buenos Aires: Ad-Hoc. Recuperado el 2016 de Agosto de 2016

Bibiloni, H. J. (2 de Octubre de 2015). La Eficacia de la Responsabilidad Objetiva. (F. Játiva, Entrevistador)

Cabanellas, G. (1976). *Diccionario de Derecho Usual.* Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

Cabanellas, G. (1976). *Diccionario de Derecho Usual.* Buenos Aires: Heiasta S.R.L. Recuperado el 10 de Junio de 2016

Cabanellas, G. (1998). *Diccionario Jurídico Elemental.* Buenos Aires: Heliasta.

Cafferata, N. (2003). *Introducciòn al Derecho Ambiental.* Mèxico: Semarnat.

Cassagne, J. (02 de 10 de 2015). La Responsabilidad Ambiental del Estado. (F. Játiva, Entrevistador)

Còdigo Civil. (2005). *Libro IV.* Quito: Registro Oficial Nº46. Recuperado el 08 de Mayo de 2016

Còdigo Orgànico de la Organizaciòn Territorial Autonomìa Descentralizaciòn. (2010). *Còdigo Orgànico de la Organizaciòn Territorial Autonomìa Descentralizaciòn.* Quito: Registro Oficial Nº 303. Recuperado el 14 de Agosto de 2016

Còdigo Organico General de Procesos . (2015). *Asamblea Nacional .* Quito: Registro Oficiak Nº506.

Còdigo Orgànico General de Procesos. (2015). *Còdigo Orgànico General de Procesos.* Quito: Registro Oficial Nº 506.

Comisión de Responsabilidad Civil por Daño Ambiental de la Dra. Aurora V.S. Besalú Parkinson. (01 de 10 de 2012). *Responsabilidad Civil por Daño Ambiental.* Recuperado el 30 de 08 de 2016, de http://ambientalabp.blogspot.com.ar/2012_10_01_archive.html

Comisiòn Europea. (2000). *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental.* Bruselas: Oficina de Publicaciones Oficiaes de las Comunidades Europeas.

Constituciòn de la Republica del Ecuador. (20 de 08 de 2008). *Elementos Constitutivos del Estado.* Recuperado el 30 de 08 de 2016, de Constitucion de la Republica del Ecuador: http://es.slideshare.net/fxer92ldu/constitucion-de-la-republica-del-ecuador-2008

CONSTITUCIONAL, L. O. (2009). *LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.*

Contituciòn de la Repùblica del Ecuador. (2008). *Ministerio de Inclusiòn Social.* Quito: Registro Oficial Nº 449. Recuperado el 12 de Agosto de 2016

Corte Constitucional del Ecuador. (2013). *Sentencia Nº 132-13-SEP-CC.* Recuperado el 30 de 08 de 2016, de http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/cf3f5365-f090-4748-b05d-a849b2270bcc/1735-13-ep-sent-raz-maz.pdf?guest=true

Corte Suprema de Justicia. (2003). *Primera Sala de lo Civil y Mercantil.* Quito: Registro Oficial Nº43. Recuperado el 14 de Agosto de 2016

Departamento de Asuntos Econòmicos y Sociales. (14 de 06 de 1992). *Declaracion de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarollo.* Recuperado el 30 de 08 de 2016, de http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm

Divisiòn de Desarrolo Sostenible. (04 de 09 de 2002). *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible.* Recuperado el 30 de 08 de 2016, de http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm

El Blog Forestal. (11 de 07 de 2009). *Áreas Protegidas en Ecuador.* Recuperado el 30 de 08 de 2016, de https://mluisforestal.wordpress.com/2009/07/11/areas-protegidas-en-ecuador/

Espinosa, J. (2006). *Derecho de las personas.* Lima: Rodhas SAC 5ta Ediciòn. Recuperado el 12 de Julio de 2016

Fallo: MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y . (20 de 06 de 2006). Recuperado el 30 de 08 de 2016, de http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2011/07/2007-07-20-Caso-Mendoza-Riachuelo.pdf

Florencio Antonio Andrade Medina vs. Consejo Nacional de Electricidad CONELEC, Gaceta Judicial serie XVIII No. 4 pp. 1618-1626 (Corte Suprema de Justicia 11 de abril de 2007).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1995). *Curso de DerechoAdministrativo II.* Madrid: Arazandi.

Goldenberg,I. (2001). *Daño Ambiental-Problematica de su determinaciòn causal.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Granda, F. (1976). *La Respponsabilidad Extracontractual.* Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

Guaña, R. (08 de 10 de 2014). *Los Delitos Ambientales en el Còdigo Orgànico Integral Penal Ecuatoriano*. Recuperado el 30 de 08 de 2016, de Delitos ambientales: http://sib.ambiente.gob.ec/file/TVS/6.-Ra%C3%BAl%20Gua%C3%B1a-%20Delitos%20Ambientales%20C%C3%B3digo%20Penal.pdf

Guaranda Mendoza, W. (2009). *Instrumentos Jurídicos para la Protección y Defensa de los Derecjos Ambientales aplicados a las actividaes Hidrocarburíferas.* Quito: INREDH. Recuperado el 11 de Agosto de 2016

Guaranda Mendoza, W. (2010). *Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador.* Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH. Recuperado el 17 de Agosto de 2016

Guaranda, W. (2010). *Acciones Jurìdicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador.* Quito: Comunicaciones INREDH.

INREDH, F. R., & GUARANDA MENDOZA, W. (2010). *Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador.* Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH. Recuperado el 12 de Marzo de 2016

Iturraspe, M. (1999). *Daño Ambiental.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Kelsen, H. (1987). *Teorìa Pura del Derecho.* Buenos Aires: EUDEBA. Recuperado el 12 de Mayo de 2016

Larrea, J. (1991). *Derecho Civil.* Quito: Edtorial Corporaciòn de Estudio y Publicaciones.

Larrea, J. (2005). *Manual Elementario de Derecho Civil del Ecuador.* Quito: Corporaciòn de Estudios y Corporaciones 7ma Ediciòn. Recuperado el 16 de Agosto de 2016

Ley de Gestiòn Ambiental. (2004). *Ambito y Principios de la Gestion Ambiental.* Quito: Registro Oficial Nº 418.

Ley General del Ambiente . (27 de 11 de 2002). *l Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley*. Recuperado el 31 de 08 de 2016, de http://www2.medioambiente.gov.ar/mlegal/marco/ley25675.htm

Machicado, J. (03 de 04 de 2009). *Declaracion de Estolcomo 1972*. Recuperado el 30 de 08 de 2016, de blogspot: https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/04/que-es-la-declaracion-de-estocolmo-de.html

Ministerio de Ambiente del Ecuador. (30 de 07 de 1999). *Ley de Gestion Ambiental.* Recuperado el 30 de 08 de 2016, de Derecho Legislacion: http://www.derecho-ambiental.org/Derecho/Legislacion/Ley-Gestion-Ambiental-Ecuador.html

Ministerio de Industrias y Productividad. (2014). *Funcionamiento de las Instituciones del Ejecutivo.* Quito: Registro Oficial Nº 260. Recuperado el 10 de Marzo de 2016

Ministerio del Ambiente. (2013). *Areas Protegidas*. Recuperado el 30 de 08 de 2016, de http://www.ambiente.gob.ec/areas-protegidas-3/

Ministerio del Ambiente. (2015). *Reforma del Libro VI del Texto unificado de Legislacion Secundaria.* Quito: Registro Oficial Nº316.

Nelson Domingo Alcívar Cadena vs. OCP, 218-2008-S-CSJNL (Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja 29 de abril de 2009).

Ossorio, M. (1990). *Diccionario de Ciencias Jurìdicas,Politicas,Sociales.* Argentina: Heliasta Ediciòn Digital .

Parkison, B. (2005). *Responsabilidad por daño ambiental.* Buenos Aires: Hammurabi.

Peña, C. (03 de 08 de 2005). *Daño responsabiidad y reparaciòn ambiental*. Recuperado el 31 de 08 de 2016, de cms data: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf

Pigretti, E. (1985). *La Responsabiidad por daño Ambiental.* Buenos Aires: Centro de Publicaciones Jurìdicas y Sociales.

Prieto, J. (2013). *Derechos de la Naturaleza*. Obtenido de https://therightsofnature.org/wp-content/uploads/pdfs/Espanol/Prieto_DDN_2013.pdf

Recasens, S. (1977). *Introducciòn al Estudio del Derecho.* Mèxico: Porrua S.A. Recuperado el 18 de Julio de 2016

Trazegnies, F. (1999). *La responsabilidad extracontractua.* Colombia: Tomo I Quinta Ediciòn.

Trazegnies, F. (2000). *La Responsabilidad Extracontractual.* Bogotà: Tenis.

Tribunal Constitucional . (2003). *Recurso de casacion en el juicio seguido pr el Comite "Delfina Torres Vda. de Concha" en contra de PETROECUADOR y otros.* Quito: Registro Oficial Nº43.

TULSMA. (2004). *TEXTO UNIFICADO DE LEGISLACIÓN SECUNDARIA DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.*

Vaca, R. (2009). *Delito contra el medio ambiente en Ecuador*. Recuperado el 30 de 08 de 2016, de http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/delitos-contra-el-medio-ambiente-en-ecuador/

VENCEDORES VS PERENCO, 22100-2009-0010 (Corte Superior de Justicia de Orellana 18 de Marzo de 2009).

ANEXOS

ANEXO 1

Entrevista al Profesor Doctor Juan Carlos Cassagne



Lugar: Aula Magna de la Universidad de Buenos Aires – Buenos Aires - Argentina

Fecha: jueves 01 de octubre

Hora: 10:15 am

- **Francisco Játiva:** Buenos días doctor Cassagne, yo soy Francisco Játiva, estudiante egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Ecuador. Mi tema, como le había comentado, de tesis para recibirme como Abogado es "La Responsabilidad del Estado por afectaciones a la Naturaleza y al Ambiente", usted había topado en su intervención sobre el tema de la responsabilidad del Estado a la Naturaleza está adoptando por acciones y también por omisiones, entonces yo quisiera que por favor me explique un poco este tema como seria:

- **Dr. Cassagne:** Claro. El tema pasa por lo siguiente, la omisión del Estado, puede ser motivada por el incumplimiento de una obligación concreta, que establezca alguna reglamentación o alguna Ley. Pero también hay omisiones que están vinculadas con el deber genérico de preservar el ambiente; y a veces ese deber genérico no está suficientemente precisado en una norma completa, de modo que, hay en ese momento alguna legislación como la argentina, que exime al Estado cuando se provocan daños por omisión y no hay un deber concreto y determinado.

Y eso es una gran injusticia porque en la mayoría de los casos los deberes no están determinados; y es precisamente lo típico, esto de diferencia entre el deber y la obligación. Porque el deber apunta siempre a una obligación genérica, esto lo dice muy bien García de Enterría, mientras que la obligación se refiere a una prestación concreta que debe hacer el Estado.

Entonces por ejemplo, que el Estado no haya planificado las medidas necesarias para evitar la contaminación de un gasoducto por ejemplo o de un conducto oleoducto de petróleo, eso es el cumplimiento de un deber, un deber de evitar el daño y bueno aunque no esté establecido eso en ninguna norma, es un principio y eso surge desde un Principio General que manda a proteger el ambiente. Es un Principio General del Derecho, que está por encima de todo el ordenamiento, y en ese caso lo importante no es tanto la reparación del daño en particular, porque eso se rige por el derecho civil, pero no debe ser el objeto del derecho ambiental es una cuestión secundaria esa, el objeto del derecho ambiental siempre tiene que ser la recomposición del daño, volver al estado anterior donde lo que se trata es que la naturaleza no cambie, sino que cambie

a través de la natural evolución del ciclo biológico. Pero no por el hecho del hombre que altere esa situación natural que hace a la vida de las personas, porque en el fondo lo que está en juego acá es la vida humana, ese es el asunto.

- **Francisco Játiva:** Claro, y como un tema reconocido como derecho colectivo.

- **Dr. Cassagne:** Como un derecho colectivo y fundamental, porque es un derecho fundamental y básico; y como derecho fundamental, además es un derecho humano.

Yo creo que los derechos fundamentales son todos derechos humanos, pero este es el derecho humano más importante que hay después del derecho a la vida. Es casi un derecho absoluto porque fíjense, el relativismo nos enseñó siguiendo a Kant y a todos ellos, que los derechos todos eran relativos y no es así. Hay derechos que son relativos y otros que son absolutos. Muchos de ellos humanos como el derecho de la vida, el derecho a no ser torturados o el derecho a tener un ambiente, son absolutos no son relativos, no los puede relativizar el hombre.

- **Francisco Játiva:** No puede ser objeto de circunstancia

- **Dr. Cassagne:** Claro, ni más ni menos. Hay principios que nacieron en los comienzos del Derecho Ambiental que no se adaptan hoy día a este paradigma. ¿El paradigma es un cambio de visión no? es un cambio de modelo pero había entes un principio que tenía una finalidad y no lo diría que era mala la finalidad pero no era

justa, era el principio de contamina paga entonces pero claro con eso se intentaba desalentar el daño ambiental o la contaminación pero al mismo tiempo así permitía que la gente que tenía las empresas que tenían muchos recursos podían contaminar pagando.

- **Francisco Játiva**: Claro entonces en este punto nos estamos refiriendo a la responsabilidad objetiva que puede tener cualquier infractor ya sea el Estado o un ente privado, que llega a ser en muchos casos ineficaz, porque es objeto de circunstancias, como usted ha tomado en cuenta una empresa con muchos recursos o un Estado que tenga una política extractivista y que tenga diferentes recursos va seguir afectando por lo que llega a ser ineficaz determinar este sistema de responsabilidad ante las afectaciones que pueda tener el ambiente.

Usted también había considerado, y me pareció bastante interesante, la importancia en definir los limites reales entre el dominio público y el dominio privado porque en un caso puntual, no sé si me equivoco, pero ¿Qué pasa con las empresas mixtas?

- **Dr. Cassagne:** Donde participan el Estado y un esas empresas privadas, deben ser consideradas como empresas privadas. No pueden tener privilegios por el hecho de ser estatales, darse como pasaba acá el lujo de perjudicar el ambiente y hacer lo que quieran y tirar el petróleo en la laguna por ejemplo.

Yo creo que el hecho de que sea mixta la empresa o sea privada no cambia, porque en el fondo, el Estado ahí está asumiendo una forma privada de actuación, está sumiendo una forma privada tiene que responder como los privados, no es el Estado soberano que está haciendo el daño y no ese es el tema

- **Francisco Játiva:** Y este tema para cerrar la entrevista, usted se refirió al caso fortuito vinculado a la realidad y al riesgo.

- **Dr. Cassagne:** Hoy en día, diríamos que un acontecimiento que no se pudo prever es el caso fortuito o del uso de la fuerza mayor que no se pudo evitar. Aun cuando se trata de una actividad riesgosa, como puede ser, por ejemplo la actividad minera. Sin embargo, cuando se produce un caso fortuito y la empresa responde de ese caso fortuito es una responsabilidad objetiva al máximo, porque dentro de la responsabilidad objetiva clásica el caso fortuito jugaba como un eximente de responsabilidad, por aquello de que no se podía prever.

Hoy día eso cuando es un riesgo propio de la contingencia riesgosa, de la actividad por la que hay que responder porque no se libera.

- **Francisco Játiva**: Perfecto

- **Dr. Cassagne:** Quizá esta sea la manera más grande que muchos no dirían esto no suena muy divertido

- **Francisco Játiva:** Claro, le agradezco muchísimo por su amable intervención

ANEXO 2

Entrevista al Profesor Doctor Héctor Jorge Bibiloni



Lugar: Aula Magna de la Universidad de Belgrano – Buenos Aires – Argentina.

Fecha: viernes 02 de octubre

Hora: 18:30 pm

- **Francisco Játiva:** Doctor Bibiloni, que gusto poderlo conocer en persona y que me dedique su tiempo. La verdad es que me siento bastante honrado con este tema.

- **Dr. Bibiloni:** No te preocupes por ahora tiempo es lo que nos sobra, por ahora.

- **Francisco Játiva**: Por ahora y hay que aprovecharlo.

- **Dr. Bibiloni:** Es cierto.

- **Francisco Játiva:** Yo simplemente quería saber, en base a mi trabajo de tesis que es "La Responsabilidad del Estado por Afectaciones a la Naturaleza", quisiera que por favor me indique ¿qué opinión tiene con respecto a la eficacia real de la responsabilidad objetiva?

¿Llega a ser eficaz en todos los casos o se ve, se ve sujeto a las circunstancias de los eventos?

- **Dr. Bibiloni:** Sin ninguna duda, si usted escuchó parte de mi ponencia y digo parte porque la tiranía del tiempo en este tipo de evento, porque no nos permite desarrollar las ideas en forma, a veces en profundo comprensible.

La cuestión a mi criterio, a mi opinión, pasa por este tema de que el Estado como tal como, yo le decía en el estrado, no existe. El estado es una ficción jurídica, que hemos creado para tener un centro de imputación de normas; pero el Estado no tiene voluntad propia, la voluntad del Estado es la voluntad que manifiestan quienes la gobiernan.

Y quienes nos gobiernan hoy en el mundo en el que estamos viviendo, que está digamos inmerso en una íntima interdependencia integral donde no hay absolutamente ninguna población humana que pueda decir "yo hago lo que quiero, tengo las manos libres". No hay ningún gobernante que tenga las manos libres, ni de los 20% de las poblaciones humanas que están en situación de privilegio, ni en las 80 que están de desventaja de vulnerabilidad.

Ninguno puede. Entonces están tan condicionados en sus decisiones que ninguno puede cumplir con las obligaciones a su cargo y cuando hablamos de obligaciones no hablamos de cualquier obligación, hablamos de que las obligaciones que condicionan el ejercicio de los derechos. Es decir, usted tiene una obligación mutua en una compra venta instantánea, una quiere una cosa otra quiere el precio, allí intercambian sus derechos y obligaciones mutuas; pero esas son la menor cantidad de obligaciones. La mayor cantidad de obligaciones son aquellas que, si no se cumplen los derechos correlativos a esas obligaciones no se puede ejercer, no puede ejercerse.

Entonces esas obligaciones mayormente las ha de cumplir el gobernante que representan al Estado, que son a quienes van dirigidas las constituciones, los pactos internacionales, las leyes, las convenciones, obligan entre comillas a los estados, pero en realidad están obligando a quien gobiernan, que no cumplen con sus obligaciones y al no cumplir con sus obligaciones, ni usted ni yo podemos llegar a ser nuestros de derechos, nuestros derechos pasan a ser un cuadrito para control de los nietos algún día.

Pero a la realidad no llegan, no solamente en materia ambiental, yo mencione en mi ponencia los derechos de los niños, podemos hablar de los derechos de las personas con capacidades diferentes, podemos hablar de los derechos a la salud, aún a la vida, aún a la vida, o sea digamos los derechos supuestamente más fundamentales también están ligados a obligaciones previas para que garanticen su ejercicio, su ejercicio se garantiza de la obligación para que se cumplan

- **Francisco Játiva:** Claro, es que todo, todo es correlativo lo uno con lo otro.

- **Dr. Bibiloni:** Ninguna duda, entonces cuando yo mencionaba el derecho romano, y decía que nos hemos olvidado de cuestiones básicas, en el derecho romano, el viejo derecho romano 2500 años atrás, cualquier persona para ejercer sus derechos cívicos, sus derechos salvo el derecho de gentes ,que era común a todos, el resto de derechos tenían que primero demostrar que se habían comportado o se comportaba como un buen padre de familia y si es que cumplía con esas obligaciones del buen *pater familias* de prudencia, de pericia, de justicia, sino no tenía derechos.

Hoy reivindicamos derechos porque los tenemos escritos en un papel y pretendemos ejercerlos, pero las obligaciones que los condicionan no las cumple nadie.

- **Francisco Játiva:** Exactamente, y ese yo creo que es el tema del problema en Ecuador, sobre todo porque nosotros a la Naturaleza, la tenemos consagrada como sujeto de derechos; entonces para nosotros es un tema a discusión en muchos aspectos porque le reconocemos derechos y no podemos exigirle obligaciones entonces se vuelve ineficaz.

- **Dr. Bibiloni:** Retomamos el mismo punto. Esos derechos que ustedes le reconocen a la Pachamama, a la madre tierra, están condicionados al cumplimiento de obligaciones previas y ¿quién las cumple?

- **Francisco Játiva:** El estado

- **Dr. Bibiloni:** ¿Quién es el Estado?

- **Francisco Játiva:** Todos

- **Dr. Bibiloni:** Yo le voy a contar una anécdota de un caso real de mi país, que motivo un artículo que publiqué hace unos años atrás, en una cantidad de ámbitos jurídicos.

Había un grupo de vecinos que demandó a un ayuntamiento, a un municipio, por el incumplimiento de sus obligaciones en relación a la forestación. Autorizaban la deforestación para la construcción de edificios, y esa forestación además era esencial porque el terreno era arenoso, un terreno de dunas y médano que precisamente se mantiene fijo gracias a los árboles. Ganaron una medida cautelar, es decir, obtuvieron una medida cautelar que el municipio no cumplió y además apeló, esa medida cautelar que llegó a la Corte.

Cuatro años después la Corte Provincial la confirmó; mientras tanto siguieron autorizando edificios y volteando arboles durante cuatro años. Bueno a los cuatro años y medio después, salió una sentencia de fondo y también la ganaron los vecinos; el municipio la apeló también y también llegó a la Corte otros cuatro años y medio después.

En total, nueve años después de haber iniciado la demanda, volvió a fallar la Corte, dándole la razón a los vecinos y fijándole al municipio condenas tipo astreinte,

condenas conminatoria con multa diaria por no haber cumplido y hasta que cumpla con las medidas y las mandas judiciales.

Bajó el expediente a primera estancia, para que la jueza de primera estancia hiciera cumplir su sentencia a la Corte, y la jueza de primera estancia fue la única que puso un poquito de sentido común en todo el asunto y condenó a pagar la condena no al municipio, sino a quienes lo gobernaban, porque de última, el razonamiento era que los vecinos que abren el juicio terminan pagando la multa con sus propios impuestos.

- **Francisco Játiva:** Entonces en ese punto podríamos decir que la responsabilidad subjetiva y el derecho de repetición es necesario.

- **Dr. Bibiloni:** imprescindible

Si el funcionario no carga con la responsabilidad de sus acciones u omisiones el daño lo terminamos pagando los damnificados o sea todos nosotros con el erario público, y el erario público se conforma con nuestra contribución a las tasas e impuestos entonces esto es como el cuento de la buena pipa. ¿No?

- **Francisco Játiva**: Claro, todo es un círculo al final.

- **Dr. Bibiloni:** Eximir al estado de responsabilidad, y eximir a los funcionarios de responsabilidad es poner el carro delante del caballo

- **Francisco Játiva:** Exactamente, doctor Bibiloni le agradezco muchísimo de su tiempo.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, Francisco José Jijón Pérez, C.I. 0401187562 autor del trabajo de graduación intitulado: La Responsabilidad del Estado por ataques a la Naturaleza previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA:**

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 20 de Febrero de 2017

FIRMA Y CÉDULA

0401187562

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 040118756-2

APELLIDOS Y NOMBRES
JATIVA YANEZ
FRANCISCO JOSE

LUGAR DE NACIMIENTO
CARCHI
TULCAN
TULCAN

FECHA DE NACIMIENTO 1989-12-01
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO M
ESTADO CIVIL SOLTERO

INSTRUCCIÓN SUPERIOR
PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE
V4444V4442

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
JATIVA REVELO JORGE NAPOLEON

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
YANEZ RAMOS MIRIAM LUCIA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2014-08-21

FECHA DE EXPIRACIÓN
2024-08-21

000662920

DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO

REPÚBLICA DEL ECUADOR

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
PROCESO ELECTORAL 2017
19 DE FEBRERO 2017

CNE
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

014
JUNTA No.

014 - 256
NÚMERO

0401187562
CÉDULA

JATIVA YANEZ FRANCISCO JOSE
APELLIDOS Y NOMBRES



CARCHI
PROVINCIA

CIRCUNSCRIPCIÓN:

TULCAN
CANTÓN

ZONA: 1

GONZALEZ SUAREZ
PARROQUIA

CNE
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

ECUADOR ELIGE CON TRANSPARENCIA

ELECCIONES 2017
GARANTIZAMOS TU DECISIÓN

CIUDADANA (O):

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN EL PROCESO ELECTORAL 2017

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS

F.) PRESIDENTA/E DE LA JRV

IMP.JGM.MJ