

Original**The Declaration of environmental damage in administrative proceedings: Is it an effective means to fully repair environmental damage Per Se?****La Declaratoria de daño ambiental en la vía administrativa ¿Resulta una vía eficaz para reparar de manera integral el daño ambiental Per Se?**DOI: <https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.900>

Andrés Delgado-Garrido,  0009-0009-5874-5738  adelgadogarrido@gmail.com
Universidad de las Américas, Quito, Ecuador.

Recibido: 24-11-2024 **Revisado:** 17-03-2025 **Aceptado:** 06-05-2025 **Publicado:** 30-05-2025

Resumen

La Constitución de la República del Ecuador marcó un hito a nivel mundial en materia de defensa de la naturaleza. Por primera vez en el mundo se otorgó a la naturaleza la calidad de sujeto de derechos. Así pues, era necesaria la implementación de varias medidas con el fin de hacer respetar los ciclos de vida natural y evitar que las acciones antrópicas deriven en el daño ambiental. No obstante de ello, es innegable que la ejecución de actividades, obras o proyectos conllevan en sí mismo un factor de riesgo para la sociedad y que si bien existen mecanismos para evitar el daño ambiental, el mismo puede ocurrir. La Constitución es sumamente clara y obliga al Estado a reparar de manera directa ante la ocurrencia de un daño ambiental, para posteriormente, activar las acciones

administrativas y jurisdiccionales en contra del operador causante del daño ambiental. La declaratoria del daño ambiental puede realizarse por dos vías (i) administrativa; y, (ii) jurisdiccional. El presente artículo pretende analizar si es que la declaratoria del daño ambiental en la vía administrativa constituye un mecanismo eficaz en cuanto se refiere a la obligación que el Estado tiene sobre la reparación integral. Para ello es necesario conocer los diferentes aspectos del daño ambiental y el procedimiento a la luz del Código Orgánico del Ambiente, Código Orgánico Administrativo, y el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente para la determinación del daño ambiental y las implicaciones que esto conlleva al operador y al Estado.

Abstract

The Constitution of the Republic of Ecuador marked a global milestone in the protection of nature. For the first time worldwide, nature was granted the status of a subject with rights. As such, it became necessary to implement several measures to ensure the respect of natural life cycles and prevent anthropogenic activities from resulting in environmental damage. Nevertheless, it is undeniable that the execution of activities, projects, or developments inherently carries a certain degree of risk for society. Although mechanisms exist to prevent environmental harm, damage may still occur. The Constitution is clear in this regard, obligating the State to directly address and remedy environmental damage when it occurs, and subsequently initiate administrative and judicial

actions against the operator responsible for causing said damage. The declaration of environmental damage can be carried out through two avenues: (i) administrative; and (ii) judicial. This article aims to analyze whether declaring environmental damage through administrative proceedings constitutes an effective mechanism in fulfilling the State's obligation of providing full reparation. To achieve this, it is necessary to examine the various aspects of environmental damage and the procedures established under the Organic Environmental Code, the Organic Administrative Code, and the Regulations of the Organic Environmental Code, in order to determine environmental damage and understand the implications this has for both the operator and the State.

Palabras clave

Responsabilidad ambiental, impacto residual, diagnóstico ambiental, evaluación del sitio, Autoridad Ambiental Nacional, autoridad reguladora.

Keywords

Environmental liability, residual impact, environmental diagnostics, site assessment, National Environmental Authority, regulatory authority.

1 Introducción

La Revolución Industrial¹ marcó el proceso de transformación económica, social y tecnológica en la historia de la humanidad. La economía mundial se basaba fundamentalmente en la agricultura se trans-

formó hacia una economía de carácter urbano, industrializada y mecanizada. Hasta antes de la Revolución Industrial existía cierta armonía entre la naturaleza y el ser humano, sin embargo con la llegada de

1. Inició en la segunda mitad del siglo XVIII y se extendió hacia los años 1840.

este hito en la era de la humanidad “[...] la concepción positivista del progreso concibían el dominio, e incluso la destrucción o la negación de la naturaleza, como la empresa más significativa y propia del hombre” (López, 2012, p. 7). Señala Biblióni (2005) que el ser humano:

en lugar de utilizar [la naturaleza] sólo para satisfacer sus necesidades vitales, como lo hacían los demás seres vivos [...] la fue desviando, dirigiendo, acumulando, transportando, empaquetándola y soltándola a su antojo. De este modo no sólo cubrió sus propias necesidades energéticas, también las excedió, y usó ese excedente energético para hacer más fácil su supervivencia, y también más placentera su vida (p. 7).

Con la Revolución Industrial nace esa idea o concepto del “derecho a dañar” ya que el bien común, entendido por la humanidad en esa época, era el de generar riqueza, industrializar el mundo y hacer la vida del ser humano más fácil y placentera sin importar los efectos colaterales que sufría el medio ambiente.

El paradigma ambiental presenta ciertos conflictos en la esfera social ya que en este escenario lo individual no tiene primacía, toda vez que se está afectando a un bien común

[...] la relación entre derecho de propiedad y medio ambiente [debe reconocer] una función ambiental de la propiedad en virtud de que la multiplicidad de derechos individuales de los propietarios deben coordinarse de manera tal que se orienten en la preservación del bien colectivo. (Lorenzetti, 2009, p. 5)

Introduce su Santidad, en la encíclica *Laudato Si*, el concepto del desarrollo sustentable al referirse a que “el auténtico desarrollo humano posee un carácter moral y supone el pleno respeto a la persona humana, pero también debe prestar atención al mundo natural y tener en cuenta la naturaleza de cada ser y su mutua conexión en un sistema ordenado”.

La naturaleza de acuerdo al autor Eduardo Gudynas, puede ser observada a través de dos visiones; la una desde una perspectiva antropocéntrica, y la segunda desde una visión biocéntrica. Así pues

Las posturas convencionales sobre la Naturaleza la conciben como un conjunto de objetos que son reconocidos o valorados en función de las personas. Los valores son brindados por el ser humano, y sus expresiones más comunes son, por ejemplo, la asignación de un valor económico a algunos recursos naturales o la adjudicación de derechos de propiedad sobre espacios verdes. Esta es la postura antropocéntrica donde la Naturaleza no tiene derechos propios, sino que éstos residen únicamente en las personas. Únicamente los seres humanos, en tanto cognoscentes y sintientes, son los agentes morales que pueden otorgar esos valores, y discutir en los escenarios políticos sobre la administración del entorno. (Gudynas, 2010, p. 48)

El constituyente fuertemente inspirado en el neoconstitucionalismo incorporó los derechos de tercera generación en la Constitución de la República del Ecuador y así pues, declara a la naturaleza como sujeto de derechos. Sin embargo, dejarlo de manera declarativa sin incorporar las herramientas necesarias para su plena vigencia resultaría en letra muerta.

Es así como se incorporan los principios de prevención y precaución como los ejes fundamentales para el desarrollo de actividades que supongan riesgo ambiental. De igual manera, se introduce la responsabilidad que tiene el Estado de reparar de manera subsidiaria el daño ambiental; y, de manera concordante la imprescriptibilidad para perseguir acciones de daño ambiental así como la responsabilidad objetiva e inversión de la carga probatoria al enfrentar el daño ambiental.

Sin embargo, la responsabilidad del Estado no puede ser vista únicamente bajo la óptica de una intervención inmediata y subsidiaria ante la ocurrencia de un hecho

dañoso en materia ambiental. Es necesario analizar si es que efectivamente, el procedimiento administrativo establecido en las normas pertinentes, constituye un mecanismo eficaz tomando en consideración la autotutela administrativa para la reparación integral del daño ambiental.

Para ello, es necesario conocer la bifrontalidad que presenta el daño ambiental, insertarnos en el análisis procedimental establecido en el Código Orgánico Administrativo (COA), Código Orgánico del Ambiente (CODA); y el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente (RCODA); para finalmente, establecer las conclusiones finales de este corto trabajo investigativo.

2 Un acercamiento al daño ambiental

El fin del principio de prevención es el de evitar el daño ambiental, sin embargo, no podemos negar que toda acción que genere el humano tendrá un impacto negativo en el ambiente. La legislación ecuatoriana considera al daño ambiental como toda alteración significativa al medio ambiente, lo que de cierta manera raya en la subjetividad. En ese sentido, le corresponde al Estado establecer en la legislación ambiental los límites de tolerancia los cuales si son superados recaerían en daño ambiental.

Ahora bien, existen impactos ambientales negativos que no necesariamente generan una alteración significativa en el ambiente por lo que no pueden ser considerados como daño ambiental. Por lo que, bajo esa premisa podemos identificar que existen tres tipos de impactos ambientales los cuales son (i) el daño tolerable, (ii) el daño autorizado y finalmente (iii) el daño ambiental.

Toda acción generada por el humano y por ende las actividades antrópicas suponen un impacto al medio ambiente por lo que, unas requieren de autorizaciones estatales mientras que otras son aceptadas por la sociedad sin la necesidad de que medie un permiso ambiental previo.

En efecto, dado que toda actividad humana genera un "impacto" o "alteración" en el ambiente y sus recursos, el desarrollo no sería posible sin generar estos impactos o alteraciones. Por esta razón, para la ley ambiental no es cualquier impacto, sino aquél relevante y negativo para el ambiente. (Pigretti, 2014, p. 66)

Los profesores Bedón y Albán (2018) consideran al daño tolerable como “[...] aquel que la comunidad debe aceptar, pues no se considera antijurídico, y son la sociedad y los sujetos que la componen los que deben soportarlo” (p. 77). En ese sentido, podemos ejemplificar el daño tolerable cuando el ser humano respira, pues inhala oxígeno y exhala dióxido de carbono sin que la cantidad emanada de dióxido de carbono suponga alteración alguna que ponga en riesgo el equilibrio ecológico o peor aún la vida misma del ser humano.

Traduciendo esto a las actividades económicas, la legislación ecuatoriana ha establecido que aquellas actividades, obras o proyectos que no generen un impacto significativo no están en la obligación de ejecutar el procedimiento de regularización ambiental sin embargo, en la ejecución de dichas actividades cumplirán con las guías de buenas prácticas ambientales por sector que para el efecto haya emitido la Autoridad Ambiental Nacional. Para conocer cuáles actividades se enmarcan en estos preceptos será necesario remitirse al catálogo y categorización de actividades emitida por el Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica en la plataforma del Sistema Único de Información Ambiental (SUIA). En aplicación al principio de prevención, el legislador estableció límites permisibles de contaminación, lo que se traduce en el daño permitido o autorizado, aquel que

[...] es aceptado por el Estado, dentro de los parámetros que el mismo determine, y que dependerá de la política ambiental que aquel fije y nos indicará cuál es la lesión máxima aceptada, el qué, cómo, cuándo y dónde el daño que se le permite producir al operador. Cuantifica el perjuicio que el Estado considera aceptable, ya sea para una zona, un operador, una categoría de explotadores, etcétera. (Bedón Garzón, 2011, p. 15)

Por lo que, no se podrán considerar como daños ambientales aquellas acciones que se ejecuten bajo el marco de una autorización ambiental y que, en el ejercicio de sus actividades, cumplan con los límites permisibles establecidos en la legislación.

La normativa se preocupa precisamente de establecer estos límites, los cuales se fijan tomando en cuenta la capacidad de carga de cada sistema, de esta forma se acepta la contaminación o impacto, pero se castiga las actividades que sobrepasan estos límites. (Bedón Garzón & Albán, 2018, p. 87)

Sin embargo, resulta necesario hacer hincapié en que en el ejercicio de las actividades pueden darse situaciones en que se superen los límites permisibles para lo cual la normativa señala que “[...] la autorización o permiso ambiental sobre planes de manejo y otros estudios ambientales no será utilizada como prueba de descargo en incidentes o accidentes de contaminación ambiental atribuibles a cualquier actividad y proyecto” (Bedón Garzón, 2011, p. 15).

Cuando una actividad supera esos límites permisibles estaríamos frente a un daño ambiental. Sin embargo, es importante diferenciar que existen dos tipos de daños que devienen de esta acción ilícita; (i) el daño ambiental *per se* y (ii) el daño ambiental continuado. El primero refiere a aquellas lesiones directas a la naturaleza y sus elementos constitutivos mientras que el segundo se enmarca sobre aquellas afectaciones devenidas del hecho dañoso en la esfera individual o colectiva cuyas características se asemejan al daño civil y por ende su maneja se lo realiza conforme sus reglas; sin embargo, este último no será abordado de manera profunda en el presente artículo. Biblioni (2005) señala que

[...] la doctrina divide en dos tipos los daños ambientales: 1) daños por contaminación: son aquellos que por un impacto ambiental luego derivan en daños a personas o bienes individuales. Son también denominados daños por rebote [...] 2) el daño ambiental de incidencia colectiva (daño ambiental propiamente dicho) es el que afecta a la flora y fauna, el paisaje, el aire, el agua, el ambiente, el que sufre el ecosistema inhibiéndolo en sus funciones naturales. Este daño no se posa sobre ningún bien de pertenencia individual, sino que se extiende a los bienes indivisibles, los que el constituyente ha denominado "de incidencia colectiva. (p. 107)

Para Jorge Bustamante Alsina (1995) el daño ambiental constituye

toda actividad humana individual o colectiva que ataca los elementos del patrimonio ambiental, causa un daño social por afectar los llamados "intereses difusos" que son supraindividuales pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un sujeto particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad. (p. 44)

Néstor Cafferatta (2022) considera:

el concepto de daño ambiental varía de acuerdo a la noción de ambiente que se tenga y que se adopte. Si se adopta una noción restringida, como la que identifica al ambiente con el patrimonio natural o con los recursos naturales, o incluso la de algunos autores como la de Ramón Martín Mateo que ve en la noción de ambiente o en la de Derecho ambiental la tutela de bienes naturales

-elementos de titularidad común y de características dinámicas-, concretamente, el aire y el agua, factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra; que piensan que el suelo es objeto de otra disciplina como la del ordenamiento global territorial o el derecho urbanístico, es indudable que el concepto a seguir va a ser una doctrina que, como en el caso de Jorge Bustamante Alsina, en Argentina, califica de daño ecológico. El daño ecológico es el que recae sobre bienes del patrimonio natural, es decir, sobre recursos naturales, el que afecta al agua, suelo, la flora, la fauna y al aire (p. 88).

Podemos inferir que en el Ecuador, el legislador ha adoptado la noción de ambiente más amplia, en donde se toma en consideración al paisaje, los bienes del patrimonio cultural, entre otros, yendo más allá de una conceptualización restringida que se circunscribe únicamente a los recursos naturales, sino que, se consideran incluso a los recursos que podemos calificar de culturales o bienes y valores colectivos, y, aún más, el daño al equilibrio ecológico, por lo tanto todos estos factores deben ser considerados en el concepto de daño ambiental.

Es importante señalar que la doctrina civilista ha señalado que el daño jurídico es resarcible y debe cumplir con los siguientes requisitos: debe ser (i) cierto, (ii) concreto, (iii) directo, (iv) personal; y (v) diferenciado pero ¿se cumplen estos requisitos cuando nos referimos a un daño ambiental per se? Evidentemente no, pues el mismo es:

[...] indirecto o reflejo, impersonal, muchas veces incierto, hasta hipotético o conjetural, es de causalidad difusa, es decir, presenta para el operador jurídico un desafío enorme de redefinición, *aggiornamento* de los conceptos clá-

sicos del derecho de daño porque el instrumental jurídico tradicional “disfunciona” frente a la problemática del daño ambiental. (Cafferatta, 2022, p. 87)

La vieja concepción del derecho de daños tuvo que transformarse y adecuarse al nuevo paradigma ambiental; en donde la lesión de los derechos colectivos no debe circunscribirse a la esfera de los derechos subjetivos y la reclamación clásica que deviene de la afectación de los mismos. En tal razón, para la reclamación del daño ambiental per se no se requiere como condición de admisibilidad la lesión de un derecho subjetivo, con el cual el accionante quedaba legitimado, en este caso la acción por daño ambiental –en el Ecuador– la puede ejercer cualquier persona por tratarse de un derecho de incidencia colectiva.

Sin embargo, resulta imperioso establecer con claridad que el daño ambiental tiene la particularidad y por ende una característica propia de bifrontalidad. Esto quiere decir que el daño no solamente recae sobre el patrimonio ambiental, sino que, del hecho dañoso se afectan los intereses legítimos de un determinado individuo. En ese sentido, se configura la teoría clásica del daño al verse afectado un derecho subjetivo, legitimando al individuo para ejercer las acciones administrativas y/o judiciales cuya finalidad es la de reparar o resarcir el perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que se le haya cuasado. Así es como el artículo 302 del Código Orgánico del Ambiente lo señala, en donde las acciones civiles como consecuencia del daño ambiental se podrán ejercer con el fin de obtener la correspondiente reparación.

El caso ecuatoriano resulta llamativo pues si bien existe una definición en rango de ley que determina al daño ambiental

como “toda alteración significativa que, por acción u omisión, produzca efectos adversos al ambiente y sus componentes, afecte las especies, así como la conservación y equilibrio de los ecosistemas. Comprenderán los daños no reparados o mal reparados y los demás que comprendan dicha alteración significativa”². Pese a ello y como hemos señalado que es una definición demasiado amplia, la norma permite que la Autoridad Ambiental Nacional a través de norma técnica defina y determine qué es el daño ambiental. Es así como el artículo 289 del Código Orgánico del Ambiente dispone que:

“La Autoridad Ambiental Nacional determinará los lineamientos y criterios para caracterizar, evaluar y valorar el daño ambiental, así como las diferentes medidas de prevención y restauración. Para ello, podrá solicitar o recibir el apoyo o colaboración de las instituciones públicas o privadas, así como de instituciones científicas y académicas.

La Autoridad Ambiental Nacional validará la metodología para la valoración del daño ambiental. Entre los criterios básicos para la determinación del daño ambiental, se considerará el estado de conservación de los ecosistemas y su integridad física, la riqueza, sensibilidad y amenaza de las especies, la provisión de servicios ambientales, los riesgos para la salud humana asociados al recurso afectado y los demás que establezca la Autoridad Ambiental Nacional”. Lo cual se complementa con lo dispuesto en el artículo 807 del Reglamento al Código Orgánico del Ambiente.

Biblióni destaca que el daño ambiental es a la vez daño patrimonial y extra-

2. Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017, Glosario de Términos

patrimonial. Sin embargo, la diferencia principal radica en que el primero de ellos el mismo es "cuantificable" mientras que el segundo se aparta de esta concepción y al contrario, no es sujeto de cuantificación ya que por esencia su valor es incalculable. Por lo que, las acciones de daño ambiental per se no tienen como finalidad la obtención de un rédito económico si no:

[...] la recomposición, que implica que ya hay un daño y se vuelven las cosas al estado anterior (recomposición in natura); [y,] la reparación, que supone que ya hay un daño, que las cosas no se pueden volver al estado anterior (in natura) y que procede una indemnización dineraria sustitutiva. (R. L. Lorenzetti, 2009)

Sin embargo, esta última debe ser vista como un caso *in extremis* ya que por esencia lo que se desea es prevenir o en su defecto recomponer. La Corte Suprema de Justicia Argentina en el caso "Mendoza" señala

"[...] que en virtud de lo expresado, la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que -según se alega- en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento"³.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en el Caso Chevron 2 ha señalado que:

es además necesario tener en cuenta las particularidades propias que conlleva la reparación de daños en materia ambiental, el cual no puede ser concebido como un daño común, debido al bien jurídico comprometido y por la materia misma de la que se trata, de tal manera que no se puede encasillar dentro de las clasificaciones tradicionales (daño patrimonial o daño extrapatrimonial, daño cierto o daño incierto, daño actual o daño futuro). En razón de aquello, la doctrina señala que en materia de daño ambiental se debe considerar una doble estructura: la preventiva y la reparadora, en orden a establecer dentro de cada una de estas las sanciones apropiadas; así, el tratadista Jorge Mosset Iturraspe, afirma que: "siempre es mejor, y más en nuestro tema, anticipar que reparar; porque además, la indemnización, jamás cubre la totalidad de los perjuicios padecidos. Pero, además, debe caerse en cuenta, definitivamente, de que "no hay cálculos científicos que demuestren que la exposición de una sustancia contaminante en una concentración determinada sea segura". Aquí radica la aludida "incertidumbre científica". Por lo cual, en casos de duda, debe estarse a favor del ambiente y de la protección a la salud. [...] La incertidumbre no debe invocarse válidamente para no prevenir [...]"⁴.

De esta manera la reparación en materia ambiental, debe incluir esta doble finalidad preventiva y reparadora, teniendo

3. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Sentencia de 20 de junio de 2006", Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios.

4. Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en juicio Chevron 2.

en cuenta que la función reparadora no es del todo sencilla, pues no siempre será posible remediar o restituir los perjuicios ocasionados a la situación anterior a los daños causados, de ahí que las medidas de reparación deban estar basadas en el principio *pro natura* (a favor de la naturaleza o el medio ambiente) y por supuesto, tutelando los derechos que simultáneamente se encuentren involucrados. En tal razón, el daño ambiental no puede ser desvinculado de los derechos que a su vez, hayan sido soslayados como consecuencia de la vulneración del derecho a vivir en un ambiente sano, pues este a pesar de ser un derecho autónomo, mantiene una interdependencia evidente con otros derechos.

La doctrina relativa a esta materia, al tratar el daño ambiental, menciona no solo los efectos generados sobre el ambiente en sí mismo, sino además, señala las consecuencias provocadas para los miembros de la comunidad; así, el autor Jorge Mosset Iturraspe se refiere a lo que él denomina daño ecológico, que constituye toda degradación ambiental que alcanza a: "1. Al hombre, en su salud, seguridad o bienestar, en sus actividades sociales o económicas; 2. las forma vida animal o vegetal; 3. el medio ambiente en sí mismo considerado, tanto desde el punto de vista físico como estético" (Mosset Iturraspe et al., 1999). Es decir, el daño ambiental debe ser abordado desde la totalidad de consecuencias que este genera, no sólo en los elementos naturales y el medio ambiente en general, sino además en los efectos que se ocasionan en la vida de los seres humanos; por lo tanto las medidas de reparación consiguientemente comprenderán todas aquellas esferas que conforme se haya probado en el proceso resulten lesionadas por los perjuicios irrogados en el medio ambiente (Mosset Iturraspe et al., 1999).

En el proceso judicial iniciado en contra de Chevron la Corte Constitucional concluyó que los jueces de instancia y casación han establecido los mecanismos de reparación correspondientes a partir de lo solicitado por la parte actora.

A su vez, se observa que el análisis realizado por los jueces atiende la naturaleza especial del daño ambiental, esto es, la relación del derecho a vivir en un medio ambiente sano en la materialización de otros derechos; de tal manera que, lo ordenado en contra de Chevron propende la remediación plena de los daños provocados por la compañía accionante. Siendo así, lo ordenado por el *juez a quo* y posteriormente ratificado por los Tribunales de Apelación y Casación, no resulta incongruente a las pretensiones planteadas a través del juicio por daño ambiental. Por el contrario, este Organismo constata que las medidas dictaminadas como mecanismos de reparación al daño ambiental causado por Chevron, obedecen a una concepción de reparación ajustada a los parámetros actuales en materia de derechos humanos, a través de la cual, se pretende que la remediación abarque un ámbito integral que permita una verdadera subsanación de los perjuicios causados⁵.

La Corte Constitucional del Ecuador considera que:

"[...] respecto de cómo en el juzgamiento de temas ambientales pueden generarse dudas que habiliten la elección de una norma que resulta favorable

5. Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", Resolución de la Corte Constitucional 230, 28 de junio de 2018.

para la naturaleza, la Corte entiende que el centro de dicha interrogante se encuentra en las características del daño ambiental, el mismo que por su naturaleza es expansivo, tanto en lo temporal como en el espacio físico que invade. El daño ambiental va más allá de su centro de acción en la escala del tiempo siendo sus efectos nocivos crecientes y perdurables. Constituye por lo tanto, una problemática que concierne al interés general de la comunidad, sin fronteras y extiende su amenaza a las futuras generaciones.

Ese carácter difuso del daño ambiental plantea un marco de complejidad incluso en la individualización del nexo de causalidad en virtud de dos factores: 1) por la posibilidad de que los efectos nocivos del daño se presenten después de un periodo largo de tiempo; y, 2) por la propagación de sus efectos en largas distancias. Tales motivos han llevado a la doctrina y jurisprudencia internacional a arribar a la conclusión de que en materia de daño ambiental hay mucho de sutilidad indescifrable y cambiante tanto en la identificación de los responsables como en la valoración de los hechos en el tiempo como para limitarlos a una simple subsunción de la norma al caso [...]”⁶.

Pigretti (2014) ha identificado que: “[...] en primer lugar, el daño al ambiente no necesariamente encaja en las categorías de daño del derecho civil” (p. 22).

José Cattáneo, citado por René Bedón respecto al daño al ambiente señala que:

[...] no se trataría, como en el daño civil, de la reparación personal de la vícti-

ma, sino de recomponer o indemnizar de manera prioritaria a la naturaleza; la indemnización resultante del hecho dañoso deberá ser íntegra, comprensiva tanto del daño material efectivo sobre el ambiente, como de los sufridos en consecuencia por los individuos, entendiéndose por estos los padecidos tanto en la salud física, como síquica, el daño económico y el daño moral. (como se citó en Bedón, 2011, p. 11)

Jesús Conde Antequera, citado por Bedón señala que:

será un daño ambiental aquel que se causa a bienes, elementos o recursos integrantes del ambiente como bien jurídico colectivo, que carecen de un titular específico y aquellos que se producen sobre bienes patrimoniales de un particular, que, forman parte del ambiente por su naturaleza y por la función que desempeñan y que no dejan de ser bienes ambientales o recursos naturales por el mero hecho de que su titularidad corresponda a un titular (Bedón Garzón, 2011).

Ahora bien, Cafferatta (2022) señala que el daño ambiental *per se* “[...] tiene “una pretensión de regulación continua” (p. 97), como lo enseña, magistralmente, Ricardo Lorenzetti, de manera que, una vez ocurrido el daño el régimen de “responsabilidad” por daños pasa por volver las cosas a un estado anterior, restablecer o recomponer. Remediar es lo que tiene urgencia y prioridad en materia de daño ambiental. Ocurrido el daño ambiental, sea *in situ* sea *ex situ*, se debe recomponer o compensar ambientalmente; si no es posible, entonces se deberá recurrir a la pretensión en subsidio, de natu-

6. Ibid.

raleza reparatoria o resarcitoria económica, es decir a la indemnización.

Por lo tanto, podemos concluir que el constituyente y por ende el legislador ecuatoriano ha adoptado la noción amplia sobre el daño ambiental per se por lo tanto ante un hecho dañoso será la autoridad administrativa o el ente jurisdiccional quienes en

su evaluación deberán tomar en consideración la integralidad de los componentes que conforman el medio ambiente. La finalidad de la declaratoria del daño ambiental per se busca que el causante de este repare integralmente el ecosistema afectado y en caso extremis opere la compensación a la biodiversidad.

3 El procedimiento en vía administrativa para la declaratoria de daño ambiental

Con la entrada en vigor del Código Orgánico Administrativo el legislador intentó unificar los diversos procedimientos administrativos, ya sean comunes o especiales, en uno solo para brindar seguridad jurídica al administrado ya que, la administración pública debía regirse bajo un mismo procedimiento. Sin embargo, la deficiente técnica legislativa con la cual el legislador incorporó la disposición derogatoria primera del Código Orgánico Administrativo ocasionó que exista incertidumbre sobre qué procedimiento debe aplicarse cuando existe norma especial. Oyarte considera que

esta disposición [la derogatoria primera] no cumple con el requisito establecido en el artículo 136 de la Constitución que exige que la derogación sea expresa y contenga, por tanto, “la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían”. En este caso, no lo es. En la derogación expresa la norma derogada es expulsada del ordenamiento jurídico, desaparece y ya no puede ser antinómica con ninguna otra [...]. (Aguilar & Chiriboga, 2019, p. 76)

Criterio con el cual concordamos.

Por esta razón la Procuraduría General del Estado a través de los oficios 02145 del 03 de enero de 2019, 06578 del 11 de noviembre del 2019; y, 18770 del 19 de mayo de 2022 aplicando las reglas de antinomias dispuestas en el número 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en concordancia con el artículo 39 del Código Civil concluyó que el Código Orgánico Administrativo no ha derogado, ni expresa ni tácitamente, las disposiciones contenidas en normas especiales en cuanto se refiere al procedimiento sancionador especial y los recursos administrativos correspondientes. Por lo tanto, en el caso materia de análisis deberemos revisar lo dispuesto en el Código Orgánico del Ambiente y de forma supletoria las disposiciones del Código Orgánico Administrativo.

Conforme lo dispuesto en el artículo 289 del CODA la Autoridad Ambiental Nacional es la entidad competente para determinar los “[...] los lineamientos y criterios para caracterizar, evaluar y valorar el daño ambiental [...]” sin embargo, hasta la fecha de publicación del presente artículo el Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica no ha expedido resolución o acuerdo alguno en el cual se establezcan las reglas claras respecto a qué se considera daño

ambiental; razón por la cual, conforme hemos señalado en el capítulo anterior, debemos entenderlo como aquellas acciones u omisiones que devienen en que se rebasen los límites máximos permisibles determinados en la norma.

El artículo 808 del RCODA dispone que el daño ambiental, sea que deviene o no de un pasivo ambiental, se determinará en sede administrativa por parte de la Autoridad Ambiental Competente, es decir aquella que esté acreditada ante el Sistema Único de Manejo Ambiental en calidad de Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable, de conformidad al procedimiento establecido para el efecto en dicho reglamento. El artículo en referencia presenta confusión pues en su redacción parecería que, además de que el daño sea declarado en sede administrativa, es necesario que también se lo haga en sede judicial; lo cual sería un completo disparate y atentaría contra los principios de tutela judicial efectiva en materia de ambiente. Por lo que, la declaratoria del daño ambiental *per se* puede hacérsela en sede administrativa o sede judicial.

Ahora bien ¿cómo inicia el procedimiento en vía administrativa para la determinación del daño ambiental? Para ello es necesario remitirnos al artículo 809 del RCODA el cual dispone que será necesario como primer requisito la identificación de un presunto daño ambiental el cual puede ser (i) reportado por el sujeto de control (ii) a través de una denuncia ciudadana; o, (iii) de oficio por parte de la Autoridad Ambiental Competente en el ejercicio de los instrumentos de control y seguimiento establecidos en la norma.

Observamos que el artículo en referencia no toma en consideración lo dispuesto en el artículo 250 del COA relacionado al inicio del procedimiento administrativo

sancionador como consecuencia de orden superior o petición razonada de otros órganos. Sin embargo, podemos inferir que al ser el COA de aplicación supletoria no habría razón alguna por la cual la Autoridad Ambiental Competente (AAC) negare el inicio del procedimiento sancionador cuando la misma provenga de los preceptos señalados; es más, recordemos que los procedimientos sancionadores siempre inician de oficio, indistintamente de la manera en la cual llegue a conocimiento de la autoridad administrativa aquella acción u omisión que presuntamente se enmarcaría en una infracción administrativa.

Es importante hacer especial énfasis en que el sujeto de control ante la ocurrencia o existencia de un daño ambiental está en la obligación de informar en máximo 24 horas posteriores de ocurrido dicho percance a la AAC caso contrario recaerá en una infracción administrativa. De igual manera, deberá adoptar de manera inmediata, incluso sin que medie requerimiento o acto administrativo emanado de la AAC, las siguientes medidas: (i) contingencia, mitigación y corrección (ii) remediación y restauración (iii) compensación e indemnización; y, (iv) seguimiento y evaluación; los cuales generalmente se incluyen en el acápite del plan de contingencia en el plan de manejo ambiental⁷.

Puesto en conocimiento de la AAC el presunto hecho dañoso le corresponde a esta realizar una inspección *in situ* del área presuntamente afectada y elevar los hallazgos encontrados en un informe técnico en el cual se identificará (i) la necesidad de realizar una caracterización preliminar (ii) una investigación detallada o (iii) declarar el archivo del procedimiento de determinación de daño ambiental al no encontrar afectaciones en los componentes so-

7. Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017, arts. 291 y 292.

cio-ambientales en el área presuntamente afectada.

Previo a analizar en qué consiste la caracterización preliminar y la investigación detallada, resulta imperioso conocer en qué fase del procedimiento administrativo nos encontramos. Si bien el CODA ni el RCODA identifican la naturaleza de este tipo de actuaciones, podemos afirmar que en aplicación subsidiaria del COA nos hallaríamos frente a actuaciones previas. Toda vez que “[...] estas funcionan como una especie de instrucción para recaudar los argumentos que requiera la administración para en ese momento iniciar un procedimiento en sí mismo. Estas actuaciones son aplicables a procedimientos sancionatorios por excelencia [...]” (Granda Granda et al., 2018, p. 172). Adicional, que como veremos más adelante, el artículo 812 del RCODA dispone que concluidas estas acciones la AAC podrá o no iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio.

El artículo 810 del RCODA señala en su parte pertinente que “[1]a caracterización preliminar deberá ser elaborada por un consultor ambiental acreditado, según la norma técnica expedida para el efecto”. La Autoridad Ambiental Nacional no ha emitido Resolución o Acuerdo Ministerial alguno en el cual se defina de manera clara qué implica la caracterización preliminar cuando se refiere a la identificación de un potencial daño ambiental. Por lo tanto y con el fin de entender qué es la caracterización ambiental debemos remitirnos a los procesos de regularización ambiental; en donde, este ejercicio consiste en identificar la línea base.

Hay varios factores que se deben tomar en cuenta en la ejecución de la caracterización preliminar ordenada por el RCODA con el fin de precautelar que el procedimiento no incurra en vicios que a la postre puedan

acarrear la nulidad de todo lo actuado. El primero de ellos refiere a que las muestras y monitoreos, que se realicen, deberán ser ejecutadas por laboratorios que estén debidamente acreditados por el *Servicio de Acreditación Ecuatoriano*. Esto conforme a lo dispuesto en los artículos 209 y 210 del CODA en concordancia con el artículo 257 del Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente (TULSMA).

De igual manera, este procedimiento debe ser realizado por un consultor ambiental debidamente acreditado ante la Autoridad Ambiental Nacional, conforme lo disponen los artículos 519 del RCODA y 298 y 299 del Libro VI del TULSMA. Adicional a ello, deberán haber cumplido los requisitos establecidos en el Acuerdo Ministerial No. 075⁸ del Ministerio del Ambiente y haber obtenido su calificación y registro como consultor ambiental ante la Autoridad Ambiental Nacional. Razón por la cual, solamente podrán ejecutar este tipo de procedimiento los (i) consultores ambientales individuales (ii) compañías consultoras ambientales (iii) Universidades y Escuelas Politécnicas; o, (iv) entidades públicas calificadas por el Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica.

En la ejecución de todo el proceso de caracterización ambiental el RCODA dispone que el consultor ambiental deberá ejecutarlo siempre en compañía del delegado de la Autoridad Ambiental Competente. Del resultado de este procedimiento y en el caso de que “[...] existan indicios de daño ambiental, la Autoridad Ambiental Competente ordenará al operador la elaboración de una investigación detallada con la finalidad de complementar las evidencias para la determinación del daño ambiental”. Es decir, la Autoridad Ambiental de considerarlo pertinente podrá obligar al regulado

8. Ecuador Ministerio del Ambiente, *Acuerdo Ministerial n.º 075*, Registro Oficial 809, Suplemento, 01 de agosto de 2016.

la ejecución de otro procedimiento adicional con el fin de tener mayores elementos para determinar la existencia o no de daño ambiental.

¿En qué consiste la investigación detallada? No es más que la ejecución de “[...] estudios, investigaciones y levantamiento de información primaria de mayor profundidad que permitan dimensionar la magnitud, extensión, reversibilidad de los impactos ambientales negativos y determinación de la existencia de daño ambiental, considerando los lineamientos de la norma técnica expedida para el efecto”⁹; norma que no ha sido emitida por la Autoridad Ambiental Nacional. Dicho enunciado no señala si es que la investigación detallada deba ejecutarse a través de un consultor ambiental acreditado sin embargo, por razonamiento lógico podríamos inferir en que en efecto; este procedimiento también lo debe llevar un consultor ambiental acreditado.

Será pues a partir de los resultados de la caracterización preliminar o ésta sumada a la investigación detallada, que la Autoridad Ambiental Competente inicie el procedimiento sancionador con el fin de determinar a través de resolución (i) la existencia de daño ambiental; y, (ii) la existencia de una infracción administrativa. Sin embargo, como detallamos en líneas anteriores tanto la caracterización preliminar y la investigación detallada constituyen actuaciones previas de conformidad a lo dispuesto en los artículos 175 al 179 del Código Orgánico Administrativo.

En ese sentido, corresponde a la Autoridad Ambiental Competente previo a iniciar el procedimiento administrativo sancionador poner en conocimiento del sujeto de control los resultados de los informes para que, este pueda manifestar su criterio con

relación a los hechos que se le imputan conforme lo dispuesto en el artículo 178 del COA.

Adicional, el artículo 310 del CODA señala que la AAC “[...] promoverá, previo al inicio del procedimiento sancionador, la comparecencia del presunto infractor, con la finalidad de que presente un plan de acción frente a los *daños ambientales* producidos, de conformidad con la normativa que rige estos procedimientos en el sector público”. De igual manera, el artículo 831 del RCODA obliga a poner en conocimiento del supuesto infractor el informe técnico previo el inicio del procedimiento sancionador con el fin de garantizar el derecho a la defensa y contradicción.

Por lo tanto, la AAC no podrá una vez se obtengan los resultados de la caracterización preliminar e investigación detallada iniciar de manera inmediata con el procedimiento sancionador. Corresponde comunicar dichos resultados para que, el sujeto de control, presente su criterio e incluso el plan de acción para corregir los errores en los que pudo haber incurrido y de esta manera cumplir con la normativa ambiental. Resulta por demás extraña la redacción del artículo 310 del CODA puesto que el mismo da por hecho la existencia de un daño ambiental sin que medie resolución administrativa o sentencie en firme y ejecutoriada que lo declare como tal.

Cumplidos dichos preceptos y en el caso de que la autoridad considere que existen los elementos para iniciar el procedimiento administrativo sancionador, en atención a lo dispuesto en el número 1 del artículo 248 del COA; corresponde a los abogados de las direcciones zonales u oficinas técnicas¹⁰ del Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica ejercer la

9. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 507*, Registro Oficial 507, Suplemento, 12 de junio de 2019, art. 811.

10. Conforme la delegación contenida en la disposición general décima cuarta del Acuerdo Ministerial No. MAAE-2020-024 del 31 de agosto de 2020.

función instructora. El artículo 312 del CODA dispone que el *auto inicial* será dictado de conformidad con la normativa que rige estos procedimientos en el sector público; es decir, el acto de inicio del procedimiento sancionador deberá contener los presupuestos mínimos detallados en el artículo 251 del COA además de la solicitud al Servicio de Rentas Internas para que remita la declaración del impuesto a la renta del inculpado del ejercicio fiscal anterior al del cometimiento de la presunta infracción.

Durante la fase de instrucción consideramos que, la etapa más importante es la probatoria pues, será en este momento procedimental en donde la administración pública evacuará todas las diligencias necesarias que le permitan identificar, fuera de toda duda razonable, la materialidad y responsabilidad del sujeto sobre los hechos que motivaron el inicio del procedimiento sancionador. Es importante recordar que, el administrado está en la obligación de presentar en su primera comparecencia esto es, en la contestación al auto inicial, aquellas pruebas de las cual se crea asistido con el fin de sustentar sus pretensiones.

Conforme las disposiciones contenidas en el COA la carga probatoria “[...] cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras [...] la carga de la prueba le corresponde a la administración pública”. Sin embargo, debemos remitirnos a lo dispuesto en el número 1 del artículo 397 de la Constitución de la República del Ecuador en donde el constituyente dispone que “[...] la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño [ambiental] potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”. De manera concordante, al existir norma especial, el artículo 313 del CODA invierte la carga probatoria en tratándose de

las acciones por daño ambiental; así pues, la carga probatoria “[...] recaerá sobre el operador o gestor de la actividad, quién podrá utilizar todos los elementos probatorios legales para desvirtuarla”. Además, conforme el artículo 837 del RCODA la inexistencia del daño ambiental debe ser probada en la fase de instrucción del procedimiento sancionador.

¿Cuál es la razón para la inversión de la carga probatoria en materia de daño ambiental? La realidad es que son varias que podemos sintetizar en las siguientes: (i) la responsabilidad objetiva¹¹ es decir la que prescinde del dolo o culpa en materia de responsabilidad para exigir el resarcimiento de daños y perjuicios (ii) como consecuencia de la responsabilidad objetiva se presume *prima facie* la responsabilidad del operador por lo que le corresponde a ésta demostrar la inexistencia de la misma (iii) el operador o gestor de la actividad se encuentra en una condición económica privilegiada lo que le permite a éste ejecutar las pericias y acciones que considere pertinente para desvirtuar su responsabilidad en el hecho dañoso; es decir, se cumple con el principio de igualdad de armas¹²; y, (iv) la situación de riesgo fue introducida por el operador.

Será pues en la etapa probatoria el momento procedimental oportuno para que el incoado pueda alegar y presentar toda prueba de la que se halle asistido con el fin de que, en el caso que aplique, no se le impute responsabilidad alguna por contemplarse alguno de los eximentes de responsabilidad establecidos en el artículo 337 del COA.

Concluida la etapa probatoria corresponderá al órgano instructor emitir su dic-

11. Los presupuestos de la responsabilidad objetiva son cuatro: (i) hecho (ii) daño (iii) culpa (iv) el nexo causal.

12. En varios de los casos en materia ambiental quienes denuncian o sufren las consecuencias del hecho dañoso son moradores del área de influencia directa o indirecta que no cuentan con los recursos económicos para ejecutar pericias ambientales; así pues, el principio de igualdad de armas permite a que cada parte tenga una oportunidad razonable para presentar su caso en igualdad de condiciones y no exista desventaja.

tamen el cual, en aplicación del derecho a contradicción debe ser notificado al incoado, y posteriormente remitir el expediente para que el órgano resolutor proceda a resolver en el plazo establecido en el artículo 203 o 204 del COA en caso de así considerarlo. En el caso de que se declare la responsabilidad del operador o gestor de la actividad, la norma le impone a la administración pública la obligación de establecer de manera clara y precisa la relación de causalidad entre la actividad y la infracción cometida; es decir, identificar de manera clara el nexo causal.

Si la resolución del procedimiento sancionador confirma la existencia del daño ambiental y por lo tanto lo declara como tal en la resolución, la AAC deberá ordenar “[...] al operador la presentación del Plan de Reparación Integral, sin perjuicio de otras medidas de contingencia, mitigación, remediación, restauración y/o reparación que hubieren sido ordenadas anteriormente y el pago de la multa correspondiente”¹³. Pero ¿esto no había sido ya ordenado por la AAC y presentado por parte del operador cuando notificó sobre la ocurrencia del hecho dañoso? En fin, interrogantes que serán analizadas con mayor profundidad en el acápite correspondiente a las conclusiones.

El Plan de Reparación Integral constituye

“[...] el conjunto de procesos, acciones y medidas que, ejecutados completamente, tienen el objetivo de revertir daños y pasivos ambientales, así como pérdidas de biodiversidad y servicios ecosistémicos, mediante el restablecimiento de la calidad, dinámica, equilibrio ecológico, ciclos vitales, estructura, funcionamiento y procesos evolutivos de los ecosistemas afectados.

Los procesos, medidas y acciones del Plan de Reparación Integral deben estar destinados a facilitar la restitución de los derechos de las personas y comunidades afectadas, a compensar sus pérdidas, y a garantizar la no repetición del daño. Los criterios y lineamientos para la elaboración del Plan de Reparación Integral, así como el procedimiento para su presentación se establecerán en la norma técnica correspondiente.

El Plan de Reparación Integral deberá ser elaborado por un consultor ambiental acreditado conforme a la norma técnica expedida por la Autoridad Ambiental Nacional para el efecto”¹⁴.

Se presentan dos problemas en este articulado (i) dispone que los criterios, lineamientos y el procedimiento para la elaboración de los planes de reparación integral serán emitidos por parte de la Autoridad Ambiental Nacional a través de la norma técnica correspondiente; la cual hasta la presente fecha no ha sido emitida; y, (ii) la elaboración estará a cargo de un consultor ambiental el cual no se ha definido por parte de la AAN si podrá ser o no aquel que realizó la caracterización ambiental e investigación detallada; a diferencia del procedimiento de regularización y control en donde la norma es clara al señalar que deberán ser dos consultores diferentes los que lleven cada una de estas etapas.

Dicho plan deberá ser aprobado por parte de la Autoridad Ambiental Competente sin embargo, la norma no define el tiempo máximo que puede tomarse la administración pública para aprobarlo, observarlo o negarlo; a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos de regularización y control que si bien existe tempo-

13. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 507*, Registro Oficial 507, Suplemento, 12 de junio de 2019, art. 812.

14. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 507*, Registro Oficial 507, Suplemento, 12 de junio de 2019, art. 813.

ralidad para las respuestas de la AAC en la práctica sabemos que toman más de lo permitido¹⁵. Presentado el plan y hasta que sea aprobado, observado o rechazado por parte de la AAC le corresponde al operador ejecutar aquellas medidas de contingencia y emergentes que hayan venido aplicándose y que constan en el correspondiente plan de manejo ambiental.

En el caso de que a través de acto administrativo debidamente motivado el plan de reparación integral sea aprobado la AAC deberá hacer el control y seguimiento para verificar que el mismo se esté cumpliendo; para lo cual, se utilizarán los mecanismos contemplados en el RCODA.

4 Conclusiones

La Constitución de la República del Ecuador sin duda alguna constituye un hito a nivel mundial en cuanto se refiere a las disposiciones en materia ambiental, un claro ejemplo de ello es que otorga la categoría de sujeto de derechos a la naturaleza. El constituyente inspirado en la Cumbre de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 eleva los principios de prevención y precaución a rango constitucional, con lo cual se evidencia la importancia de conocer de manera anticipada los impactos ambientales negativos que pueden generar ciertas actividades con el fin de aplicar todas las medidas necesarias para mitigarlas; o, en el caso de no existir certeza científica sobre el potencial o real impacto que pueda generar; simplemente negar la ejecución de dicha actividad.

Finalmente y en el caso de que la reparación integral no sea suficiente la AAC podrá ordenar al operador se aplique la compensación e indemnización sin embargo, esto debe ser visto en un caso *in extremis* ya que como hemos señalado en líneas anteriores, lo que debe primar es volver las cosas a su estado natural previo a la ocurrencia del hecho dañoso. Para la aplicación de la compensación e indemnización es necesario que la AAN emita la normativa secundaria correspondiente conforme lo manda el RCODA la cual hasta la presente fecha no existe; quedando así en letra muerta.

El daño ambiental fue igualmente incorporado por el constituyente en la Carta Constitucional del 2008 y así se determinó que la responsabilidad por daño ambiental es objetiva; y que, además de las sanciones correspondientes, se deberá restaurar integralmente los ecosistemas. Es tanta la importancia que se establece que las acciones para perseguir y sancionar el daño ambiental son imprescriptibles. Imponiéndole al Estado la obligación de actuar de manera inmediata con el fin de detener y recomponer el daño ambiental, debiendo éste repetir en contra del operador que causó dicho daño.

Como hemos señalado, el daño ambiental es bifrontal es decir, del hecho dañoso se generan lesiones a los derechos

15. Nace la interrogante sobre si pudiese operar el silencio administrativo sin embargo, dicho análisis debe ser profundizado de manera particular en un trabajo específico. *A priori* podríamos señalar que no opera el silencio administrativo positivo pues nos encontramos en un procedimiento sancionador que por su naturaleza no permite esta figura si no que operaría la caducidad.

colectivos como a los derechos individuales. Por lo que, es importante diferenciar que los daños a los derechos supraindividuales se lo conocen como daño ambiental *per se* y aquellos de “rebote” que impactan en la esfera de los derechos subjetivos es el daño ambiental continuado. En ese sentido, las acciones administrativas y jurisdiccionales para reparar cada uno de estos daños son diferentes y se rigen por reglas propias.

Con la expedición del CODA se derogó la Ley de Gestión Ambiental la cual disponía que las acciones para perseguir la reparación del daño ambiental *per se*, se las realizaban únicamente en la vía judicial. Así el CODA y su Reglamento permiten que el o los afectados puedan buscar la declaratoria de daño ambiental *per se* mediante resolución administrativa previo la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionador. Ahora bien, ¿resulta este procedimiento administrativo una vía eficaz para que el Estado cumpla con su obligación de reparar de manera integral el daño ambiental *per se*?

Si bien la norma especial no señala de manera precisa que tanto la caracterización preliminar como la investigación detallada constituyen actuaciones previas en el procedimiento sancionador, podemos afirmar sin duda alguna que, al aplicar de manera subsidiaria el Código Orgánico Administrativo nos hallaríamos en esta “etapa preparatoria” del procedimiento administrativo sancionador.

Aclarado este punto evidenciamos un gran problema: la caducidad de las actuaciones previas. El artículo 179 del COA dispone que las actuaciones previas caducan a los seis meses contados desde el acto administrativo por el cual se ordenaron dichas actuaciones. Así pues, la caracterización preliminar y la investigación detallada deberán presentar sus resultados en un tiempo récord para que, la AAC a su vez, realice el informe técnico correspondiente y

ponga en conocimiento del operador para que este pueda alegar contra este.

La toma de muestras y sus análisis pueden tardar incluso meses pues, en algunos casos, las muestras deben ser analizadas en laboratorios que se encuentran fuera del país presentando un riesgo de que, los resultados superen el plazo máximo establecido para el ejercicio de las actuaciones previas.

La norma no es clara en cuanto a definir a quién le corresponde realizar la contratación de los consultores acreditados para el ejercicio de la caracterización preliminar e investigación detallada. Podríamos inferir que le corresponde al operador, pero ¿podríamos asegurar que los resultados de dichos procedimientos serían imparciales? En el caso de que le corresponda a la AAC realizar dicha contratación, la debería hacer en el marco de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y su normativa conexas, con lo cual el proceso de contratación tardaría demasiado tiempo y el hecho dañoso no cesaría.

Ahora bien, de los resultados que se obtengan de la caracterización preliminar, investigación detallada e informe técnico de la AAC la norma especial obliga a la autoridad a que, previo el inicio del procedimiento sancionador, comparezca el presunto infractor y presente un plan de acción. ¿Qué ocurre si se presenta el plan de acción y el mismo es aprobado por la AAC? ¿Se debe iniciar igualmente un procedimiento sancionador? Lo cierto es que la norma no lo define de manera clara por lo que, se presenta esta laguna jurídica. Sin embargo, consideramos que la AAC muy aparte de que haya aprobado el plan de acción si podrá iniciar un procedimiento sancionador con el fin de identificar la existencia o no de daño ambiental y, de ser el caso, alguna de las infracciones tipificadas en el CODA.

En la fase de instrucción se presentan varios problemas desde el mismo acto de inicio; ya que el artículo 812 del RCODA dispone que el procedimiento sancionador tiene dos fines (i) identificar el cometimiento de una infracción tipificada en el CODA; y, (ii) la existencia del daño ambiental. En lo que refiere al primer punto le corresponderá la carga probatoria a la administración pública ya que, como hemos referido, la inversión de la carga de la prueba únicamente es respecto del daño ambiental más no de otras infracciones tipificadas en la norma. Por lo tanto, la AAC deberá ejecutar los procesos contractuales al amparo de lo dispuesto en la LOSNCP para adquirir los servicios de laboratorios debidamente certificados por el SAE. Esto se traduciría en un riesgo latente de caducidad del procedimiento administrativo sancionador por el tiempo que conllevan estos procedimientos que, una vez suscrito el respectivo contrato, el laboratorio se tomará un tiempo prudencial para la ejecución de toma de muestras y análisis.

Declarada la existencia de daño ambiental mediante resolución administrativa, el operador deberá presentar un plan de reparación integral para que la AAC lo apruebe. A diferencia de lo que sucede con el procedimiento de regularización am-

biental y los mecanismos de seguimiento y control; no se ha establecido en el RCODA los plazos máximos que la AAC tiene para realizar observaciones o aprobar el plan. Tampoco ha establecido los plazos a los que está sujeto el operador en el caso de que deba absolver observaciones y remitir nuevamente el plan debidamente subsanado. Igualmente, el ente encargado de hacer el control y seguimiento a dicho plan es la AAC la cual, como sabemos, carece del personal administrativo y técnico para abastecerse con las múltiples actividades que deben realizar.

Lo cierto es que la declaratoria del daño ambiental en la vía administrativa presenta más dudas que certezas. La Autoridad Ambiental Nacional ha incumplido con la expedición de toda la norma secundaria necesaria para poder brindar seguridad jurídica a la ciudadanía como a los operadores. Por tal razón consideramos que la vía administrativa no constituye un procedimiento eficaz para que el Estado garantice la reparación integral del daño ambiental. En su defecto, si bien podrá tardar más tiempo, por ahora la sede jurisdiccional constituye la vía óptima para la declaratoria de daño ambiental y su consecuente reparación integral.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Referencias

- Aguilar, J. P., & Chiriboga, V. (2019). *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo*. Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo.
- Bedón Garzón, R. (2011). Aspectos procesales relativos al daño ambiental en el Ecuador. *Ius Humani. Law Journal*, 2, 9–41. <https://doi.org/10.31207/ih.v2i0.15>
- Bedón Garzón, R., & Albán, M. A. (2018). *Responsabilidad Ambiental en Ecuador: Conceptos e implementación en materia hidrocarburífera*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bibloni, H. (2005). *El Proceso Ambiental: Objeto, competencia, legitimación, prueba, recursos*. Editorial Lexis Nexis.
- Bustamente Alsina, J. (1995). *Derecho Ambiental*. Abeledo Perrot.
- Cafferatta, N. (2022). La responsabilidad por daño ambiental. In *PNUMA*.
- Granda Granda, E., Galán Melo, G., Galán Melo, J., Cornejo Aguiar, J. S., Montalvo Perero, J., Asanza Miranda, L. F., & Enríquez Carrera, R. (2018). *Código Orgánico Administrativo Comentado*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Gudynas, E. (2010). *La Senda Biocéntrica: Valores intrínsecos, Derechos de la Naturaleza y Justicia Ecológica*. Tabula Rasa.
- López, M. (2012). *Derecho Ambiental*. Editorial Astrea.
- Lorenzetti, R. L. (2009). *Teoría del Derecho Ambiental*. Editorial La Ley.
- Mosset Iturraspe, J., Hutchinson, T., & Donna, E. A. (1999). *Daño Ambiental*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Pigretti, E. A. (2014). *Ambiente y Daño*. Dunk-en.