



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL ROL DEL NON BIS IN ÍDEM EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE RESTAURACIÓN
DEL DERECHO AMBIENTAL COMO LIMITACIÓN A LAS ACCIONES CIVILES

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía

Ab. Rosana Lorena Granja Martínez

Autor

Juan Sebastián Jácome Valdivieso

Año
2016

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Rosana Lorena Granja Martínez
Abogada
C.C. 171344350-3

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Juan Sebastián Jácome Valdivieso
C.C. 171956511-9

AGRADECIMIENTOS

Gracias a mi Profesora guía, Rosana, ha sido una aventura bastante divertida. Gracias padres, hermanos y a mi novia. Dios les pague.

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a José y Martha, amados padres. A Evelyn ya que sin ti nada de esto me estaría sucediendo, y a todas las personas que indirectamente han impregnado parte de su universo en mí.

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto tratar respecto del principio non bis in ídem en el derecho ambiental. Específicamente sobre el alcance de las resoluciones administrativas enfrentadas a las sentencias de tipo civil, para lo cual se ha tratado de manera cronológica los temas que más importancia revisten a la investigación.

Se comienza por desarrollar los pilares para la comprensión del trabajo, así pues, se trata respecto de la importancia de la evolución del daño en la esfera clásica del derecho hasta llegar a la concepción del daño en la dimensión ambiental, poniendo en confrontación a la doctrina clásica con la doctrina contemporánea.

La investigación continúa y trata acerca de la responsabilidad en relación al daño ambiental, intentando dejar en evidencia el amplio abanico de sujetos intervinientes o partes que pueden aparecer en un evento de daño ambiental. También se aborda sobre los límites que cada rama del derecho sancionador y reparador tienen en razón de la competencia. Se desarrolla sobre la reparación y restauración ambiental, planteando la posibilidad de que existe la restauración con efecto rebote al igual que el daño ambiental continuado, para finalmente llegar al principio non bis in ídem, donde se denota la posibilidad de que en el Ecuador en un caso de daño ambiental se pueda ser dos veces sancionado o juzgado, lo cual atenta contra la seguridad jurídica.

Resulta necesario el análisis de dos casos en concreto que conducen a entender de una mejor manera la necesidad de tener en consideración la prohibición descrita por el principio enunciado dentro del derecho ambiental. Mientras se desarrolló la propuesta contenida en este trabajo, la Asamblea Nacional promulgó el Código Orgánico General de Procesos con fecha 22 de mayo de 2015, que al parecer recogía lo que con esta investigación se quería plantear. Sin embargo, como se evidenciará, dicha normativa no resulta eficiente y es necesario criticarla al margen de lo que en el presente trabajo se expone, con la intención de que aquella sea más concreta y adecuada con la realidad del derecho ambiental.

ABSTRACT

The present investigation takes as objective to treat the principle of non bis in idem in the environmental right. Specifically concerning the scope of the administrative decisions facing sentences of civil type, for which has been discussed in chronological order the topics that are relevant to the investigation.

It begins by developing the pillars for understanding the work, thus, it treats about the importance of the evolution of damage in the classical field of the right to the conception of damage in the environmental dimension, setting in confrontation the classic doctrine with the contemporary doctrine.

The investigation continues and treats about the responsibility in relation to environmental damage, trying to show up the wide range of subjects involved or parts that may appear on an event of environmental damage. In addition, it is tackled on the limits that every branch of the sanctioning law and repairer law have in reason of the competition. Develops on the repair and environmental restoration, raising the possibility that there exists a restoration with rebound effect as well as exists the environmental damage continued, to finally get to the principle non bis in idem, where there is denoted the possibility that in the Ecuador in a case of environmental damage it is possible to be twice punished or tried, which commits an outrage against the juridical safety.

There turns out to be necessary the analysis of two cases in particular that lead for a better understand the need to take into consideration the prohibition described by the principle non bis in ídem in the environmental law. While it was developing the proposal contained in this work, the National Assembly enacted the Organic Code of processes with date 22 May 2015, which apparently was gathering what with this investigation it was about to raise. However, as it will be evidenced, such legislation is not efficient and it's necessary to criticize it, taking in consideration of what in the present work is exposed, with the intention than that law be more specific and appropriate with the reality of environmental law.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
Capítulo I. DAÑO AMBIENTAL	5
1.1. Concepto	5
1.2. Características del daño desde la teoría clásica frente al daño ambiental	7
1.3. Clases de daños	11
1.3.1. Daños patrimoniales	11
1.3.1.1. Daño emergente	11
1.3.1.2. Lucro cesante	12
1.3.2. Daños no patrimoniales	13
1.4. Daño ambiental	14
1.4.1. Daño ambiental y la Constitución	17
1.4.2. El principio contaminador pagador y el daño ambiental	21
1.4.3. Daño ambiental tolerable y no tolerable	22
1.4.3.1. Daño ambiental tolerable y su relación con el desarrollo sostenible.	25
1.4.4. Daño ambiental puro y continuado	26
1.5. El impacto ambiental	29
1.6. La licencia ambiental	34
1.7. Culpa y dolo	35
Capítulo II. RESPONSABILIDAD	37
2.1. Concepto	37
2.2. Breve historia de la responsabilidad en el derecho	39
2.2.1. La responsabilidad en el código de Hammurabi	39
2.2.2. Época romana	41
2.2.3. Época francesa	43
2.2.4. Responsabilidad en la actualidad	45
2.3. La teoría dualista	45

2.4.	Responsabilidad civil.....	47
2.4.1.	Responsabilidad contractual.....	49
2.4.2.	Responsabilidad extracontractual.....	52
2.4.2.1.	Responsabilidad extracontractual subjetiva	52
2.4.2.2.	Responsabilidad extracontractual objetiva	53
2.5.	Responsabilidad civil en el derecho ambiental	57
2.6.	Responsabilidad administrativa ambiental.....	62
2.7.	Responsabilidad de la administración.....	66
2.8.	Responsabilidad penal.....	68
2.9.	Delimitación de la imprescriptibilidad	70

Capítulo III. DE LA RESTAURACIÓN Y EL NON BIS

IN ÍDEM.....	73	
3.1.	Introducción	73
3.2.	Restauración	75
3.2.1.	Restauración al ambiente como derecho constitucional.....	77
3.3.	Reposición	78
3.4.	Mitigación	79
3.5.	Indemnización.....	80
3.6.	De la cosa juzgada	83
3.7.	El non bis in ídem como eje de la seguridad jurídica	85
3.8.	El non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador ambiental y civil.	86
3.9.	Análisis comparado del non bis in ídem en el derecho ambiental.....	89
3.9.1.	Análisis del caso español 177/1999 STC:	89
3.9.2.	Análisis del caso colombiano c-632/11.....	95

Capítulo IV. EL COGEP FRENTE A LA NECESIDAD DE EVITAR CASOS DE NON BIS IN ÍDEM EN MATERIA AMBIENTAL.	99
---	----

V.CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	107
5.1. Conclusiones.....	107
5.2. Recomendaciones	110
REFERENCIAS	112
ANEXOS	119

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador del 20 de octubre de 2008 ha sido considerada pionera en el campo ambiental, no sólo por el hecho de ser la primera constitución que reconoce a la Naturaleza como sujeto de derechos, sino por todas las subsecuentes normas que implicaron darle tal dimensión. Se debe aclarar que ser pionera y ser eficiente jurídicamente, son dos conceptos nada similares.

En la actualidad, se ha formado un cuestionamiento que se acrecienta entre la comunidad jurista ambiental del Ecuador, el problema tiene como punto de partida las diversas acciones judiciales que por daño ambiental se pueden incoar, aquellas pueden ser acciones de tipo: constitucional, civil, administrativo, penal, nombrando las más importantes.

Se conoce además que la Constitución de la República del Ecuador otorga la legitimación activa en materia ambiental a cualquier ciudadano, se puede decir incluso que la Constitución otorga con más razón aún, dicha legitimación al Ministerio del Ambiente que es órgano de administración, control y sanción en la materia.

Dada esta breve introducción vale preguntarse, ¿Qué sucedería si el Ministerio del Ambiente interviene como actor en un caso en el que existan daños ambientales y solicita que se efectúe la restauración ambiental?

La situación antedicha ocurre con mucha frecuencia, sin embargo, en caso de que el demandado cumpla y restaure el ambiente se genera una nueva duda. ¿Sobre aquella restauración ambiental realizada en vía administrativa se podría solicitar una nueva acción en la vía civil por parte de una persona que ya se haya beneficiado de aquella restauración ambiental realizada anteriormente?, teniéndose en cuenta que la vía civil tiene por objeto la protección de los intereses individuales, mientras que la vía administrativa se encamina por el colectivo. Esta pregunta es la hipótesis de la investigación que es desarrollada en el trabajo.

Existe aún mayor trascendencia en lo mencionado si tomamos en cuenta que el non bis in ídem es una garantía de aplicación directa e inmediata reconocida en la Constitución de la República que en su parte pertinente sobre el derecho al debido proceso manifiesta en resumen que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa

Dicho problema que podría darse en nuestra legislación parecería que es corregido con el Código Orgánico General de Procesos, pero como se pondrá en evidencia, aquello no ha sido posible.

Sería conveniente pues una reforma legal en materia procesal con relación al ambiente, la cual fije límites a las posibles acciones civiles de indemnización y reparación por daño ambiental que se podrían intentar por personas naturales o jurídicas contra el agente productor del daño, cuando este ya haya restaurado el ambiente por orden de resolución administrativa.

Como eje transversal de la investigación se tratará respecto de la necesidad de que se modifique la normativa, en lo que concierne a delimitar expresamente la no repetición de lo ya restaurado en vía administrativa, como anteriormente se expuso. Sin dejar de lado los presupuestos jurídicos bajo los cuales podría proceder una acción civil por daños ambientales, incluso cuando dicho daño haya sido ya tratado en la vía administrativa.

Por último y como complemento al tema de investigación se analizarán normas que continúan generando dificultad en cuanto a su alcance, como es el caso de la responsabilidad objetiva por daño ambiental y bajo que parámetros se permitiría otorgar excepciones; y, el alcance de la imprescriptibilidad de la acción ambiental.

Resulta claro que la investigación se centrará en el análisis de la problemática que acarrea la resolución administrativa que ordena la restitución de la Naturaleza frente a las acciones civiles de reparación e indemnización a las que tiene derecho un particular al existir un indicio de daño ambiental, todo lo

mencionado será tratado en contraposición del principio de prohibición de doble enjuiciamiento.

No se examinarán en profundidad normas penales referentes a daño ambiental. Otras ramas del derecho no serán consideradas debido a que no son de interés para el tema de tesis, además sería perjudicial ya que se divagaría en el tema, es importante pues que el trabajo sea concreto, sin desviaciones. Se velará por el análisis de sentencias y doctrina nacionales e internacionales con el fin de realizar minuciosas comparaciones pertinentes con el tema.

La investigación se centrará en responder el siguiente problema jurídico:

¿Se deberían limitar las acciones civiles sobre las cuales tiene derecho un particular frente al daño ambiental continuado, toda vez que el ambiente haya sido restaurado en vía administrativa?

La investigación tiene como objetivo general elaborar un análisis sobre las acciones civiles por daño ambiental a la que tienen derecho los perjudicados en un eventual suceso de daño ambiental, considerando el supuesto en que aquella afectación haya sido ya restaurada o compensada en vía administrativa.

La investigación está conformada de 4 capítulos.

En el primer capítulo se desarrolla sobre el daño, pasando de las teorías tradicionales del daño y la problemática que aquel tiene en el campo del derecho ambiental, hasta la actualidad. Pugnando por poner en evidencia la necesidad de que el daño ambiental en razón de su carácter tan particular sea diferenciado de la figura de daños planteada por la doctrina clásica.

El segundo capítulo se refiere a la responsabilidad y su evolución en el derecho. Tratar sobre la responsabilidad de tipo civil y administrativa en el campo ambiental es prioritario en este apartado.

En el tercer capítulo se describe todo lo que involucra la restauración del ambiente una vez que se ha producido el daño, además, se trata respecto del non bis in ídem como necesidad de que limite el abanico de acciones que se tiene en el campo ambiental, esto es relacionado con dos casos de la jurisprudencia internacional.

El cuarto y último capítulo se refiere a la crítica y análisis del Código Orgánico General de Procesos, frente a la propuesta dada en el presente trabajo. Se debe recordar que mientras se ejecutaba la investigación, se expidió el Código en mención que parecía solucionaba el problema, mas no sucedió así.

Terminando por plasmar lo expuesto en las conclusiones y las recomendaciones.

Capítulo I. DAÑO AMBIENTAL

1.1. Concepto

Resulta importante en primera instancia de la presente investigación referirnos al daño ya que en torno a aquel nacerán o no ciertos vínculos en materia legal que son interesantes para el tema propuesto, se deberá entonces conocer qué significa el daño y cómo se lo abarca desde la óptica jurídica, profundizando en lo que respecta a su conexidad con el ambiente y la Naturaleza.

Para que el uso de la palabra “daño” en un primer momento sea fácilmente comprensible para el lector se debe recurrir a su significado más común, como no puede ser de otra manera ha sido necesario el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2012) que sobre dañar manifiesta: “1. tr. Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.”

Se puede al respecto concluir que el daño no es otra cosa que una afectación, algo que cambia el curso común de algo pero no para bien, sino, al contrario. Puede ser considerado como una alteración negativa de las condiciones comunes o naturales de algo o alguien.

Ahora cabe preguntarse, ¿Quién puede dañar y cuando es jurídicamente relevante? En primer lugar resulta evidente que es la Naturaleza por sus fenómenos de cambio, en innumeradas ocasiones, la que ha producido lo que las personas consideran como daño, sin embargo, para aquella solo se trata de un ciclo más. Es evidente que los fenómenos naturales escapan de lo jurídico, por elementales razones de carácter lógico.

Al descartar a la Naturaleza como un agente de daños con relevancia jurídica, quedan entonces los seres humanos, quienes a través de sus hechos pueden alterar lo que se desee. Así lo menciona Carlos Ghersi (1997, p. 44) que al respecto acota: “[...] el hecho humano produce una interferencia en el ámbito de otro ser humano (p.ej., su patrimonio) o de la sociedad misma, y cuando esa interferencia se exterioriza como un resultado dañoso (la crisis de la

governabilidad) es objeto de estudio por parte de la teoría general de la reparación.”

Es claro que el concepto citado se enfoca en el antropocentrismo desprendiéndose de la Naturaleza o el ambiente. Aquello no puede ser tomado a la ligera y en razón de que está es una tesis ambiental, debe agregársele al concepto anteriormente citado, que aquella interferencia a su vez puede afectar al medio ambiente y en consecuencia también afectar al ser humano. Resaltando de esta manera el enfoque biocentrista, bajo el cual la naturaleza es la protagonista de la esfera protectora, dejando al ser humano en segundo plano.

Conocemos entonces que el hecho humano es aquel que puede dañar y tener consecuencias jurídicas relevantes, ya que puede que su acción u omisión resulte en un agravio para un tercero, por lo cual sobre estas conductas se enfoca el presente capítulo.

Adentrándonos estrictamente en cuanto a derecho corresponde, resulta que el daño puede considerarse como una alteración negativa del ordenamiento jurídico, que implicará consecuencias siempre y cuando sea constatado. Para el jurista Moran Sarmiento (2010, p.13):

“el daño como fenómeno jurídico es el resultado de una conducta susceptible de ser jurídicamente calificada y sancionada; tenemos entonces dos elementos participantes en la realización del daño: Uno el hecho físico tangible, objetivo y el otro el análisis que hace el derecho para ubicar la relación inmediata que genera el hecho; esto es, los efectos jurídicos que el HECHO produce.”

Resulta sumamente importante el concepto citado por cuanto se distingue al daño en términos generales del daño en el plano jurídico, el primero difiere del segundo en la medida de la regulación de la norma legal. De esta manera resultaría impensable que todo daño pueda generar alguna consecuencia jurídica, el daño deberá revestir entonces ciertas características para que pueda ser considerado como tal, al menos para el derecho.

Para complementar lo dicho, el jurista Scognamiglio (1999, p. 307) manifiesta que: “el daño coincide en todo caso con la lesión de un interés o con la

alteración in peius del bien idóneo para satisfacer aquél o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que por lo demás permanece inalterado [...]”

Se debe recalcar además que el daño como tal existirá siempre y cuando se vulnere un bien jurídico protegido, es decir, lo amparado en la norma legal. Nadie puede reclamar daño alguno por afectaciones en bienes que la norma considera ilegales.

Esta primera aproximación al daño tiene una corriente civilista como se ha podido observar, en razón de que en el derecho, aquel campo ha sido el más investigado y desarrollado a través de la historia, además, es la base de la cual se han derivado los daños de las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Por esta razón se ha preferido dar al daño en la esfera ambiental un apartado diferente en razón de su especialidad, como se verá más adelante.

En conclusión, se ha llegado a esclarecer que la figura del daño está vinculado jurídicamente estrictamente al ser humano, además que aquel puede estar inmerso en distintas esferas del campo jurídico, incluso simultáneamente, y deberá ser o no resarcido dependiendo de su gravedad y normativa legal.

1.2. Características del daño desde la teoría clásica frente al daño ambiental

Ha sido mencionado en líneas pasadas que no toda acción u omisión puede ser considerada como un daño, se necesitan ciertos requisitos para poder dar tal calidad a un suceso y es precisamente sobre aquellos que se tratará a continuación.

En primer lugar desde una perspectiva clásica se tratará respecto de los requisitos que deben englobar al daño a fin de que este sea susceptible de ser incoado judicialmente, al decir perspectiva clásica se debe entender a aquella como el enfoque civilista respecto al daño, para así, poder continuar y comparar las diferencias frente a los daños de carácter ambiental, demostrando la especialidad bajo los cuales aquellos son tratados en razón de su carácter sui generis.

La configuración clásica para la existencia del daño es distinta conforme la doctrina, sin embargo, los requisitos más usuales en los cuales varios autores coinciden, se refieren a que el daño debe ser cierto, personal, individualizable, subsistente, evaluable y que recaiga sobre bienes lícitos.

En breve resumen detallando cada uno de los requisitos enunciados se encuentran los siguientes:

Cierto: Que el daño sea cierto significa que exista o que aquel pueda ser verificado. Descartando lo hipotético o eventual, sin embargo, puede ser material o inmaterial.

Individualizable: Se refiere a que se debe poder conocer con exactitud quien es el afectado y quien fue el sujeto que afectó, relacionándose con el interés legítimo para accionar.

Subsistente: Es decir que no haya sido reparado o resarcido, el daño debe estar vigente o que aparezca con certeza en el futuro. Este requisito genera especial interés en la presente investigación por cuanto se relaciona con el principio non bis in ídem y se tratará al respecto en el capítulo concluyente.

Evaluable: Se podría inferir que está ligado en cuanto a la valorización patrimonial para el resarcimiento.

Licitud: Se enfoca en la necesidad de que el daño recaiga sobre bienes de procedencia no contraria a derecho y además importa debido a la relación que tiene con las causales de justificación del daño, como la legítima defensa y el estado de necesidad.

Personal: Siempre se tendrá a una persona natural o jurídica como afectada y afectante.

Resulta claro entonces, que el daño bajo la perspectiva clásica al menos debe reunir los requisitos tratados, es evidente la necesidad de la certeza del daño en la teoría clásica para que pueda ser no solo demostrable, sino, indemnizable. Por otro lado se debe hacer hincapié en que el daño no debe haber sido reparado ya que de lo contrario no existiría.

Dichos los requisitos del derecho clásico respecto al daño se debe compararlos con lo referente al derecho ambiental y al respecto:

“Tal y como lo expone el maestro Cafferatta, la agresión medioambiental puede ser desparramada, difusa, cambiante, traslaticia, nómada, itinerante, difícilmente contenible, viajera, mutante, desconcertante, sin límites geográficos, temporales, ni personales, potencialmente expansiva, multiplicadora, en ocasiones con efectos retardatorio, progresivo, acumulativo, sinérgico, invisible, silencioso, mortal o altamente riesgoso, explosivo o tóxico, degradante, capaz de provocar en su camino o desarrollo múltiples daños, supraindividuales y/o individuales, de afectación patrimonial o extrapatrimonial en derechos de la salud o en derechos personalísimos y/o coparticipados, insignificantes o pequeños hasta verdaderos desastres o estragos de efectos impredecibles.” (Peña Mario, s.f.)

De manera clara se está ante otro tipo de daño que escapa a la teoría clásica de daños, aquella resulta ineficiente por cuanto no podría cubrir todas las situaciones emergentes de este tipo de daños. Algunas de sus diferencias son las siguientes.

El daño ambiental no puede encajarse dentro del requisito de ser cierto, por cuanto “[...] una de las características de este tipo de daño es el poco conocimiento que se tiene de los efectos de la actividad del hombre en la naturaleza y la frecuentemente tardía manifestación de tales efectos.” (Pastorini, 2005, p. 166)

Por esta razón existen los principios prevención y precaución a fin de evitar los daños. Por otro lado, lo personal del daño, en materia ambiental resulta más complejo por cuanto es un daño que no requiere que exista alguna persona física perjudicada, basta con que el ambiente en sí mismo se haya afectado. De ahí que en derecho ambiental la legitimación activa sea sumamente amplia.

Que el daño sea individualizable es una de las dificultades también encontradas en el daño ambiental, por cuanto en ciertos sucesos por la multiplicidad de agentes intervinientes en actividades que puedan ser riesgosas

para el ambiente, individualizarlo resulte complejo y en última instancia quien reparará el daño será el Estado sin incluso poder repetir contra agente alguno.

Se debe argumentar que en relación a la teoría de daños clásica con los daños ambientales, en la actualidad la mayoría de juristas ha reconocido que se debe tener un tratamiento diferenciado de daños en razón de la especialidad que el derecho ambiental denota, incluso de manera legislativa la corriente ha sido está a tal punto que la Constitución de la República ya reconoce la necesidad de la prevención de daños en materia ambiental, la responsabilidad objetiva, imprescriptibilidad e inversión de la carga de la prueba.

Por último, resulta importante añadir que en un caso de daño ambiental existirán daños evidentemente en el ambiente y colectividad de personas, siendo estos considerados difusos y denominados daños ambientales puros, pero a la par de que exista este tipo de daño, también es plenamente factible que se genere un daño en la esfera civil patrimonial individual, es decir, a un particular afectado, este daño se denomina como daño ambiental continuado, aquello es mencionado con el fin de dar una idea del abanico de posibilidades que puede generar un caso de daño ambiental.

Se debe añadir que los intereses difusos no son otra cosa que:

“Son *intereses difusos* los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De tal forma que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultáneamente y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario.” (Amábile. G, 2008, pp. 72-73)

Explicada la razón de la necesidad de dar un carácter distintivo al daño ambiental, se debe proceder a tratar sobre las clases de daños existentes y la relación que tienen con el ambiente.

1.3. Clases de daños

A los daños de acuerdo a las corrientes tradicionales se lo puede clasificar en daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

1.3.1. Daños patrimoniales

Los daños patrimoniales “son aquellos que producen un menoscabo de posible evaluación económica sobre bienes, derechos o intereses del perjudicado.” (Morera, E., 2010, p. 75)

Este tipo de daños se subdivide en daño emergente y lucro cesante los cuales se encuentran dentro del Código Civil Ecuatoriano (2005) en el cual el artículo 1572 establece: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”

Queda entonces para aclarar cualquier duda en cuanto a daños patrimoniales referirse a en qué consisten los daños emergentes y lucro cesante, para luego pasar a referirse a los daños extrapatrimoniales.

1.3.1.1. Daño emergente

El daño emergente es “[...] la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes e involucrando un empobrecimiento de un patrimonio.” (Abrevaya, A., 2008, p. 293)

La cuantificación del daño emergente es menos compleja que la del lucro cesante en razón de la certeza de lo que se ha perdido o disminuido en el afectado, debiendo restablecerse su condición económica en ese aspecto a su estado anterior.

Así por ejemplo un granjero que ha perdido 2 galpones de 1000 metros cuadrados a causa de un suceso de daño ambiental como podría ser un derrame de petróleo, se sabrá que se le debe indemnizar por la pérdida de aquellos 2 galpones.

1.3.1.2. Lucro cesante

De acuerdo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina respecto al lucro cesante manifiesta, “el ordenamiento civil entiende el lucro cesante como la ganancia o beneficio de que fue privado el damnificado, es decir, la frustración de un enriquecimiento patrimonial a raíz del hecho lesivo. (Corte Suprema de Justicia Argentina en Abrevaya, A., 2008, p. 295)

Entonces no resulta afectado el patrimonio que ya posee quien ha sufrido el daño, sino, que han sido afectadas las posibilidades de haberlo incrementado. Se debe decir que si hubiere o no incrementado su patrimonio el afectado será un misterio, ya que es algo futuro, se podría considerar como una suposición, sin embargo, el derecho siendo tan dinámico protege este tipo de situaciones.

El derecho vela por lograr la determinación de cuanto pudo ganar, que es una tarea complicada en demasía, que estará a cargo de ser el caso de peritos especialistas y siempre apoyados en la lógica de la razón, debido a que de otra manera se podría caer en hipotéticos de cuantías exorbitantes. De ahí que calcular este tipo de daños sea más complejo, pero no por ello imposible.

Así volviendo al ejemplo anterior del granjero, se puede decir que dentro del galpón se estaban sembrando rosas para exportación, producto del derrame aquellas flores no llegaron jamás al mercado. Queda entonces el trabajo del perito especialista y el análisis del juez, a fin de que se determine el monto del lucro cesante.

Por ultimo solo será mencionado, a fin de que se dimensione la dificultad que propone el lucro cesante en materia de daño ambiental “[...] que en el momento del reclamo promovido por el damnificado, aún no se hubiera producido el perjuicio, y en tal caso la situación perjudicial no ha devenido apreciable, por lo que no se está en presencia de un daño actual sino de uno futuro.” (Abrevaya, A., 2008, p. 296)

No se entrará más a detalle sobre lo que se acaba de manifestar, pero se espera que el lector tenga idea del abanico de probabilidades que emergen en caso de un daño ambiental.

1.3.2. Daños no patrimoniales

Si se había enfatizado en la complejidad que resulta la determinación para resarcir al lucro cesante, no se puede iniciar el presente apartado sin decir que los daños no patrimoniales son en suma más difíciles de determinar por cuanto son sumamente subjetivos, y en cierta medida un poco discrecionales.

“El daño no patrimonial o moral es aquel cuya estimación en dinero, en principio y por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración como la libertad, la salud, el honor o la intimidad, no tienen la base de equivalencia que caracteriza a los patrimoniales [...]” (Morera, E., 2010, p. 74)

Los daños no patrimoniales no tienen la base de cuantificación que si posee el lucro cesante, es claro que del ejemplo anterior para poder estimar el valor de las rosas que se perdieron producto del derrame, se debería analizar el histórico de ventas de la compañía en años pasados en similares fechas, el precio de las rosas en el mercado que se comercializaban en el año de la afectación y demás variables que si bien son dificultosas tienen distintos indicadores que ayudan a poder determinar el valor del daño.

Por otro lado, no sucede así con los daños no patrimoniales o morales como el autor citado los ha llamado (no se estima que sean sinónimos o análogos ya que el daño no patrimonial contiene al daño moral que es una subdivisión, sin embargo, en la doctrina suele ser usados de forma análoga), sería imposible saber a ciencia cierta cuánto cuesta resarcir por ejemplo la honra de una u otra persona, ya que para el Presidente del Ecuador puede ser 40 millones de dólares pero para un ciudadano común tal vez solo le baste una disculpa pública.

Se puede acreditar a lo mencionado la postura de Beatriz Venturini que manifiesta “[...] el daño moral es una figura del daño extrapatrimonial que resulta omnicompreensiva de una serie de subdivisiones que realiza la doctrina: daño personal, biológico, estético, etc.” (Venturini en Abrevaya, 2008, p. 310)

Es menester mencionar que los daños ambientales, estarán bastante relacionados con los daños de tipo no patrimoniales, ya que no existe forma de cuantificar, cuánto vale el último cóndor en los andes, los grandes y viejos secoyas en Yellowstone, el agua en los ríos de la amazonia, o los pequeños e ínfimos microorganismos que sirven para mantener la estabilidad de un hábitat.

En mucho de los casos el dinero ha sido usado para resarcir a la víctima de algún daño moral, sin que esta sea la única manera de resarcimiento, sin embargo, ha sido la más usual en diversas legislaciones amparadas en que:

“En los tiempos modernos se ha aceptado de modo definitivo el principio de la reparación del perjuicio moral, pues aunque los derechos de la personalidad no se acomodan a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (*pretium doloris*), pudiendo, gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables [...]” (Diez. 1999, p. 99)

Aquí es donde encuentran sentido los fondos de compensación ambiental que aún no han surgido en nuestra legislación y solo se tiene ciertas iniciativas a nivel municipal. Se debe dejar en claro que la compensación es el último recurso que se tiene y solo aparece en el caso de que la restauración no pueda ser posible. Teniendo claras las dificultades y el significado de los tipos de daños existentes se puede pasar a definir al daño ambiental.

1.4. Daño ambiental

Se debe aclarar antes de continuar que bajo ningún concepto se puede confundir a los daños ambientales en sí mismo o puros, con los daños que surgen a través del ambiente o continuados, en este apartado se tratará exclusivamente de los primeros, se deja al lector una duda respecto a la existencia de los denominados daños ambientales continuados, los cuales se desarrollarán a posteriori.

Queda entonces profundizar respecto al daño en el ámbito de interés de la presente investigación, que es la rama ambiental. Como punto de partida se

debe tomar en cuenta a la Ley de Gestión Ambiental (LGA), que sobre daño ambiental manifiesta: "Es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos." (Ley de Gestión Ambiental, 2004)

La Ley de Gestión Ambiental no solo da un concepto de daño ambiental, sino que, presenta la directriz bajo la cual se analizará si existe o no vulneración al ambiente, es una definición de gran responsabilidad ya que si es incompleta, oscura o ambigua, podría ser aprovechada para dejar en impunidad los daños al ambiente.

Para tener una idea de la importancia que reviste que el concepto legal de daño ambiental sea el adecuado, se puede mencionar lo que sucedía con el antiguo Código Penal, que se refería a la contaminación por residuos en su artículo 473-B y que daba un concepto bastante ambiguo, que era fácilmente desvirtuado en casos de derrames de petróleo. Generalmente la parte demandada argumentaba que jamás el petróleo podía ser considerado como un residuo y aquello era corroborado con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, con lo que se perdía el caso y el delito quedaba impune.

Por esta razón el concepto debe ser lo más general posible tratando de abarcar cualquier posibilidad sin caer en especificidades, dando ciertos parámetros para que se pueda considerar la existencia de daños, de los cuales se puede resaltar que estos deben ser significativos, apoyado en que no todo daño ambiental puede ser sancionado por el mismo hecho de que el ambiente no es estático y suele modificarse a sí mismo.

Que los daños ambientales afecten el funcionamiento del ecosistema, ratifica y se relaciona con la necesidad de que los daños sean significativos, ser tal su dimensión que el ambiente por sí mismo no pueda equilibrarse.

Para Fonseca (2010, p. 335) el daño ambiental: "Es todo menoscabo material que sufre el ambiente o alguno de sus componentes, que puede ser causado

contraviniendo o no disposiciones jurídicas, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.”

Coincide en medida con lo ya manifestado por la Ley de Gestión Ambiental, ya que considera que puede ser causado estando amparado o no en la normativa legal, lo cual tiene relación con lo ya llamado daño significativo, pero también pone en conocimiento que existen daños que no contravienen las disposiciones jurídicas pero deben ser considerados como daños a fin de cuentas.

La tendencia en los doctrinarios ha sido dar relevancia al hecho de que el daño ambiental no puede ser cualquier suceso sino tener una cierta magnitud por así decirlo, sobre lo dicho coincide Pastorini (2005, p. 18), quien manifiesta: “Un concepto demasiado estricto de daño ambiental como todo impacto negativo impediría casi todas las actividades humanas ya que aquellas alteran el medio ambiente en alguna medida.”

Cuando se habla de daño al ambiente se debe pensar más allá de la naturaleza, comúnmente se suele pensar que ambiente y naturaleza son sinónimos más se debe dejar en claro que la naturaleza es un componente más del ambiente, así como los humanos.

Sin embargo, esta confusión es comprensible por cuanto la mayoría de desastres ambientales han sucedido en razón de la explotación de recursos naturales precisamente, que se encuentran en zonas donde la naturaleza es sumamente voluminosa.

Resulta entonces que existen daños ambientales no solamente en donde se encuentre flora y fauna, sino, en cualquier lugar del planeta donde exista o se generen condiciones para que se pueda dar la vida, independientemente de que sea humana o no. Entonces puede suceder que exista daño al ambiente en la ciudad de Quito, en el subsuelo del Napo, en la estratosfera o litosfera, en el desierto del Sahara o en los polos de la tierra.

Al respecto la LGA en su título VI se refiere a la protección de los derechos ambientales “Art. 41.- Con el fin de proteger los derechos ambientales individuales o colectivos, concédese acción pública a las personas naturales,

jurídicas o grupo humano para denunciar la violación de las normas de medio ambiente, sin perjuicio de la acción de amparo constitucional previsto en la Constitución Política de la República.” (Ley de Gestión Ambiental, 2004, art. 41)

Sobre la norma presente se denota la especialidad con la cual se está protegiendo al ambiente, ya que se permite a toda persona a denunciar cualquier irregularidad que afecte al ambiente, independientemente del legítimo interés o no que la persona tenga.

El daño ambiental en el último siglo pasó de ser algo desapercibido a tener interés de la mayoría de estados del planeta, países desarrollados, subdesarrollados y los considerados del tercer mundo han incluido en sus legislaciones lo atinente a daños en el ambiente, acertadamente se le dio un tratamiento diferenciado de la teoría clásica del derecho y sin lugar a dudas ha generado debates y posiciones diversas por sus implicaciones.

Mientras en las legislaciones de todos los países las normas relacionadas al ambiente solo se encuentran en la ley, en el Ecuador además de la Ley de Gestión ambiental se tiene a la Constitución de la República del 2008 que ha recogido normas específicamente ambientales y ecológicas que se encuentran en el lugar más alto de la pirámide de Kelsen y en relación con el daño ambiental se tiene lo siguiente.

1.4.1. Daño ambiental y la Constitución

Como se ha puesto en manifiesto, la naturaleza es uno más de los componentes del ambiente, sin embargo, aquella adquiere prioridad sobre los demás componentes de un ambiente cuando de daño ambiental puro se trata. Lo dicho puede evidenciarse teniendo en cuenta el respeto integral de su existencia o que en caso de ser vulnerada sea protegida de tal manera que se velara en un primer momento por su restauración, intentando que vuelva a su estado anterior al daño.

Corroborando aquella afirmación la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su capítulo VII señala los derechos a la naturaleza “Art. 71.- La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho

a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.”

La Constitución al ser garantista de derechos, velará por que no se vulnere en ningún sentido a la Naturaleza, incluso esta protección va más allá y abarca hasta el caso de posibles amenazas, la Constitución en teoría nunca debería permitir daño en el ambiente o naturaleza, más allá de los considerados daños tolerables, por otro lado, el artículo en mención se relaciona con la acción pública que se concede en el artículo 41 de la Ley de Gestión Ambiental a fin de que se efectivice el derecho y no quede en letra muerta.

Cuando inevitablemente se ha producido daño en el ambiente-naturaleza la Constitución exige que la naturaleza sea restaurada, así lo manifiesta el: “Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración [...]” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 72)

Es apreciable entonces que la naturaleza, si bien es un componente más del ambiente, tiene especial importancia sobre todos los demás por la dimensión que represente, a tal punto que la Constitución hace bien y le da un apartado especial. Es necesario enfatizar una vez más en qué ambiente y naturaleza no significan lo mismo.

Se debe velar porque los daños ambientales puros siempre en primer lugar sean restaurados, solo en el caso de que aquella restauración sea imposible pasar a tratar de encontrar formas de compensación de aquel daño. De igual manera esta compensación debe tener como fin propender porque no se vuelva a vulnerar al ambiente e intentar minimizar el daño, para lo cual el presente estudio considera que aquello se puede lograr con un fondo con fines exclusivamente ambientales, con especial énfasis en que los daños ambientales puros sean independientes de las pérdidas patrimoniales civiles individuales que puedan tener las personas, del efecto rebote producido por el daño ambiental.

De todo lo manifestado se ha podido apreciar la importancia de la naturaleza, como un elemento con prioridad dentro del ambiente. Además se ha visto que la Constitución exclusivamente dedica un apartado de protección diferenciada a la naturaleza de otros componentes del ambiente. Pasada esta parte entonces podemos ver en cambio los mecanismos con los cuales la Constitución protege al ambiente en general, de lo cual es importante dejar en claro que también tiene parte la naturaleza al ser un componente del ambiente.

Se había manifestado que la teoría clásica de daños era ineficiente para cubrir los desafíos que proponen los daños ambientales, lo cual se complementa con el análisis del artículo 396 y 397 de la Constitución del Ecuador (2008) que se hace a continuación.

“Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. La responsabilidad por daños ambientales es objetiva [...]”

El artículo en la parte medular con el tema tratado se refiere a la responsabilidad por daños ambientales como objetiva, logrando ser catalogado como principio dentro del derecho ambiental, diferenciándose de esta manera con la teoría clásica de daños. Además se evidencian dos principios adicionales que son el preventivo y precautoria, diferenciándose aún más de la teoría clásica de daños, ya que aquellos aparecerán incluso sin la necesidad de existir daño cierto, bajo esos principios se podría ordenar que se detenga una actividad, amparándose en un supuesto del cual se prefiere no correr riesgo alguno.

Así es corroborado por la doctrina que manifiesta:

“Mientras que el daño civil es daño cierto, directo, personal, concreto, diferenciado, actual; el daño ambiental es un daño en ocasiones incierto, indirecto o reflejo, impersonal, hipotético, indiferenciado, además de intergeneracional. También podríamos decir que en el primero es

fundamental el pasado, que se pretende reparar o resarcir, como asimismo el tiempo presente, en menor medida el futuro; en el segundo, es primordial el presente, pero adquiriendo particular relevancia el futuro.” (Mosset, J. y Lorenzetti, 2009, p. 172)

Tampoco se debe olvidar la imprescriptibilidad de la cual gozan estos daños para ser llevados a la justicia, se tratará sobre aquellos en profundidad en el capítulo siguiente.

Respecto a especificidades diferenciadoras como la inversión de la carga de la prueba y la acción popular que tienen las personas para incoar acciones por daños ambientales se refiere el artículo 397, pero sobre aquel de momento solamente resulta medular lo siguiente:

“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 [...]” (Constitución de la República, 2008, art. 397)

Es importante la vinculación que tiene el estado en caso de daños al ambiente, aquí se aprecia entonces que existe otro principio más que es el denominado principio de subsidiariedad en caso de daño ambiental, esta es una particularidad de los daños ambientales, justificándose en la urgencia de mitigar, frenar, restaurar o reparar los daños a la brevedad posible, previniendo y precautelando que aquel no se expanda.

Sin embargo, es imperante que el estado actúe de forma subsidiaria y no solidaria, es decir, que se hará cargo hasta establecer las responsabilidades de quien haya hecho el daño, una vez que ello sea posible podrá ejercer el derecho de repetición y es aquí cuando entra la importancia del principio llamado el que contamina paga, ya que cuando la prevención y la precaución no han sido suficientes se debe proceder con el pago por la afectación, pago que no se refiere al incremento patrimonial de alguien, sino de la recomposición del ambiente.

1.4.2. El principio contaminador pagador y el daño ambiental

No se puede dejar la relación que tiene el daño ambiental con el principio contaminador pagador, aquel adquiere gran trascendencia debido a que es la réplica directa al daño ambiental.

Este principio surge internacionalmente en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, se encuentra recogido en el principio N° 16 "las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en PRINCIPIO, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales." (Declaración de Río, 1992)

El principio contaminador pagador tiene un enfoque empresarial que ha buscado dar un valor a los daños ambientales producidos por los agentes que se benefician de actividades que ponen en riesgo al medioambiente.

Anterior al principio contaminador pagador los daños al ambiente ni siquiera eran tomadas en cuenta bajo los modos masivos de producción que tanta destrucción generaron, sin embargo, ahora esa situación ha dado un giro y en la mayoría de casos se ha ingresado al ambiente dentro de los pasivos de las empresas.

Es decir tiene un doble campo de actuación ya que recoge tanto los daños ambientales tolerables como los no tolerables. Este principio ha sido uno de los más tratados por la doctrina y de mayor adopción por parte de los estados dentro de sus legislaciones nacionales.

Para explicar de mejor manera algunas de las medidas que busca imponer el principio será necesario recurrir a Zarate quien las enuncia de la siguiente manera: "Ha de costear las medidas preventivas que se determinen. Ha de cesar en sus emisiones o cambiar los niveles. Ha de pagar las multas que eventualmente puedan imponérseles. Ha de reparar los daños causados e

indemnizar los perjuicios causados.” (J.D. Leeson en Loperena Rota, como se citó en Zarate, 2008, p. 40)

Todas estas imposiciones que genera el principio quien contamina paga, serán diferentes en cada legislación, siendo más estricta en ciertos países. En el Ecuador se podría decir que el principio ha sido tomado de una forma estricta o al menos en cuanto a la legislación se trata, ya que en la práctica la discrecionalidad en ciertos casos de la autoridad ambiental ha sido bastante cuestionable.

Volviendo al concepto de daño ambiental resulta importante prestar una vez más atención al término "significativo" ya que es piedra angular en cuanto a daño ambiental se refiere. Cabe entonces preguntarse qué significa que se condicione la existencia del daño ambiental a que sea significativo, y sin ir más lejos se obtiene por deducción que existirán daños que no sean significativos, pero serán daños al fin y al cabo, a lo dicho la doctrina y legislación los ha tratado como daños tolerables y no tolerables que serán tratados a continuación.

1.4.3. Daño ambiental tolerable y no tolerable

También relacionados pero no sinónimos de los daños permisibles y no permisibles, y ya han sido mencionados se los debe diferenciar. El daño permisible puede ser definido como “[...] aquel aceptado por el Estado, dentro de los parámetros que el mismo determine, y que dependerá de la política ambiental que aquél fije y nos indicará cuál es la lesión máxima aceptada, el qué, cómo, cuándo y dónde del daño que se le permite producir al operador.” (Hutchinson, Iturraspe, Donna, 1999, p. 50)

Resulta claro entonces que la permisibilidad es otorgada por el estado a través de la autoridad competente y de forma expresa o en su defecto negarlos, generalmente la permisibilidad solo será necesaria cuando exista una relevancia sobre la actividad que se vaya a desarrollar, la permisibilidad no se

ocupará de lo insignificante, aquellos impactos que en poco o nada perjudiquen al ambiente.

La tolerabilidad por el contrario en su contenido es más amplia y no se limita o surte efecto a través de la autorización, la tolerabilidad es un término general mientras lo permisible es específico y recae sobre una autorización.

Mencionada esta breve reseña se puede continuar y haciendo una acotación al tema Pastorini sostiene que “[...] si bien existe un límite entre lo que es daño y la mera alteración, ese límite está dado por la tolerabilidad que puede prestar el ambiente a ciertos impactos.” (Pastorini, 2005, p. 149)

Respecto al daño tolerable se entiende: “[...] que es 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.” (Hutchinson et al., 1999, p. 51)

De otro lado y con un enfoque más ambiental se ha dicho que el daño tolerado es una “Consecuencia no irreversible provocada al ambiente que el propio sistema natural puede remediar.” (Walsh y Di Paola, como se citó en Prada, 2009, p.334).

Si se junta los conceptos anteriormente citados se puede inferir que los daños tolerados son aquellos que por su mínimo impacto en el ambiente no han sido regulados, entonces no generan responsabilidad alguna en el agente que realiza tales daños, por cuanto la sociedad debe soportarlos, sin que esto signifique que los daños tolerables no afecten a los componentes ambientales en gran medida, muchas veces si lo hacen pero el desconocimiento ha limitado al ser humano en reconocerlos.

Así lo manifiesta Hutchinson “Habría veces en que la comunidad soporte un daño mayor al permisible (generalmente por desconocimiento del daño o de los efectos dañosos) y otras que ni siquiera soporte el daño tolerado.” (Hutchinson et al., 1999, p. 51).

Resultado de esto las normas que regulan a las afectaciones ambientales deberán ser sumamente dinámicas y ágiles, conforme el conocimiento y la reacción de la sociedad avanzan.

En su defecto el daño no tolerable será la “degradación que afecta la diversidad genética o los procesos ecológicos esenciales y que el sistema natural afectado no puede auto-re-generar”. (Walsh y Di Paola, como se citó en Prada, 2009, p.334).

Al concepto en mención debe agregársele que dependerá además de otras variables que conforman al ambiente, ya que el concepto tiene una tendencia natural ecológica y aquellos no son los únicos componentes del ambiente.

Para que un daño sea considerado como tolerable o no tolerable dependerá a su vez de la idiosincrasia del lugar donde se vaya a producir una actividad, ya que por ejemplo: Los reactores nucleares son tolerados y permitidos en países desarrollados como Japón, pese a los desastres causados. La lógica nos dice que en nuestro país aquel tipo de obtención de energía puede ser perfectamente tolerada ya que en otros países funciona, sin embargo, no es permitida por las autoridades y ahí radica su diferencia.

Del ejemplo anterior, a su vez, puede resultar lo contrario, es decir, que existan daños que no sean tolerables pero la administración por su conveniencia, desconocimiento o necesidad los permita.

“En muchos casos la administración autoriza ciertas emisiones, pero debe cuidarse muy bien de que estas autorizaciones no sobrepasen la capacidad de autorregulación de la biosfera, o sean contaminantes.” (Enrique Zarate, 2008, p.40)

Ahora bien, el encargado de conocer que puede y no puede soportar el ambiente y en que formas lo soporta o el tiempo en que pueda ser revertido, será el ser humano, en tanto su conocimiento así lo permita. Entonces se podría decir que quien tiene la vara para medir qué es tolerable y que no, es la especie humana, lo cual será un condicionante.

Este examen por así decirlo referente a la tolerabilidad es realizado a través del llamado estudio de impacto ambiental con su correspondiente evaluación, que será la que acuerde que parámetros de daños son los permisibles y cuales no lo son.

Cada caso debe ser tratado de una manera individual y diferenciada de otros por cuanto el ambiente es constantemente variable, así un estudio de impacto ambiental para extracción de recursos no será igual en un desierto que en una zona tropical húmeda.

Finalizando se debe decir que uno de los problemas que sucede cuando son las personas quienes condicionan estas variables es que se pueden manipular a conveniencia, para que en algunos casos un daño si se considere tolerable y en otros no, por esta razón es sumamente importante la independencia de un órgano estatal que vele por el ambiente, imparcial y alejado de la función ejecutiva, algo novedoso que si bien ahora no sea considerado o concebible como un nuevo poder del estado en un futuro podría cambiar su suerte.

Esta acepción de daño tolerable y no tolerable tiene su origen en los conceptos de daño ambiental significativo, del cual la mayoría de autores coinciden. Que exista este umbral de tolerabilidad en el medio ambiente tiene su razón de ser en virtud del contraste que se genera del derecho ambiental con la economía, de lo cual se verá a continuación.

1.4.3.1. Daño ambiental tolerable y su relación con el desarrollo sostenible.

El Derecho Ambiental en lo referente al daño tolerable y no tolerable propende por la sostenibilidad del ambiente, mientras que la economía se encamina por el desarrollo, resultado del choque entre las dos ha nacido lo que se denomina desarrollo sostenible, tratado ya en 1972 por la comisión Brundtland y que se relaciona directamente con los daños tolerables y no tolerables.

En razón del desarrollo sostenible se ha tenido esta especie de equilibrio entre desarrollo económico y cuidado del medioambiente, de ahí que ciertos daños sean permitidos y otros puedan ser juzgados, justificándose en la necesidad del

progreso de la humanidad pero con ciertas limitaciones, como en la comisión Brundtland se dijo “ El desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.” (Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo [CMMAD], 1998)

Del enunciado anterior se tiene como consecuencia que para que las futuras generaciones puedan satisfacer su subsistencia, se debe regular a ciertos sectores productivos que amenacen a esta subsistencia, por este motivo debe ser minimizado al máximo los posibles impactos o huellas en el medioambiente que pudieren dejar.

Sin duda el desarrollo sostenible será una de las variables más importantes a tener en cuenta en el momento de aceptar o no un daño al ambiente, y de ahí su relación con la tolerabilidad.

1.4.4. Daño ambiental puro y continuado

Se había comentado con anterioridad que la doctrina ha sido mayoritaria en definir que existen dos momentos en el suceso de daño ambiental, el primero que involucra únicamente los daños que sufre el ambiente y los intereses difusos sin importar el perjuicio patrimonial individual de posibles perjudicados, el segundo momento ocupa los daños que a través del ambiente se han dado en sujetos determinados, sea de carácter patrimonial o extrapatrimonial.

Sobre el daño ambiental puro se ha tratado ya al inicio de la presente investigación, en este apartado se tratará con énfasis sobre el daño ambiental continuado, sin embargo, se lo relacionará con el daño ambiental puro a fin de que pueda ser comprensible su diferencia y enfoque del uno con el otro.

En aras de acreditar lo mencionado, Alsina ha manifestado:

“Daño ambiental es una expresión ambivalente, pues designa no sólo el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de impacto ambiental, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (*par ricochet*, como dicen los franceses)

a los intereses legítimos de una persona determinada.” (Bustamante Alsina, como se citó en Pastorini, 2005, p. 152).

Sale a relucir la primera diferencia entre uno y otro, aquella versa sobre los intereses individuales por un lado y los intereses difusos por el otro, mientras que para el daño ambiental puro importará la comunidad o el “todo” por así llamarlo, para el daño ambiental continuado será importante tan solo el afectado en su esfera subjetiva, sin interés en el resto, su caso es específico y distinto.

Para aclarar con un ejemplo no solo las diferencias entre daño ambiental puro y continuado, sino, el tipo de tratamiento jurídico diferenciado que ambos tiene y deben tener es necesario recurrir al caso N° 2011 - 0010 de la Corte Provincial de Justicia de Loja – Sala Penal (Wheeler V. Gobierno Provincial de Loja).

Aquel en resumen se trata sobre el accionar del Gobierno Provincial de Loja sin previa autorización y estudio de impacto ambiental para botar residuos en el río Vilcabamba en repetidas ocasiones, lo que provocó que en la época de lluvias aumente el caudal del río y los escombros fluyan con el río perjudicando al ambiente en general y los terrenos de las personas que colindan con el río, entre ellos la propiedad del señor Wheeler.

Entonces del caso resulta claro que existen dos tipos de daños, en primer lugar el daño por contaminación que está recibiendo el ambiente en sí, es decir, el río Vilcabamba y la naturaleza directamente por los escombros y en segundo lugar los daños de los propietarios de los terrenos a la ribera del río. Resulta fácil entonces vislumbrar el doble efecto negativo que produce un mismo evento de daño ambiental del que se ha intentado tome conciencia el lector.

Avalando aún más lo ya mencionado el jurista Gabriel Stiglitz “[...] divide y trata por separado los daños que “derivados de la contaminación ambiental, se reflejan en forma directa en la persona y demás bienes tutelables” y “la responsabilidad civil por el daño al ambiente en sí mismo.” (Gabriel Stiglitz como se citó en Pastorini, 2005, p. 152).

Ahora bien, una vez que se ha hecho evidente que el daño ambiental tiene un doble efecto, vendrá recién a colación la parte compleja, que se refiere a los mecanismos jurídicos para tutelar el daño ambiental en sí mismo y el daño ambiental continuado.

Este problema no aparece solo en la legislación nacional, ya Pastorini en Argentina advierte de este problema y dice: “[...] por ahora se tratará de demostrar la existencia concreta de estas dos hipótesis de daños ambientales y ver, por un lado, si ambas están contempladas en la fórmula constitucional y, por el otro, cómo se regulan una y otra.” (Pastorini, 2005, p. 151)

Bajo el enfoque del presente trabajo investigativo y en concordancia con la aplicación de la justicia en nuestro país, la tendencia ha sido que el daño ambiental en sí mismo tenga más privilegios por así decirlo que el daño ambiental continuado, sin que sea algo unísono o excluyente.

Pero todo apunta amparados en la lógica, que ciertas disposiciones constitucionales solo respaldan al daño ambiental per se y dejan el daño ambiental de rebote en su mayoría a las formas comunes de un juicio ordinario con ciertas características que lo distinguen de otro tipo de daños.

Así el daño ambiental en sí mismo tiene fuero de Corte Provincial, imprescriptibilidad, acción pública y demás mecanismos jurídicos que no los tendría el daño ambiental continuado, lo dicho es una mera posibilidad, ya que bien puede un juez el día de mañana aceptar una denuncia de tipo civil patrimonial subjetiva después de 20 años de un incendio forestal, amparado en la imprescriptibilidad, aquello al presente estudio le parecería algo absurdo, sin embargo, la norma es amplia y ha dejado esa astilla de duda a que sea resuelta por la doctrina al parecer.

Continuando con el caso puesto en ejemplo, ahora desde la perspectiva de idoneidad y competencia, el daño continuado, aquel que afectó la propiedad del señor Wheeler encajaría bajo las premisas del derecho clásico de daños, en consecuencia, si se quiere reclamar aquellos se lo debería hacer por medio de

un juicio ordinario con ciertas características que harán distinto a este tipo de juicio de los ordinarios comunes.

El daño ambiental en sí mismo, en cambio goza de los principios y derechos consagrados en la Constitución y la Ley General del Ambiente, además de los tratados y declaraciones internacionales, justificándose en la razón de tutelar intereses difusos.

Entonces resulta que tanto los mecanismos legales para reclamar una u otra pretensión tienen vías distintas, lo cual se entenderá mejor con el siguiente cuadro que asume el presente trabajo:

Tabla I. Clases de Daños.

DAÑO AMBIENTAL PURO	Constitución (Imprescriptibilidad, Acción pública y popular, carga de la prueba, responsabilidad objetiva)	Ley de Gestión Ambiental COGEP Normas Supletorias
DAÑO AMBIENTAL CONTINUADO	Constitución (Carga de la prueba, responsabilidad objetiva)	Código Civil. Normas Supletorias.

Por último y con el fin de evitar confusiones se acota otra definición de daño al ambiente que resalta que aquel es: “el perjuicio o menoscabo soportado por los elementos de la naturaleza o el medio ambiente, sin recaer específicamente en personas o cosas jurídicamente tuteladas.” (Walsh y Preuss como se citó en Pastorini, 2005, p. 153).

Una vez que ha sido tratada la diferencia de ambos tipos de daños, resulta apropiado inmiscuirse de manera detallada en los mecanismos legales propios de cada uno, sin embargo aquello será tratado en el siguiente capítulo sobre responsabilidad en razón de la secuencia lógica de la investigación.

1.5. El impacto ambiental

En varios pasajes del presente capítulo ha sido necesario nombrar al impacto ambiental, por esta razón en este pasaje será detallado a profundidad y en

primer lugar se debe tener en cuenta la necesaria diferenciación del impacto ambiental y el daño ambiental, ya que suelen ser confundidos como si se refirieran a lo mismo, sin embargo, son distintos. Por esta razón será menester desarrollar la diferencia sustancial del uno con el otro para evitar posibles confusiones al respecto.

Para tener una idea de su diferencia se debe conocer que es un impacto o a que se refiere aquel, Pastorini dice: "Cualquier actividad humana puede producir un impacto en el sentido de "efecto de una actividad sobre la naturaleza". Pero estos impactos pueden no ser siempre negativos, ya que también el hombre impacta la naturaleza para mejorar el ambiente o corregir los desequilibrios que el mismo ha provocado." (Pastorini, 2005, p. 17)

Resulta la primera diferencia trascendental del impacto frente al daño, mientras la suerte del segundo será siempre negativa, el impacto al contrario no tendrá dicha calidad. Como se ha visto sus efectos pueden ser incluso buenos sobre el ambiente y en el Ecuador al ser tratado el impacto ambiental como un estudio previo puede que en realidad nunca llegue a generarse daño alguno ya que es un estudio preventivo.

El impacto ambiental se encuentra cobijado bajo el principio de prevención y precaución, establecidos como pilares para el derecho ambiental. Ambos principios se los puede entender y diferenciar fácilmente teniendo en cuenta que "Así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y, por lo tanto, imprevisibles." (Amábile Graciela, 2008, p. 69)

La prevención se basa en el conocimiento previo y concreto de una afectación al ambiente que puede o no ocurrir, es decir, se encuentra en la esfera de cuantificación de daños concretos. Por otro lado la precaución se encuentra en el campo de lo incierto, manejado sobre la duda y la lógica de la razón, se puede decir que está en una esfera de probabilidad de daños abstractos.

Para lograr entender la diferencia entre prevención y precaución de una manera sencilla se debe poner en la mesa el siguiente ejemplo que aunque es de una materia distinta a la ambiental, para los propósitos sirve de igual manera:

“[...] en el caso del sida, la primera reacción fue la de la abstención de las relaciones sexuales fuera de la pareja estable. Hasta se dudaba de si el beso podía provocar el contagio y, por ende, la precaución pasaba por el no contacto con los enfermos. A medida que los estudios avanzaron, algunas hipótesis de contagio fueron descartadas y las medidas de precaución pueden concentrarse en un ámbito mucho más acotado.” (Pastorini, 2005, p. 97)

Su única relación por ende será que ambos encuentran su razón de ser en la prudencia.

Se había mencionado que el impacto ambiental se encuentra cobijado bajo estos dos principios ya que aquel “[...] consiste en prever las consecuencias ecológicas de las acciones humanas y adoptar medidas para evitar o atenuar dichos daños.” (Amábile Graciela, 2008, p. 67)

Se evidencia entonces que el impacto ambiental o la evaluación y estudio de impacto ambiental como es mejor conocido tiene un carácter preventivo, ya que se encamina a ahondar esfuerzos por conocer los posibles daños que cierta actividad podría ocasionar al medioambiente y se adelantará a ellos con medidas previas de mitigación, para reducir al mínimo aquellos.

En segunda instancia también se encuentra en la esfera del principio precautorio por cuanto una vez que se haya finalizado la evaluación de impacto ambiental y exista dudas al respecto de posibles consecuencias altamente peligrosas derivadas de alguna actividad, se impedirá que se realice dicha actividad en razón del principio in dubio pro natura, que significa que en caso de duda se esté a lo más favorable para el ambiente.

Para complementar la idea referente al impacto ambiental se debe establecer que aquel no es otra cosa que “[...] aquellas alteraciones concomitantes de determinada actividad sujetas a las medidas razonablemente preventivas, mitigadoras y correctivas que deben implementarse a tales fines [...] el impacto supone modificaciones en el ambiente debidamente identificadas y revistas por

el interesado, además de conocidas y auditadas por la autoridad administrativa." (Juan Carlos Cassagne, s.f., p. 9-10.)

Es decir, que el impacto ambiental puede ser asociado con las consecuencias previsibles que tendría cierta actividad en una zona determinada, consecuencias que son las aceptadas por la sociedad a través de los organismos del estado a fin de que se desarrolle una actividad de riesgo.

En el Ecuador el impacto ambiental se encuentra normado en la LGA, en su capítulo II, "Art.- 19.- Las obras públicas, privadas o mixtas, y los proyectos de inversión públicos o privados que puedan causar impactos ambientales, serán calificados previamente a su ejecución, por los organismos descentralizados de control, conforme el Sistema Único de Manejo Ambiental, cuyo principio rector será el precautelatorio." (Ley de Gestión Ambiental, 2004, art. 19)

De manera clara la norma ratifica esa doble intervención de los principios precautorio y preventivo en lo que a impacto ambiental respecta, además se debe mencionar que el origen de la evaluación de impacto ambiental para que sea tomada en cuenta dentro de nuestra legislación se da debido a que el Ecuador ratificó la Declaración de Río.

En aquella Declaración se recogía a la evaluación de impacto ambiental en su Principio N° 17 que dicta: "Deberá emprenderse una evaluación de impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente." (Declaración de Río, 1992)

Ahora bien cabe preguntar ¿Quién es el encargado de realizar la evaluación de impacto ambiental y su estudio, bajo que parámetros y quien lo aprueba o niega?

De manera sucinta se puede estructurar que en cuanto al estudio y la evaluación de impacto ambiental existen dos momentos, quien debe presentar un estudio de impacto ambiental es el proponente o interesado en el proyecto,

aquel es revisado y aprobado o negado por el Ministerio del Ambiente o la entidad a quien se haya delegado la competencia y para aquello se deberán considerar los parámetros que la LGA emana de conformidad con el:

"Art. 23.- La evaluación del impacto ambiental comprenderá: a) La estimación de los efectos causados a la población humana, la biodiversidad, el suelo, el aire, el agua, el paisaje, y la estructura y función de los ecosistemas presentes en el área previsiblemente afectada; b) Las condiciones de tranquilidad públicas, tales como: ruido, vibraciones, olores, emisiones luminosas, cambios térmicos y cualquier otro perjuicio ambiental derivado de su ejecución; y, c) La incidencia que el proyecto, obra o actividad tendrá en los elementos que componen el patrimonio histórico, escénico y cultural." (Ley de Gestión Ambiental, 2004, art. 23)

Queda claro que el presente artículo es el que configura los requisitos que debe contener la evaluación del impacto ambiental, a simple vista se puede observar que se trata de un examen sumamente complejo, que abarca variables sumamente diversas y de carácter científico y social. Se puede inferir fácilmente que uno de los desafíos que enfrentarán quienes realicen este tipo de evaluaciones será el componente social, ya que la participación ciudadana tiene un papel importante y adquirió relevancia con la Constitución de la República del Ecuador del año 2008.

Ante todo lo analizado queda en claro que el impacto ambiental es distinto al daño ambiental en cuanto el primero busca prever una situación. Además en razón de la precaución incluso se podría negar la realización de actividad alguna, dejando al ambiente en su estado natural. Como ya se dijo el impacto ambiental podría ser positivo o incluso negativo sin que pueda ser considerado como un daño del cual se pueda incoar.

El daño ambiental por el contrario es un resultado que no se espera suceda, va más allá de la prevención y precaución que se pudiere tener. Si se relaciona este apartado con el daño tolerable se podría concluir que la aceptación de la evaluación del impacto ambiental deriva en los daños permisibles que el estado está dispuesto a aceptar, el daño ambiental por el contrario rebasa aquellos límites de tolerancia.

Los daños tolerables, que varios juristas manifiestan que al ser tolerables no son daños (lo cual no considero sea así), tienen su legitimación en la licencia ambiental, el cual es un documento público de acreditación de actividades riesgosas para el ambiente, como se desarrollará a continuación.

1.6. La licencia ambiental

Cuando se da el visto bueno a un proceso de impacto ambiental, se concede un documento público conocido como licencia ambiental, que acredita o autoriza a su beneficiario a realizar cierta actividad en un área determinada, aquella se mantendrá siempre y cuando se cumpla con los parámetros establecidos por la autoridad.

La Ley de Gestión Ambiental da el concepto de licencia ambiental y manifiesta: “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 beneficiario debe cumplir para prevenir, mitigar o corregir los efectos indeseables que el proyecto, obra o actividad autorizada pueda causar en el ambiente.” (Ley de Gestión Ambiental, 2004, Glosario de definiciones)

La licencia ambiental por sus características suele ser asociada como una licencia que permite el daño en el ambiente en ciertos niveles, que en el caso de ser sobrepasados deberán ser sancionados, se podría decir que ampara la licitud de un daño.

Al respecto se menciona “Se repara también en que la concesión de licencias constituye un acto administrativo realizado sin perjuicio del derechos de terceros, por lo que, a pesar de la utilidad social de la actividad autorizada, el licenciatarario no adquiere el derecho a dañar a otros.” (Ortega y García, 2013, p.328).

De lo que se ha mencionado, en correspondencia el Texto Unificado de Legislación Secundaria [TULAS] se refiere en similares términos a la licencia ambiental, más añade en su Libro VI artículo 3 el concepto de lo que es el ilícito

ambiental y manifiesta: "Es aquella que se deriva de una actuación que violente el ordenamiento jurídico ambiental y por tanto, no cuenta con los permisos ambientales otorgados por las autoridades administrativas correspondientes." (TULAS, 2003, art. 3)

Actualmente la licencia ambiental puede ser entregada por otras entidades que tengan la competencia en razón de la delegación que el Ministerio del Ambiente les haya conferido, así ciertos gobiernos autónomos descentralizados pueden emitir esta licencia.

Las actividades que requieren una licencia ambiental para su funcionamiento están establecidas en la LGA que al respecto dice: "Art. 20.- Para el inicio de toda actividad que suponga riesgo ambiental se deberá contar con la licencia respectiva, otorgada por el Ministerio del Ramo." (Ley de Gestión Ambiental, 2004, art. 20)

El concepto no es en nada concreto y aquello es comprensible en razón de que no se desea caer en especificidades o una lista de inmersas proporciones aclarando cual es una actividad de riesgo, deja entonces un aspecto bastante discrecional a fin de que el ministerio de ramo sea quien se pronuncie sobre si la actividad conlleva o no un riesgo.

Queda solo mencionar que cuando la actividad no es considerada riesgosa, pero que de igual manera por estar en un lugar protegido se suelen emitir los llamados certificados ambientales, que no son otra cosa que una autorización para realizar alguna actividad de mínimo peligro e impacto.

Se ha hablado entonces todo lo concerniente a daño ambiental y se ha dejado para el final el referirse a la culpa y dolo, que si bien no son considerados por cuanto el daño ambiental es de tipo objetivo, servirán como antecedente a este y además se analizará por que no fueron considerados por el derecho ambiental en lo que a daños ambientales se refiere.

1.7. Culpa y dolo

En primer lugar se debe aclarar que de acuerdo a la Constitución en el Ecuador, la responsabilidad por daños ambientales es objetiva, principio

recogido por lógicas razones y por la mayoría de legislaciones que han ratificado la declaración de Río.

Pese a esa introducción para poder aproximarnos a conocer que significa que la responsabilidad sea de tipo objetivo, se debe tratar a sus antecesores, es decir la culpa y el dolo.

La culpa es: “grado de la culpabilidad, que consiste en obrar sin la intención de cometer el ilícito, pero debido a una imprudencia, falta de previsión o cuidado, impericia o actitud negligente, se produce el resultado típico, como ocurre en los hechos de tránsito.” (Amuchategui y Villasana Díaz, 2002, p. 39).

Es evidente que hubiese sido una actitud totalmente despreocupada por parte del legislador encajar la responsabilidad por daños ambientales bajo la necesidad de culpa ya que hubiese sido imposible en muchos de los casos en primer lugar, determinar al culpable y en segundo lugar la etapa de prueba se hubiese interesado más en probar que se actuó sin culpa, que en sí, de la afectación al ambiente.

Por otro lado, el dolo en el campo penal es considerado: “intencionalidad de cometer el delito. Es uno de los grados de la culpabilidad; dolo equivale a intención y excluye la culpa, la imprudencia y la preterintencionalidad.” (Amuchategui y Villasana Díaz, 2002, p. 62).

Nos queda claro que en ilícitos ambientales sería de lo menos adecuado tener como requisito de grado de culpabilidad al dolo, debido a que la mayoría de casos representativos en derecho ambiental se persiguen contra personas jurídicas y aquellas se cuidan de cometer daños al ambiente. Sería un ilógico pensar que lo hacen de manera intencional, aunque puede pasar, esta es una de las razones por las cuales todas las directrices en materia de daño ambiental apuntan a la responsabilidad objetiva como la predilecta.

Capítulo II. RESPONSABILIDAD

2.1. Concepto

Debido a la magnitud del tema y la comprensión del mismo, se deberá considerar a la responsabilidad como la base de la presente investigación, ya que aquella es la consecuencia del daño, que es lo que nos ocupa, y como veremos más adelante, en razón del daño ambiental se generarán distintos tipos de responsabilidad.

En primer lugar se recuerda que daño es “1. tr. Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.” (Diccionario de la Real Academia Española, 2012).

Recordando sobre el capítulo pasado, no se puede llegar a otra conclusión que el daño es una afectación, es un hecho que altera a un bien jurídico creando un perjuicio para algún sujeto. Como menciona el Dr. Morán Sarmiento “El daño en el conocimiento común significa perjuicio, significa afectación, lesión, merma de un patrimonio ajeno; el daño como fenómeno jurídico es el resultado de una conducta susceptible de ser jurídicamente calificada y sancionada.” (2010)

Por otro lado interesa entonces conocer el significado de la palabra responsabilidad en términos generales, para en base a aquel concepto poder ir adentrándonos en los distintos tipos de responsabilidades que existen y que son pertinentes con el tema de investigación.

Si hablamos de términos generales de alguna palabra sin lugar a dudas se debe recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española donde en teoría se encuentra el concepto más usual o cotidiano de la palabra responsabilidad y al respecto manifiesta: “[...] 3. f. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado.” (2012).

Es evidente que la responsabilidad es una carga impositiva de alguna persona para con otra, este gravamen puede tener su origen por diversas formas u

actos y además podrá ser reclamado o no en vía legal, ya que en ciertas ocasiones la responsabilidad no quedara en algo más que en un reproche de la sociedad.

Lo analizado anteriormente nos lleva a que aquella ficción moral que es la responsabilidad, tuvo que haber surgido como una necesidad para una mejor convivencia entre los seres humanos, al respecto se ha manifestado que:

“La responsabilidad surge en el momento en que el hombre pasa a tener conciencia de la necesidad de convivencia armoniosa y respetuosa ante su grupo social, cuya responsabilidad en principio es natural, siendo cierto que cuando le falta esa conciencia, surge entonces el ordenamiento social para imponerle determinadas conductas y comportamientos, en búsqueda del fin único y exclusivo del desenvolvimiento del grupo social y el bienestar colectivo” (Silva, como se citó en López Marcelo, 2013, p. 1).

Se puede decir entonces que la responsabilidad es el resultado de la madurez de pensamiento y evolución del ser humano, que a través de los años de una forma empírica en un primer momento y luego doctrinaria ha logrado regularse a sí mismo, en busca se podría decir, de conseguir una máxima de comportamiento, que beneficie a la armonía de la sociedad.

Se puede inferir que el vocablo “Responsabilidad” es sumamente amplio, impregnado en todos los campos que las personas se puedan imaginar, no existe acto en el cual la responsabilidad no esté inmiscuida, existiendo así la responsabilidad en el campo moral, religioso, jurídico, político y una infinidad más, pudiendo fácilmente divagar.

La responsabilidad es una consecuencia impregnada al ser humano como el aire al planeta tierra, estará en todas las interacciones presentes e incluso en las que el futuro nos depare.

Como decían los hermanos Mazeaud: “Estamos tan cerca los unos de los otros que nos resulta imposible obrar sin correr el riesgo de causar un perjuicio a otro; y sin embargo estamos condenados siempre a obrar más aún.” (Los Mazeaud y Tunc, 1963, p. 14)

Por este motivo se deberá tratar respecto de la responsabilidad y su evolución en el mundo jurídico, dado que aquella es concebida de una manera distinta de acuerdo a su época y además cambiará en su forma con el pasar de los años como se lo verá a continuación.

2.2. Breve historia de la responsabilidad en el derecho

Se debe decir que es una verdad el hecho de que el Código Civil Ecuatoriano y en sí la Legislación Nacional, está influenciada o por qué no decirlo, está construida a semejanza o copia de la Legislación Chilena, comandada por el jurista Andrés Bello y este a su vez inspirado y tomando como fuente al derecho francés, con especial énfasis en el Código Napoleónico y además en el derecho de la antigua Roma.

No solo el Ecuador está influenciado por esta corriente, ya que es la gran mayoría de países de Sudamérica que han optado por aquella. Teniendo de este modo como consecuencia legislaciones similares en nuestra región, este fenómeno social se lo podría atribuir en razón de la influencia que tuvo el continente de los países colonizadores.

Para poder hablar de la responsabilidad en el mundo jurídico resulta necesario retrotraernos en la historia, ya que es menester conocer sus antecedentes y la evolución de la misma, desde la época de Hammurabi, pasando por la Roma clásica, desembocando en Francia y llegando finalmente a la época contemporánea.

2.2.1. La responsabilidad en el código de Hammurabi

Aproximadamente entre los años 1790 y 1950 A.C fue promulgado el Código de Hammurabi, uno de los primeros compendios de normas para el ordenamiento de una sociedad, aquel nació en Babilonia bajo el reinado del Rey Hammurabi. Resulta significativo destacarlo debido a que es uno de los instrumentos de mayor antigüedad e importancia en la evolución del campo del derecho y además en vista a su relación con lo que hoy conocemos como responsabilidad.

Es bien conocido por la mayoría de personas el refrán “ojo por ojo y diente por diente”, denominado como la Ley del Talión, aquella es una conclusión nacida del Código de Hammurabi y tal fue su trascendencia que fue tomada incluso en la Biblia.

Se puede deducir rápidamente que la mencionada frase en su literalidad encajaría directamente en lo que se puede considerar como una especie de derecho de equivalencia, dicho así porque en aquella época no existía una distinción entre derecho civil y penal, menos aún existía proporcionalidad o ponderación.

La equivalencia se refiere a la literalidad de la frase, ya que sus leyes eran cumplidas al pie de la letra, como ejemplo se tiene las siguientes:

“Leyes n°196 y 197- Si un señor destruye el ojo de un miembro de la aristocracia, se destruirá su ojo; si rompe el hueso de otro señor, se le romperá su hueso. Leyes n° 200 y 201- Si un señor desprende de un golpe un diente de un señor de su mismo rango se le desprenderá de un golpe uno de sus dientes. Si el diente desprendido pertenece a un plebeyo, pagará un tercio de mina de plata [...]” (Sánchez, 2014)

Se observa como el daño generaba una responsabilidad de tipo primitiva por así decirlo, propendiendo para que un acontecimiento que dañara a alguien o algo no quedase en la impunidad, pero tampoco buscaba resarcir, lo que buscaba era venganza y aquella era una venganza sustentada en la norma legal de aquel tiempo.

Es palpable entonces en primera instancia que la responsabilidad nacía de lo que hoy conocemos como delitos, haciendo que la persona que haya afectado a otra, sea condenada a responder en idéntica forma al daño que produjo. Se evidencia entonces la carga impositiva de una parte con la otra.

Si bien al Código de Hammurabi en la actualidad se lo podría considerar como algo totalmente antijurídico, se debe recordar que aquel constituyó en su momento una evolución y significó un gran paso para el desarrollo del derecho, basta con mencionar que con anterioridad a su promulgación en los pueblos primitivos no existía regla alguna, más que la del más fuerte sobre el débil, es

decir la violencia y venganza sin límite alguno sustentados en gran medida de la pasión desenfrenada del ser humano que incluso llega a sustituir a la culpabilidad.

Por último es interesante mencionar que en la época del Código de Hammurabi, el ambiente y naturaleza no eran considerados para efectos de daños y responsabilidad de ningún tipo (evidentemente aquello no era una preocupación, debido a la escasa o nula contaminación, conocimiento o afectación al ambiente), sin embargo, existían normas que castigaban tanto al animal como al dueño del mismo cuando aquel hería o lastimaba a otro animal o persona, sin que esto pueda considerarse como antecedente de norma ambiental alguna.

2.2.2. Época romana

Varios siglos después de los cimientos que dejó el Código de Hammurabi apareció una de las civilizaciones, sin lugar a dudas, más destacada e influyente para el derecho contemporáneo, la civilización romana, ya que sus bases incluso ahora han sido adoptadas en muchos sistemas jurídicos con ciertas variables y actualizaciones.

En el derecho romano al igual que en la época de Hammurabi, en un principio no existían diferencias marcadas entre la responsabilidad civil y penal, existiendo sanciones sin distinción alguna como lo manifiesta el jurista Borda (2012, p. 1), “[...] tanto el ladrón como el que había pedido prestada una suma de dinero estaban obligados con su propia persona y reducidos a la condición servil; el deudor comprometía su propio cuerpo.”

Lo manifestado en el párrafo anterior se justificaba en razón del *nexum*, que significa ligar. Aquel era una “potestad que entrañaba el sometimiento de un hombre libre a otro, y que la condición de los *nexi* obligados por relaciones contractuales hubieran sido muy semejantes a la de las personas colocadas *in mancipio* por razón de sus delitos” (Arguello, 2014, p. 302)

Fue en la época clásica romana cuando el gran jurista Ulpiano resumió en tres, las máximas normas de convivencia que acompañaron al pueblo romano que son: “Vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada cual lo suyo (honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere)” (Arguello, 2014, p. 7)

Las premisas de Ulpiano son principios básicos tan generales que lo abarcan todo, sobre responsabilidad al respecto nos debemos enfocar en “alterum non laedere” ya que quien incumpla ese precepto tendrá que asumir una responsabilidad.

Estos tres principios además sirvieron como antecedente a la ley Poetelia Papiria “que prohibió el encadenamiento, la venta y el derecho de dar muerte a los deudores, a la vez que establecía que en adelante éstos responderían de sus obligaciones, no con sus cuerpos, sino con sus bienes que se constituyeron en la prenda común de los acreedores.” (Arguello, 2014, p. 555)

Con lo cual se diferenció al patrimonio del deudor y la persona del deudor, para efectos de la responsabilidad aquello significaba una gigantesca evolución, ya que suponía en un sentido la individualización de lo civil y lo penal, aclaro que en el derecho romano esta individualización no es igual a la que hoy conocemos, pero sirvió de pauta para la evolución del derecho.

Su contribución al mundo jurídico fue más allá y en materia penal diferencio a los delitos de acción pública y acción privada como se puede corroborar a continuación:

“El procedimiento penal se desarrollaba en un juicio público promovido por iniciativa del magistrado o por acción popular, ejercitable por la víctima o por cualquier otro individuo. A este sistema procedimental se sometían los actos punibles que se denominaban delitos públicos (crimina), por oposición a los delitos privados (delicta, maleficia) los que, por referirse a casos en los que se había inferido un daño a un particular, eran sancionados con penas pecuniarias que debían reclamarse por medio del proceso privado.” (Arguello, 2014, p. 535)

Ya en la época de Justiniano se dan las pautas para que a futuro se desarrolle sobre la responsabilidad objetiva, “Si han sido colocados o suspendidos objetos (*De positis vel suspensis*) de un edificio a un lugar donde el público tiene el

hábito de pasar y se causa un daño, el autor puede caer bajo la aplicación de la Ley aquilia.” (Alsina, 1997, p. 39) No importa el dolo o la culpa lo único que importa es que se causó un daño y debe ser resarcido.

Por otro lado y finalizando, el daño y la responsabilidad en materia específicamente ambiental para el pueblo romano, era algo inexistente ya que no había preocupación sobre el tema en aquella época. Se debe aclarar que existían normas de salubridad como el edicto de canales de riego de Roma, que prohibía y daba un castigo al responsable de contaminación de las aguas. La responsabilidad no se generaba por atentar contra el ambiente, sino por la posible implicación sobre la salud de sus ciudadanos y aquella acción era ejercida mediante el derecho penal.

Otro ejemplo es la Ley de las XII tablas que sancionaba a quien mutilase los árboles ajenos, pero esta sanción se daba en razón de que se afectaba el patrimonio de otra persona, no se tenía en cuenta la implicación ambiental.

2.2.3. Época francesa

Para continuar con el desarrollo de responsabilidad y daño, será importante hablar de Francia, ya que en aquel Estado, surgieron importantes acontecimientos que dieron el puntapié final para llegar al derecho contemporáneo.

Fue en Francia con la expedición del Código Napoleónico de 1810 con el cual “quedó definitivamente establecida la distinción entre pena (sanción represiva) y reparación civil del daño (sanción resarcitoria)” (Alsina, 1997, p. 50)

A diferencia de la época romana en la cual la responsabilidad era tratada exclusivamente como una especie de tipo penal, en Francia se llegó a diferenciar como en la actualidad se lo hace, al campo civil del campo penal.

Existiendo de esta manera juicios en el ámbito civil en razón de la presencia de hechos que por su connotación solo eran sancionados de manera reparatoria, es decir, intentando dejar al perjudicado en un estado similar o igual al de antes

de haber sido afectado. Mientras que otros hechos, debido a que más allá de su gravedad ocasionaban una conmoción social amplia, eran juzgados de manera represiva, privando de libertad a quien ocasione la afectación.

En esta época además se lograron dos aportes adicionales que interesan al tema de investigación, en primer lugar es necesario referirse a la revolución industrial que se desarrolló en la misma época del código Napoleónico. Esta revolución industrial importa debido a que es la encargada del progreso desmedido de los estados, pero a su vez, será la encargada de que en el siglo XX se empiece a generar una conciencia por el ambiente y naturaleza.

Por otro lado, el segundo aporte de la época francesa es la determinación de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, que será tratada más adelante, sin embargo, se puede decir como anticipo que aquella va de la mano con el daño ambiental en la actualidad y que surgió en Francia evidentemente debido a los nuevos tipos de daños que se pudieron apreciar como consecuencias de la revolución industrial, tanta fue su trascendencia que generó un completo debate sobre las limitaciones de los artículos 1382 y 1383 del Código Napoleónico, y la promulgación de una ley que tenga en cuenta a este tipo de responsabilidad.

De lo cual da fe el autor López Herrera (s.f., p. 9) quien manifiesta:

“[...] hacia fines del siglo XIX era evidente que la necesidad de demostrar la culpa como condición de procedencia llevaba a muchas injusticias. El mundo para el que fue pensado *el code* había cambiado por influjo de la aparición de máquinas y cosas peligrosas, y fundamentalmente por cambio de un sistema artesanal de producción basado en la agroindustria a un sistema de producción en masa de bienes industriales. Los autores y los jueces comenzaron a plantearse entonces de qué manera dar una respuesta justa a los daños que los nuevos inventos producían, en los cuales las más de las veces la demostración de la culpa era una tarea ímproba.”

De esta manera se evidencia la importancia que se dio a la responsabilidad objetiva, fueron varios los autores quienes la trataron hasta que se dio su

primera positivización en una antigua ley de lo laboral en Francia en el año 1898, de ahí la importancia de los franceses con esta clase de responsabilidad.

2.2.4. Responsabilidad en la actualidad

Una vez concluido este pequeño antecedente y continuando con la responsabilidad se puede decir que en la época contemporánea se ha logrado diferenciar a la responsabilidad en distintos tipos. Aquella es tratada por rama o especialidad, más nunca de manera general, lo manifestado se evidencia conforme la Enciclopedia Jurídica Omeba (2000, p. 790):

“En cada rama del ordenamiento jurídico hay una responsabilidad. Todas tienen elementos comunes y ofrecen elementos diferenciales que se tiñen con la particularidad de cada rama. Así, hay responsabilidad administrativa, penal, comercial, laboral, civil, etcétera. La falta de conceptos sobre la teoría general del derecho ha permitido durante mucho tiempo que se estudiara más la teoría de la responsabilidad a través de los elementos singulares de cada rama que elevando el examen al plano de los conceptos generales.”

Se puede inferir entonces que la responsabilidad ha trascendido al duopolio de mantenerse únicamente en el derecho penal y civil. Ahora es tratada por especialidad en las diversas ramas existentes del derecho.

Se deberá tratar entonces de manera primordial a la responsabilidad en el campo civil, administrativo, ambiental y a breve manera en lo penal, conforme al interés de la presente investigación. Sin dejar de lado conceptos específicos como la responsabilidad subjetiva, objetiva, contractual y extracontractual, ya que son ejes diferenciadores para la comprensión de la investigación.

2.3. La teoría dualista

Resulta importante dar un espacio a la teoría dualista ya que ha sido la escogida por la legislación ecuatoriana en cuanto a responsabilidad se refiere, además sirve para que el lector no confunda términos y sepa diferenciarlos.

La teoría dualista nace en Alemania específicamente en la escuela pandectista que “[...] establece que existen en la obligación dos momentos distintos. El

momento de la deuda (schuld), y el momento de la garantía o responsabilidad (haftung o verantwortung).” (Guillén, H., 2008, p. 5)

Son dos momentos distintos como lo manifiesta Guillermo Borda (2012, p. 3) “son dos momentos sucesivos en la situación del deudor. El primero es el puro débito, el deber de cumplimiento, que nace junto con la obligación. El segundo es la responsabilidad, que sobreviene después del incumplimiento de la obligación.”

Es decir, la deuda es la obligación en sí misma, cuando se hable de obligación se debe entender que se habla de deuda, y por otra parte la responsabilidad aparecerá cuando se ha incumplido con la obligación. Para tenerlo más claro se puede traer a colación lo que manifiesta (Larenz, como se citó en Borda, 2012, p. 3) “la responsabilidad sigue a la deuda como la sombra al cuerpo”.

Si se coloca a la teoría dualista en el plano de la responsabilidad ambiental por daños, está se podría traducir en que: El agente de una actividad ambiental, siempre estará obligado (en deuda) de cumplir con toda la normativa de buenas prácticas y minimizar los posibles riesgos. Por lo tanto su responsabilidad con terceros nacerá el momento que su deuda no pueda ser cumplida, por ejemplo con un suceso de contaminación, en ese y solo en ese momento nace su responsabilidad.

Por último se debe tener en cuenta que siendo la responsabilidad ambiental por daño de corriente objetiva y casi siempre extracontractual, como se tratará más adelante, la teoría dualista es la predilecta ya que manifiesta: “tratándose de la responsabilidad extracontractual, no existe un vínculo obligatorio preexistente. Las partes se conocen con el hecho dañoso” (Larroucau, J., 2007, p. 14)

Una vez que han sido manifestados los antecedentes expuestos, es pertinente tratar respecto a la relación de las ramas del derecho frente a la responsabilidad.

2.4. Responsabilidad civil

Como se ha manifestado en líneas anteriores la responsabilidad tiene distintos tipos y se encuentra en diversos campos del derecho en razón de su especialidad y necesidades del caso.

En esta sección se hablará respecto de la responsabilidad civil y al respecto como breve preámbulo nos manifiesta el Jurista López Marcelo (2013, p. 1):

“La responsabilidad civil está hoy entre nosotros, cercana a cada acto, a cada omisión y a todas las decisiones; a veces como una esperanza (de reparación) y otras como una pesadilla (de miseria o de quiebra). Pero siempre nos ronda, acompaña nuestra vida, nos impele a recordar su influjo y poderío a través de manifestaciones larvadas, de señales más o menos cercanas, pero siempre perfectamente divisibles.”

Se puede decir que de la responsabilidad moral a la responsabilidad de tipo civil solo hay un paso, lo jurídico. Mientras que la primera solamente tendrá consecuencias sociales, la segunda tendrá consecuencias legales, interesa entonces saber exactamente qué es la responsabilidad civil y la pertinencia que va a tener con el tema de tesis.

En el sentido etimológico se encuentra que: “La palabra responsabilidad deriva del latín responderé (obligación de indemnizar aquello que se debe por incumplimiento de lo pactado o del principio general de no dañar a otro)” (Guillén, H., 2008, p. 3)

Se puede dilucidar del concepto citado anteriormente que a diferencia de la responsabilidad de tipo moral, la responsabilidad civil acarrea una obligación indemnizatoria, de resarcir el daño que se produjo.

Para aclarar lo manifestado y con la doctrina de respaldo, se ha dicho que la responsabilidad civil es: “la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello.” (Cabanellas, G., 2008, p. 333)

Se debe decir que existen casos en los que pese al cumplimiento de una parte pueden existir daños. Por ejemplo en los contratos es evidente que existirá

daño cuando se cumple con lo acordado fuera del plazo concedido o cuando se cumple de una manera imperfecta, estos casos de igual forma acarrearán responsabilidad civil.

Haciendo una relación de la responsabilidad civil con el derecho ambiental se encuentra que uno de los inconvenientes en su aplicación es la dificultad que genera en cuanto a la relación económica-resarcitoria, como manifiesta Ghersi (2005, p. 1):

“El esquema clásico de responsabilidad civil, que dominó durante siglos, se consolidó para el derecho hispanoamericano con la aparición del Código de Napoleón [...] Sin embargo, ya desde principios del siglo XX este esquema fue cuestionado por las sofisticadas universidades norteamericanas por su falta de conexidad con el sistema económico en cuanto a la forma de cuantificarse el daño.”

Así en el campo ambiental cuando se deba resarcir económicamente al afectado, se deberá tomar en cuenta diversos factores que terminan tornando a la indemnización civil en una cuestión sumamente subjetiva y difícil. Pudiendo cualquiera de las dos partes tanto el responsable como la víctima sentirse en una posición injusta.

Se debe añadir que la responsabilidad civil puede nacer de manera contractual o extracontractual, para dejar en claro lo manifestado basta acudir a Alsina (1997, p. 73) quien ha explicado que: “A veces el acto unilateral lesivo recae sobre quien no tenía con el autor vínculo alguno anterior; otras veces el comportamiento dañoso se produce frente a un sujeto con quien el autor de aquél tenía un vínculo jurídico anterior que le imponía el cumplimiento de una específica conducta.”

Para el efecto del presente estudio se abarcará la responsabilidad civil bajo el enfoque extracontractual, ya que es la más usual en caso de que se genere un suceso de daño ambiental, sin que por esto se pueda excluir a la responsabilidad de tipo contractual.

2.4.1. Responsabilidad contractual

Cabe preguntarse en primer lugar ¿Qué es un contrato? Al respecto Alsina (1997, p. 40) manifiesta “El contrato, o sea el acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones entre las partes”

Se puede entender al contrato entonces como un vínculo jurídico que genera derechos y obligaciones y que de una forma u otra será un nexo legal que en caso de no ser cumplido en las condiciones establecidas, podría generar responsabilidad para alguna de sus partes.

Vale añadir que en sus elementos se debe tener en cuenta la pluralidad de intervinientes, la voluntad o consentimiento, que debe estar libre de vicio y además importará que el objeto y la causa sean lícitas. Estos son los elementos que deben converger dentro de un contrato para que alcance su validez, caso contrario aquel no existirá y entonces no cabría la denominada responsabilidad contractual, ya que aquellos son requisitos mínimos para que el contrato pueda considerarse como tal.

En el Código Civil Ecuatoriano (2005) se encuentre la figura del contrato y manifiesta: “Art. 1454.- 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.”

Se debe añadir que la responsabilidad contractual nacerá entonces, cuando se ha incumplido lo estipulado en el contrato, no está por demás recordar que un contrato es ley para sus partes y que en cuanto a este tipo de responsabilidad se refiere la culpa si tiene importancia y no como sucede con la responsabilidad por daño ambiental donde aquella es mínimamente tomada en cuenta.

A la responsabilidad contractual se la debe diferenciar de la responsabilidad delictual y cuasi delictual ya que no opera de la misma manera que aquellas en razón de que el tipo de culpa es distinto.

Al respecto los Mazeaud y Tunc han dicho que: “Las propias definiciones de ambas culpas son muy parecidas. La culpa contractual aparece como el incumplimiento de una obligación; la culpa delictual, como la falta a un deber.” (1963, p. 376)

De la definición señalada se debe tomar en cuenta que la piedra angular de la culpa en la responsabilidad contractual será el incumplimiento, y sobre aquel operan tres clases de culpa.

La culpa grave o lata que es equivalente al dolo, la culpa leve y la culpa levísima, aquellas se encuentran en el Código Civil Ecuatoriano (2005) precisamente en el artículo 1563 que manifiesta: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio [...]”

Solo queda como duda conocer cuál es el significado de cada tipo de culpa. Para resolver dicha inquietud basta con recurrir al Título Preliminar del Código Civil, exactamente en el artículo 29, que al respecto sobre culpa grave señala: “[...] es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios [...]” (Código Civil Ecuatoriano, 2005, art. 29).

Como se puede apreciar el código es bastante subjetivo y deja un umbral amplio a la interpretación, sin embargo, se entiende que es una culpa que equivale al dolo, por cuanto nace del extremo descuido o de la intención de generar un daño.

Sobre la culpa leve se señala: “[...] es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios [...]” (Ibídem)

A simple vista se puede notar que ya no se hace referencia o asemeja esta culpa entonces a las personas negligentes, en consecuencia va a resultar que sea una culpa con mayor dificultad de prever para a quien se le impute.

Por ultimo sobre la culpa levísima: “[...] es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes [...]” (Ibídem)

Resulta por demás obvio que está culpa no solo será la de mayor dificultad para poder ser probada, sino que, además será la que menor sanción conllevará.

Debido a su umbral interpretativo el juzgador deberá efectuar una graduación de aquellas, según el caso que se presente se deberá encajar el tipo de responsabilidad que ha operado de conformidad al incumplimiento o daño que se ha causado.

En materia ambiental no se suele recurrir a la responsabilidad contractual cuando ha existido un daño propiamente ambiental, ya que es inusual establecer clausulas por daños a terceros o por sucesos imprevisibles, más aún cuando todo aquello está cubierto por la responsabilidad objetiva expresada en la Constitución. Al respecto solo es necesario decir que ante la posibilidad de un daño, en razón del principio preventivo, se podría suspender la actividad.

En contratos ambientales en el área de explotación de recursos naturales por ejemplo, lo que se hace es establecer parámetros de daños a través de lineamientos emitidos por el Ministerio del Ambiente y demás entidades estatales con relevancia y competencias en el ámbito del ambiente y naturaleza, algo que ya ha sido visto en el capítulo anterior en la sección de impacto y licencia ambiental.

En el caso de que dichos parámetros se incumplan operará la responsabilidad objetiva, esto resulta acorde al tratamiento de las legislaciones de la mayoría

de países, que han optado por la corriente extracontractual objetiva para estos casos en razón de que es más amplia y cubre cualquier eventualidad

2.4.2. Responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual como su nombre lo dice va más allá de lo que las partes han acordado en contrato alguno, se podría decir incluso que para este tipo de responsabilidad aquello es irrelevante.

Como Larroucau (2007, p. 13) lo manifiesta “La principal diferencia entre ambas radica en que, tratándose de la responsabilidad contractual, las partes se encuentran ligadas por un vínculo jurídico preexistente que no es posible encontrar en la responsabilidad extracontractual, la cual alcanza a personas jurídicamente extrañas entre sí.”

De los párrafos anteriores se debe agregar que existen dos tipos de responsabilidad extracontractual en razón de la importancia de la culpabilidad, el primer tipo es la denominada subjetiva la cual está condicionada para su operabilidad en mayor medida que la segunda, la denominada objetiva.

2.4.2.1. Responsabilidad extracontractual subjetiva

La responsabilidad extracontractual subjetiva opera en vista a la culpa o dolo de una determinada persona. En cuanto a dolo y culpa se refiere, Larroucau (2007, p. 34) manifiesta: “Lo que caracteriza esencialmente a ambos es el hecho de inferir injuria o daño a otra persona, en tanto que difieren en un elemento de carácter psicológico: la intención de su autor.”

Es decir, que para la responsabilidad extracontractual subjetiva interesará la aparición de una conducta basada en el delito o cuasidelito, ya que se debe tratar respecto del dolo o culpa que haya existido. Para poder determinar si ha existido o no un hecho que pueda ser sancionable, será entonces una condición necesaria demostrar el dolo o culpa en este tipo de responsabilidad para que aquella opere.

Mientras que para la responsabilidad extracontractual objetiva en breve resumen como ya se ha manifestado en líneas anteriores, interesará solamente que algún daño se haya producido.

2.4.2.2. Responsabilidad extracontractual objetiva

En la presente investigación se dio importancia al desarrollo de la responsabilidad en la época francesa, debido al código napoleónico y a la relación de la promulgación y actualización de aquel a la par de la revolución industrial que resulto en la aparición formal de la denominada responsabilidad objetiva.

Además en más de una ocasión en el capítulo anterior fue referida la importancia de la responsabilidad objetiva y que aquella se encuentre en un nivel de supremacía constitucional, de lo cual ha llegado el momento de analizarla a profundidad.

Los juristas franceses fueron quienes empezaban a desarrollar doctrina al respecto, por ejemplo los hermanos Mazeaud y Tunc (1963, p. 5-6) sostenían que:

“[...] la teoría del riesgo es, históricamente, una respuesta al problema de los accidentes de trabajo [...] De un lado, un obrero que, antes del accidente, trabajando a veces más de 10 horas por día, no había podido más que vivir y hacer que viviera pobremente su familia; y, que por el hecho del accidente, podía ser condenado a la miseria absoluta, quedar sin empleo y sin recursos. Por el otro lado la empresa [...] por no haber incurrido en culpa alguna, no le debía ninguna reparación”

Fue en Francia además en donde se trataron los primeros casos de responsabilidad objetiva como por ejemplo el “caso *teffaine* (1896) en el que se responsabilizara al guardián de una caldera por los daños causados por su explosión, sostuvo que en el caso fue aplicado un nuevo factor de atribución: el riesgo creado, que sentaba las bases de la responsabilidad objetiva o sin culpa.” (Larroucau, J., 2007, p. 45)

Aquello puede ser tomado en cuenta como el primer o uno de los primeros antecedentes de este tipo de responsabilidad, se puede concluir que aquella es el resultado de una suerte de evolución social que lleva al ser humano, empujado en la necesidad de no dejar impune ciertos hechos, a cubrir de una forma legal un vacío que se generó en razón de que en un principio ni el Código Napoleónico había previsto las nuevas necesidades generadas de la revolución industrial en relación al ámbito laboral como a continuación se manifiesta:

“Este código que acabamos de ver centrado exclusivamente en la culpa, recibió sin embargo a la teoría del riesgo para la que no hay necesidad de demostrar la culpa, sino que esta se presume por la sola ocurrencia del daño, teniendo en cuenta que el 8 de abril de 1898 se dictó en Francia una ley que consagraba la teoría del riesgo en el ámbito laboral.” (López, s.f., p. 9)

Ahora solo queda definir ¿Qué es la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado? de la que tanto se ha hablado. En los antecedentes de la sentencia Delfina Torres que es histórica y tiene relevancia en este tema, se manifestaba que aquella “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.” (CSJ, Sentencia 031-2002, Casación, p. 29)

Para entender de una mejor manera el concepto anterior, se puede poner a manera de ejemplo moderno a los cajeros automáticos, aquellos aparatos electrónicos reportan un beneficio para los bancos ya que agilitan sus gestiones y económicamente generan réditos, evidentemente tienen además un sin número de peligros aparejados a su creación, como la clonación de tarjetas que perjudica a sus usuarios. Sin embargo aquel es un peligro socialmente aceptado y en vista a que de ninguna manera se podría pensar que un hecho de tal índole quede en la impunidad, para efectos de la

responsabilidad civil extracontractual aquellos sucesos serán de carácter objetivo, porque no importa el dolo o culpa, sino, el daño en sí.

Entrando en el daño ambiental que es lo que interesa, la doctrina ha hecho hincapié en que aquel debe ser abordado bajo la perspectiva de la responsabilidad objetiva, con justificación en sus características sui generis. Se ha dicho que:

“El ejercicio de las modernas actividades industriales son portadoras de “un notable peligro de daños” que afecta directamente a las personas y a la naturaleza por el hecho de que estas actividades son particularmente arriesgadas al margen de cualquier consideración de culpa o negligencia. Así la responsabilidad objetiva es una responsabilidad por riesgo, conforme a la cual quien crea en su propio beneficio una situación de riesgo o de peligro es responsable del daño causado sin entrar en consideración de como haya sido su conducta.” (Guaranda, 2010, p. 55)

La responsabilidad objetiva en materia ambiental surge en el Ecuador de la mano del anteriormente mencionado caso Delfina Torres viuda de Concha, que es uno de los antecedentes de mayor relevancia para que la teoría del riesgo creado sea tomada en consideración. Es además uno de los referentes para que en la Constitución de la República del Ecuador del 2008 se haya reconocido este tipo de responsabilidad asociada al ambiente.

Es así que el Artículo 396 de la Carta Magna versa: “[...] La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas [...]”

A esto hay que agregar que la Constitución de la República blindo a la naturaleza y ambiente con otros principios como la necesidad de revertir la carga de la prueba en razón de la dificultad que supondría para el afectado poder demostrar hechos de esta índole. En el artículo 397 numeral 1 se encuentra lo dicho a nivel constitucional “[...] La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado [...]”

Esto es interesante en vista a que es la respuesta esperada en el caso de daño ambiental, como antes se lo había dicho. Es que el derecho ambiental tiene sus particularidades tan propias debido a las necesidades tan diversas, inesperadas y prioritarias que pueden emerger ante algún daño en su componente que se debe responder de una manera apresurada y privilegiada.

Uno de los problemas que plantea la responsabilidad objetiva en el Ecuador es que el ambiente ha sido protegido tan ampliamente que muchas son las entidades estatales administrativas que pueden conocer sobre un evento de daño ambiental, sin embargo, como se desarrollará en el presente trabajo aquello no podría ser considerado del todo bueno.

Que la responsabilidad ambiental sea objetiva significa que quienes dañen el ambiente “deben responder de forma directa e inmediata, sin que para ellos se necesite previamente una categorización que determine los grados subjetivos de su responsabilidad.” (Guaranda, 2010, p. 53)

Por último, no se puede decir que debido a que a la responsabilidad objetiva no le interesa la culpa se deje en el limbo a la causa, es decir, en los casos de daño al ambiente si bien no se deberá demostrar ningún grado de culpabilidad, si se deberá demostrar la causalidad entre el agente productor del daño y el daño, caso contrario resultaría en una arbitrariedad afectándose el debido proceso. Pero incluso en este caso se aplica el principio de inversión de carga de la prueba y por lo tanto quien deberá probar que no afecto al ambiente es el demandado.

Cabe preguntarse por ultimo si dentro de un determinado caso pueden concurrir ambas responsabilidades es decir la de tipo contractual y extracontractual, al respecto se debe mencionar que aquello es plenamente posible.

Lo planteado se hace evidente con el siguiente ejemplo:

“Imaginemos que, debido al overbooking en un vuelo, un sujeto determinado no puede encontrarse en su lugar de trabajo habitual. Pues bien, la responsabilidad de la compañía aérea es doble: con el viajero con

el que le une una relación contractual y al que deberá indemnizar [...] deberá responder también frente al empleador del viajero por los daños que demuestre que le haya supuesto la falta al trabajo del sujeto en cuestión con base en los principios de responsabilidad extracontractual.” (Morera, E., 2010, p. 99)

Si bien es un ejemplo de tipo civil, fácilmente puede ser analogado con casos de daños al ambiente, interesa hacer esta relación en virtud de que en materia de daños ambientales puede darse perfectamente responsabilidades de distinto tipo, sean de tipo contractual y/o extracontractual e inclusive entre diferentes ramas del derecho como administrativo, civil, penal, constitucional, y todo esto dentro de un mismo suceso.

A los elementos de la responsabilidad objetiva se los puede resumir en dos, que serán necesarios para que se pueda considerar que existe responsabilidad objetiva. El primero será el elemento beneficio y el segundo será el riesgo, así se podría resumir en que se funda a esta corriente de la responsabilidad, a consecuencia del primero se deberá responder frente a terceros.

“Que la responsabilidad es objetiva lo demuestra el hecho de que la sola creación de riesgo para terceros en provecho propio hace recaer sobre el autor la responsabilidad derivada de aquel [...]” (Ortega y García, 2013, p. 331).

Queda inmiscuirse entonces en la responsabilidad por daños en las distintas ramas del derecho que tienen interés con la investigación.

2.5. Responsabilidad civil en el derecho ambiental

Para el caso de la responsabilidad civil en el derecho ambiental, se debe decir que:

“[...] nos estamos refiriendo a la obligación que surge de una persona natural o jurídica, pública o privada de reparar por conducto de mecanismos judiciales civiles el daño que produjo al ambiente, razón por la cual dicho responsable tendrá la obligación de realizar acciones positivas o negativas o de indemnizar a los perjudicados para restablecer o al menos disminuir los efectos negativos producidos sobre el ambiente y los derechos relacionados.” (Guaranda, 2010, p. 84)

Al respecto del concepto citado se debe dividir a la acción civil por daños ambientales en dos, la primera será aquella acción impulsada individualmente, por una persona que busca resarcir de forma individual y subjetiva un derecho que ha sido vulnerado o una condición que se a desmejorado sea en la esfera patrimonial o extrapatrimonial, aparentemente sobre la cual ni la Constitución de la República ni la Ley de Gestión Ambiental se han referido de manera directa.

La segunda será la acción civil sobre la que se refiere la Ley de Gestión Ambiental en su artículo 43 y que al parecer escapa del patrimonio personal de un sujeto, va más allá y pareciese que se refiere a la acción civil desde una perspectiva con dimensiones colectivas, en la cual también interesa el medioambiente y se le confiere vía verbal sumaria.

Esta multiplicidad de acciones y responsabilidades que desde ya se empiezan a presentar, encuentran su sentido en que refiriéndose al derecho ambiental “se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia abarca lo público y privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características.” (Lorenzetti, 2011, p. 9)

Antes de proseguir con el análisis de la división de las acciones civiles que se menciona, se debe citar al artículo en mención que señala:

“Art. 43.- Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos. Sin perjuicio de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante. Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago, que por reparación civil corresponda, se efectúe a la institución que deba emprender las labores de

reparación conforme a esta Ley. En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación. Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.” (Ley de Gestión Ambiental, 2004, art. 43)

Sobre el artículo en cuestión el Jurista René Bedón (2011, p. 77) ya advertía de la división y manifestó:

“En primer lugar, en cuanto a la legitimación material en causa activa, a priori, este artículo daría lugar a entender que se faculta a las personas naturales y jurídicas a solicitar indemnizaciones de daños y perjuicios por sí mismas e individualmente, es decir a demandar daños ambientales continuados, sin embargo si se lee adecuadamente, se nota que luego del término o grupos humanos se coloca una coma y luego la frase, lo que lleva a la conclusión de que el legislador pretende regular acciones de grupo y por lo tanto busca que las personas naturales, las jurídicas y los grupos humanos siempre tengan interés común para demandar.”

El presente estudio apoya el análisis citado y resulta claro que por un lado, se tendrá la acción civil de dimensión colectiva de la Ley de Gestión ambiental que protege el daño ambiental puro y es a la que se refiere el artículo 43 de la LGA y existirá en consecuencia otra acción civil ambiental que se dirija a los daños ambientales continuados en la esfera individual sobre la cual al no tener nada en específico, deberá ser tratada como ordinaria.

Esta breve reseña una vez que ha sido aclarada, da paso al análisis de la acción civil de daños ambientales desde la perspectiva subjetiva, entonces se debe tomar como punto de partida de la acción civil por daño ambiental individual a la afectación que como requisito debe darse frente a un interés privado capaz de ser individualizado y el nexo entre la conducta dañosa del demandado y la afectación subjetiva.

Lo cual es corroborado a continuación: “Los particulares solo tienen pretensiones civiles frente a otros particulares o la Administración en la medida en que la agresión medioambiental afecte a un interés privado perfectamente

individualizado (por ejemplo, la propiedad, la salud) [...]” (Ortega y García, 2013, p. 320).

Ahora bien, el daño debe poder imputarse a un sujeto determinado o como en el caso ambiental, puede que exista una pluralidad de sujetos, pues, se han dado casos en los cuales son varias las empresas que han afectado al medioambiente inclusive en forma simultánea, como sucedió en el famoso caso “Mendoza”, ocurrido en Buenos Aires. En aquel caso existió una pluralidad de empresas contaminadoras que fueron demandadas a fin de recomponer el ambiente, este problema se podría resolver en parte con la inversión de la carga de la prueba.

Por otro lado, también pueda darse el caso en el cual el sujeto afectador del medioambiente no pueda ser identificado, lo cual podría ser un inconveniente, sin embargo:

“[...] esto ya no parece ser un problema debido a que la Constitución de la República del Ecuador establece un sistema de responsabilidad objetiva y subsidiaria en donde están inmersos tanto los contaminadores como los funcionarios públicos que por acción u omisión hayan contribuido a la ejecución del daño, por tanto de no lograrse identificar al actor del acto lesivo será el Estado en última instancia quien debe responder por tales efectos.” (Guaranda, 2010, p. 86)

Ahora bien para algunos juristas la responsabilidad civil ambiental proveniente de los denominados daños continuados, operará exclusivamente cuando se afecta a un interés privado individualizable, sin que esto sea una tendencia unánime (pero al parecer es la mayoritaria), dejando de lado al medioambiente y a los intereses difusos a que sean tratados de una forma diferenciada y de preferencia ante un ente especializado.

Por el contrario otros autores manifiestan que dentro del ámbito civil también la responsabilidad debería acarrear a la reparación de daños a la naturaleza y medio ambiente, en virtud de la urgencia y el interés que tiene el medio ambiente no solo para el afectado directo sino para la sociedad en sí, lo cual no es apoyado por el presente estudio, en vista a la especialidad en términos jurídicos que requiere un caso de daño ambiental.

Al respecto parecería prudente que por la vía civil se trate exclusivamente sobre los daños ambientales continuados, en razón de la afectación patrimonial y por otro lado en razón de la especialidad se debería dejar lo pertinente al daño ambiental puro al ministerio de ramo, aquello solo como una recomendación plenamente debatible, ya que sobre este aspecto no existe nada concreto.

Se debe añadir que existe a su vez una acción de tipo constitucional, que no puede confundirse con la acción de tipo civil subjetiva, dicha acción constitucional puede originarse en razón de que se esté vulnerando al ambiente, por lo tanto, para solicitar el cese de dicha actividad, la preferencia y la lógica han marcado la tendencia de que aquello se exija a través de la denominada acción de protección, que es una garantía constitucional. Se debe enfatizar en que esta acción nada tiene que ver con la acción civil aquí tratada y pueden ser diferenciadas en razón de las pretensiones que persiguen, pero es importante conocer la acción constitucional a fin de que se tenga nociones sobre ella.

“Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Dejando claro el mecanismo usual para el cese de actividades. Se debe acotar que pese a que las vías civiles tanto para resarcir los daños a nivel colectivo o nivel individual, también existe la vía administrativa, que se asemeja a la vía civil colectiva en cuanto lo que busca resarcir y además es un medio punitivo de sanción.

La vía administrativa en su resolución podrá pedir la reparación e indemnizaciones de los intereses difusos vulnerados, es decir, la colectividad,

pero, jamás se podría inmiscuir en asuntos patrimoniales individuales, ya que ese no es su fin.

Para que exista responsabilidad la conducta lesiva de derechos, en materia ambiental deberá ser grave, es decir, más allá de lo tolerable o permisible, o del simple capricho de un supuesto afectado. Con esto se quiere enfatizar que no todo daño al medioambiente acarreará algún tipo de responsabilidad como ya se había tratado en el primer capítulo en el apartado de daño tolerable.

Es importante solo mencionar que también existe la vía penal que su fin es no dejar impune los ilícitos ambientales, y al ser una medida penal se encamina a la privación de la libertad al sujeto que es pues un peligro para la sociedad y la naturaleza de ser el caso. Será tratada a breve manera más adelante.

2.6. Responsabilidad administrativa ambiental

En materia administrativa quien se encuentra a cargo del medioambiente es el estado, de aquello da fe la Constitución de la República (2008) que indica en el artículo 399 en la parte pertinente: “El ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental [...]”

Se dilucida entonces que el Estado es quien tiene la tutela sobre el ambiente y en razón de aquello es quien debe garantizar la protección, sanción, reparación y otras medidas en relación al ambiente. Además lo dicho tiene relación con los principios de la administración pública que también se encuentran en la Constitución.

Para poder de alguna forma garantizar esta tutela, el estado queda revestido del derecho punitivo que le caracteriza en el ámbito administrativo, aquel derecho: “Se trata, en esencia, de un poder de sanción, que no es discrecional sino reglado, radicado en cabeza de las autoridades administrativas y ejercido directamente por éstas, cuando se constata el incumplimiento de los distintos mandatos que la ley impone a los administrados y a las mismas autoridades

públicas.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-632/11, Inconstitucionalidad, p. 19)

Cabe entonces hacer tres indicaciones al respecto, una que tiene que ver con quien es la autoridad administrativa en materia ambiental, para poder pasar a conocer a que se refiere la responsabilidad administrativa y que se refiere la sanción en sede administrativa.

Es el Estado quien a través de la función ejecutiva descentraliza esta competencia de regulación y control del medioambiente, por excelencia, aquella ha sido correspondida al Ministerio del Ambiente. Pero se debe mencionar que en la actualidad la ley también ha facultado la sanción administrativa a otras entidades de la función ejecutiva, como la Secretaria Nacional del Agua (SENAGUA), la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH), la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, Ministerio de Hidrocarburos, además de entidades municipales con competencia en materia ambiental, por así mencionar la gran cantidad de entidades que tienen relación con el ambiente.

Esta multiplicidad de instituciones, tienen su razón de ser en la importancia que ha adquirido el ambiente en el país, pero esto puede ser considerado como un arma de doble filo para los sujetos que hayan incurrido en responsabilidad administrativa ambiental. Ya que en vista a la multiplicidad de agentes interventores con carácter regulador y sancionador en lo que a ambiente se refiere, podría darse perfectamente casos en los cuales se sancione o se intente sancionar dos veces por la misma causa en sede administrativa, pudiendo de esta manera perjudicar al administrado. Un ejemplo de esto es la apertura de dos expedientes administrativos, uno por parte del Ministerio del Ambiente y otro por parte de la Secretaria Nacional del Agua.

Lo dicho anteriormente también tendrá relación con el campo civil, donde lo administrativo aparentemente no tendría trasfondo, sin embargo aquello será evidenciado en su debido momento.

Una vez que se conoce respecto de los órganos administrativos encargados del medioambiente que gozan del derecho punitivo, se debe pasar a conocer, que es la responsabilidad administrativa.

En una primera aproximación se conoce que “Incorre en esta responsabilidad cualquier persona física o jurídica que infrinja una normativa de carácter administrativo” (Enrique Morera Guajardo, 2010, p.105)

La norma que tiene el carácter administrativo evidentemente es la que se apareja con las instituciones de la función ejecutiva, aquella norma que vela por las relaciones entre la administración y el administrado, se deja en claro que el administrado puede ser cualquier persona, inclusive el propio estado.

Entonces resulta obvio que quien infrinja esta normativa deberá asumir su responsabilidad que además y dicho sea de paso, es entendida para el efecto como responsabilidad administrativa objetiva, empatando con los criterios anteriormente expuestos. Será entendida de una mejor manera una vez que se trate respecto de la sanción.

La sanción administrativa en materia ambiental es

“la medida penal que impone la autoridad competente como consecuencia de una infracción a la normatividad, sea por desconocimiento de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos. Siendo ello así, es claro que la sanción se constituye en la reacción ante la infracción ambiental, buscando exclusivamente castigar la actuación irregular del infractor. El carácter represivo, es entonces el fundamento sobre el que se edifica el concepto de sanción.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-632/11, Inconstitucionalidad, p. 29)

Esta sanción encaminada a castigar la infracción del administrado puede conllevar a multas económicas altas para el infractor, además de revocación de la licencia ambiental, o la paralización y cierre total de la actividad que se estaba llevando a cabo.

Se debe traer a colación antes de proseguir, que la facultad punitiva del derecho administrativo a su vez conlleva una dimensión intimidatoria y amedrentadora para todos los administrados, en razón de las fuertes multas que la ley le faculta imponer una vez que se ha constatado un daño.

Entonces sirve como medida de escarmiento para que los demás administrados, comprendan que si su actuación recae en alguna ilegalidad o ilicitud se deberán enfrentar a una multa sumamente onerosa.

Un ejemplo de estas sanciones son las impuestas por la Ley de Hidrocarburos (1978, art. 77) que señalan:

“El incumplimiento de los contratos suscritos por el Estado ecuatoriano para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, y/o la infracción de la Ley y/o de los reglamentos, que no produzcan efectos de caducidad, serán sancionados en la primera ocasión con una multa de hasta quinientas remuneraciones básicas unificadas para los trabajadores en general; la segunda ocasión con multa de quinientas a un mil remuneraciones básicas unificadas para los trabajadores en general; y, la tercera ocasión con multa de un mil a dos mil remuneraciones básicas unificadas para los trabajadores en general, la misma que será impuesta por el Director de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero de forma motivada, utilizando criterios de valoración objetivos, como: gravedad de la infracción, negligencia, daño producido, alcance de la remediación, volumen de ventas, perjuicio al Estado y al consumidor y otros que se consideren pertinentes guardando proporcionalidad con la infracción, de conformidad con lo que se establezca en el Reglamento.”

Pero la normativa administrativa no culmina sus esfuerzos con la imposición de una sanción, aquella también goza de una potestad reparadora del ambiente y para afirmar lo mencionado el jurista Morera (2010, p. 77) sostiene que la sanción administrativa: “es compatible con la exigencia al infractor de reponer la situación alterada a su estado originario, así como con la indemnización de los daños y perjuicios causados”

A su vez acreditando la postura del autor, basta con remitirse a la legislación nacional, la cual en el Reglamento Ambiental de Actividades Hidrocarburíferas (2001) señala:

“Art. 90.- Multas y otras sanciones.- Las infracciones a la Ley de Hidrocarburos o a los Reglamentos en que incurran en materia socio-

ambiental, durante las actividades hidrocarburíferas: los sujetos de control, que el Subsecretario de Protección Ambiental someta a conocimiento y resolución del Director Nacional de Hidrocarburos, serán sancionadas por éste de conformidad con el artículo 77 de la Ley de Hidrocarburos, según la gravedad de la falta, además de la indemnización por los perjuicios o la reparación de los daños producidos.”

Se evidencia que el artículo no solo pretende castigar la actuación irregular del administrado con la sanción, sino que, también busca que repare lo causado en esta misma instancia, es decir, también está facultada a ordenar medidas compensatorias.

En el caso del artículo citado, se ordena que se restaure el ambiente y cabe preguntarse entonces siendo congruentes con el tema de investigación, ¿Qué sucede cuando esa restauración ordenada en vía administrativa es cumplida por el administrado e indirectamente también repara un derecho individual?

Lo que se busca con un proceso administrativo, es que se determine si ha existido o no responsabilidad de carácter administrativo y de ser el caso sin lugar a dudas sancionar al administrado por haber infringido la normativa, además la restauración o reposición en materia ambiental.

Además es importante mencionar que mientras la reparación de tipo civil persigue reparar al perjudicado, la administración en caso de encontrar indicios de responsabilidad buscará sancionar al responsable y también tiene la potestad de exigir que el ambiente sea restaurado, que es un término distinto a la reparación.

Por último y en aras de complementar a la responsabilidad administrativa es necesario tratar y aclarar que también existe algo llamado responsabilidad de la administración que aunque suena similar, tiene otro objetivo.

2.7. Responsabilidad de la administración

En los sucesos de daño al ambiente, en lo que a sector público se refiere, siempre los daños nacen o en la mayoría de casos, de lo que es conocido como hecho administrativo. “El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en

ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos” (CSJ, Sentencia 031-2002, Casación, p. 10)

Es decir, estamos frente a un hecho de relevancia jurídica que emana de la administración pública o alguna concesión (importa en sí que se actué bajo una potestad pública), bajo la cual se ha producido un efecto y en caso de que este hecho administrativo sea productor de un daño en el ambiente se lo deberá considerar bajo la esfera de la responsabilidad administrativa.

Se había comentado que en la mayoría de casos los daños al ambiente suceden por hechos administrativos y hechos de particulares, esto quiere decir que existe una minoría de casos que no suceden por esta causa, esta minoría a la que el estudio se refiere son los denominados actos administrativos.

En primer lugar entonces se deberá conocer que el acto administrativo es “una declaración intelectual de voluntad, de decisión, de cognición u opinión” (CSJ, Sentencia 031-2002, Casación, p. 10)

A lo que se debe agregar que es una declaración unilateral productora de efectos jurídicos, entonces cabe la duda de ¿qué declaración intelectual plasmada en un papel puede afectar al ambiente? , la respuesta es inmediata, aquella declaración que en caso de ejecutarse vulnera al ambiente, manejado en la esfera de la lógica de la razón y bajo el principio de prevención y precaución.

Así por ejemplo existe la sentencia de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional del caso N° 0173-2006-RA planteada por Bustamante Barriga y otros en contra de la Ministra de Ambiente, con el objeto de que se revoque la licencia ambiental para la fase constructiva del Proyecto para el desarrollo y Producción del Bloque 31 de Petrobras. Como se ha visto ya detalladamente la licencia ambiental es un acto administrativo y en este caso en particular fue revocada mediante Acción de Amparo en vista a que no se había consultado a la comunidad de este proyecto, faltando la participación ciudadana, siendo este un requisito Constitucional.

2.8. Responsabilidad penal

Conocemos que si bien la responsabilidad administrativa en el campo ambiental es sumamente amplia, no por ese hecho se podía dejar en el vacío la responsabilidad de tipo penal en el caso de que se vulnere al ambiente de una manera tal en que resulte necesario reprimir con toda la fuerza del IUS PUNIENDI aquella actuación. Así pues en derecho comparado vemos como:

“A favor de la intervención penal también se ha mostrado el Tribunal Constitucional español en su sentencia 199/1996, de 3 de diciembre, al señalar que: “sin perjuicio del importante papel que desempeña el Derecho administrativo sancionador, el llamado Derecho penal del medio ambiente constituye la respuesta primaria o básica del Ordenamiento Jurídico a las más graves vulneraciones del equilibrio de la naturaleza.” (Ortega y García, 2013, p. 288).

No se puede dejar de lado lo relativo al bien jurídico que se protege en el derecho penal ambiental, ya que por un lado existe la corriente antropocéntrica y por otro lado la biocéntrica. Para la primera se tomará en cuenta las “[...] conductas que, a través del ataque al medio ambiente, atentan contra la vida o la salud o la integridad de las personas”. (Ortega y García, 2013, p. 289).

Es claro que para la corriente antropocéntrica una conducta atentatoria contra el ambiente será o no relevante en la medida en que se afecte a un ser humano o colectivo, sin tomar en cuenta otro tipo de agentes, es decir se toma al ambiente como una simple medida de valoración del daño en relación al ser humano.

Por otro lado la corriente biocéntrica nos dice: “el medio ambiente, en cuanto tal, es un bien jurídico, colectivo o supraindividual, que merece ser directamente protegido por el derecho penal [...] La crítica a esta concepción se centra fundamentalmente en que al proteger los sistemas naturales por sí mismos, es difícil diferenciar la protección administrativa de la protección penal.” (Ortega y García, 2013, p. 289).

El autor va más allá y pone en la mesa la discusión que se podría dar respecto a lo que podría ser la distinción de la sanción administrativa y la sanción penal, siendo el ser humano a mi punto de vista el eje de delimitación de un campo con el otro, sin embargo esta discusión ha sido superada en la actualidad por la posición mixta de las corrientes aquí tratadas.

La posición mixta respecto al bien jurídico, como se mencionó con anterioridad, para el antropocentrismo el ambiente no es más que un instrumento que ni siquiera alcanza la calidad de bien jurídico dentro del tipo penal, por otro lado el biocentrismo si otorga esta calidad al ambiente en un estado puro por así decirlo, es decir, sin necesidad de algún agente externo que lo configure como tal. Para la posición mixta el medioambiente es considerado como el bien jurídico protegido, es decir alcanza esta calidad, pero, en función de la persona.

“Desde esta perspectiva se elevan a objeto de tutela penal los recursos naturales –agua, aire, suelo, flora, fauna-sin perjuicio de reconocer que, al protegerlos, se está protegiendo mediatamente al individuo, en cuanto que de un modo u otro la afectación de cualquier elemento del ecosistema repercute, a corto o medio plazo, en las condiciones de su existencia.” (Ortega y García, 2013, p. 289).

A criterio de la investigación, el delito o ilícito ambiental indirectamente siempre afectará o incidirá de una u otra manera en la persona y otros micro y macro sistemas ambientales, razón por la cual el juzgador deberá contemplar y observar bien todos los elementos disponibles para poder juzgar sea en el campo civil, administrativo o penal con estricto cuidado de no exceder su competencia por materia. Agrego que la complejidad de este tipo de acciones hace que el juez deba examinar a profunda manera el caso, separando lo civil de lo penal y de lo administrativo, inhibiéndose en lo que escape de su competencia.

Sin embargo pueda darse el caso, teniendo en cuenta la complejidad de la materia que abordamos, que el juzgador que ha sancionado dentro de su competencia en un determinado caso, se irradie de una manera indirecta en

otra materia, para lo cual se deberá tener muy en cuenta el principio del NON BIS IN IDEM. Lo mencionado será tratado más adelante en la presente investigación.

Lo anteriormente dicho no debe ser confundido con las medidas cautelares que se pueden solicitar en cualquier materia como en la vía civil, administrativa, penal e incluso constitucional mediante la acción de protección, usado comúnmente de manera previa a una contienda legal debido a la urgencia de frenar con la continuación del daño.

2.9. Delimitación de la imprescriptibilidad

Se debe comenzar diciendo que por imprescriptibilidad se entiende: “Una acción es imprescriptible cuando el tiempo que determina la ley para ejercerla, no caduca.” (Guaranda, 2010, p. 105)

Conforme a la Constitución de la República del Ecuador, los delitos ambientales son de carácter imprescriptible, así se manifiesta en el último inciso del artículo 396 “[...] Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.” (Constitución de la República).

Esta imprescriptibilidad halla su razón de ser debido en gran medida a que el derecho a un medioambiente sano es considerado un derecho humano, de lo cual existe total acuerdo con lo que manifiesta (Peña Chacón, como se citó en Guaranda, 2010, pp. 106-107):

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

Sin embargo la Constitución es sumamente general respecto a la delimitación de la imprescriptibilidad, ya que la imprescriptibilidad es aplicable a todo tipo de daño ambiental, en cualquier vía, sea esta administrativa, penal o civil.

Y al respecto el Doctor René Bedón (2011, p. 74) ha manifestado:

“Esta norma constitucional es clara y recogiendo los principios de derecho internacional ambiental consagra la imprescriptibilidad, sin embargo no es suficientemente clara, respecto al hecho de si esta imprescriptibilidad abarca solo el daño ambiental per se o si abarca también los daños a los individuos o a la comunidad por un evento ambiental o si para estos casos continúa vigente la prescripción normal de cuatro años por acciones de daños.”

Es decir, si se lee estrictamente lo que manifiesta la Constitución se podría inferir que una persona con un interés subjetivo individualizado y afectado por una acción contaminante, podría demandar en vía civil daños y perjuicios en cualquier tiempo después de la afectación, sin un límite temporal alguno, de ahí que resulta interesante el análisis del jurista Bedón, ya que la acción por daños y perjuicios persigue resarcir patrimonialmente una afectación, dejando en segundo lugar al medioambiente, haciéndonos cuestionar de si la esfera económica se beneficia de la imprescriptibilidad ambiental y si acaso dicho sea de paso aquello es justo o por lo menos acorde a la intención de los derechos humanos.

Si bien no existe jurisprudencia respecto a si se debe diferenciar la prescripción del daño ambiental puro y el daño ambiental en la esfera civil, debería por lo menos generar una interrogante tanto para el legislador como para el juzgador.

En otros países se ha diferenciado acertadamente el aspecto patrimonial del ambiental puro como en España en la cual respecto a la prescripción de los daños continuados se nos manifiesta: “El CC dispone un plazo general de prescripción de 1 año de la acción para exigir responsabilidad civil, el cual se computa desde el día en que la misma pudo ejercitarse[...] Existen, además, algunos plazos particulares en la legislación especial, como sucede en el

régimen de daños por hidrocarburos, donde el perjudicado dispone de un plazo de 3 años desde la producción del daño [...]”(Ortega y García, 2013, p. 336).

Volviendo otra vez con la interrogante que se espera la investigación genere, la cual es encontrar la razón por la cual la Ley de Gestión Ambiental diferencia lo estrictamente ambiental, de las acciones civiles, lo dicho lo encontramos en su título VI bajo el capítulo I (artículo 41 y 42) y II (artículo 43) respectivamente, y además ante quien se pueda recurrir en caso de una afectación ambiental es distinta en daño ambiental puro y en daño ambiental civil ya que la primera se incoa ante el Presidente de la Corte Superior de Justicia del lugar donde ocurrió el daño, mientras que en el segundo caso se habla de Juez competente, dejando un segundo vacío ya que no conocemos si se refiere al mismo Juez de la Corte Superior o al Juez ordinario

Esta interrogante no afecta al campo del derecho penal, ya que el Código Orgánico Integral Penal [COIP] (2014) es claro y manifiesta en su último inciso del Artículo 75: “[...] No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y daños ambientales.”

Capítulo III. DE LA RESTAURACIÓN Y EL NON BIS IN ÍDEM.

3.1. Introducción

De manera cronológica se ha tratado de poner en la mesa, por así decirlo, los temas de interés a tratar, de una forma concatenada a fin de que sean comprensibles. Así se trató en primer lugar respecto al daño del cual se deriva la responsabilidad y finalmente queda resarcir lo vulnerado.

Es entonces una cadena de sucesos que conllevan a que cuando se ha producido un daño al ambiente por un hecho humano, se debe proceder con la imputación de la responsabilidad de quien lo haya efectuado, para continuar a subsanar lo dañado.

En este apartado es pertinente entonces, abordar sobre a qué se refiere cuando de resarcir en derecho ambiental se trata, tanto en el daño ambiental puro como en el daño ambiental continuado.

Para la esfera de daño ambiental puro que será la primera a tratar, se la dividirá de la siguiente manera siendo congruentes con la doctrina que pone de manifiesto: “Para nosotros, el régimen legal de *daño ambiental* tiene las siguientes dimensiones: 1) precautorio; 2) preventivo; 3) de recomposición; 4) de compensación ambiental; 5) indemnizatorio.” (Mosset, J. y Lorenzetti, 2009, P. 185)

Por demás está decir que tanto la precaución y prevención en este apartado han sido superadas por el daño, por lo cual será necesario centrarse en la restitución que se asemeja al término recomposición usado en otras legislaciones, además de referirse a la mitigación y reposición, para pasar por último a la indemnización.

Se pone en conocimiento que existen diversos términos de acuerdo a las etapas o formas de resarcir un daño, como es la reparación, mitigación, remediación, reposición y otras. Vale aclarar que en cada país los términos son usados de forma distinta sin ser unánimes en el alcance de la definición.

El primer término que debe ser analizado es la reparación por cuanto al parecer, sería el término genérico que engloba a los demás, sin embargo, se debe decir que la reparación está mayormente involucrada cuando al referirse de daños en la esfera civil se refiere. La mayoría de autores prefiere usar la restauración como exclusivo para referirse al ambiente y a veces dependiendo del país también se suele usar el término reparación “integral” que en algunos casos podría ser considerado como semejante de la restitución, aunque su uso no es muy correcto. Pese a todo se debe aclarar y acreditar que la reparación integral tiene raíces en la materia de derechos humanos, antes que en el derecho ambiental.

Por consiguiente sería más preciso tener en cuenta que cuando se esté hablando de reparación integral se debe conocer que se puede estar refiriendo a la indemnización por daños y perjuicios, lucro cesante, daño emergente, restitución del derecho, rehabilitación, garantías de no repetición y otros derechos personalísimos, comunes de la esfera civil y derechos humanos.

El doctrinario Julio Prieto (2013, p. 119) da la pauta para entender mejor como esta reparación integral debe ser entendida y manifiesta: “Esta institución jurídica ha sido desarrollada particularmente desde la doctrina y con el aporte esencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha fijado los parámetros de la reparación integral en relación con los derechos humanos.”

Entonces se debería análogar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] ha dicho respecto a la reparación integral en cuanto a derechos humanos y ponerlos en el plano ambiental, sin embargo, sobre aquello en hora buena la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], se ha adelantado y ha puesto de manifiesto los principios recogidos por la CIDH en su artículo 18 que señala:

“En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad

competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.” (LOGJCC, 2009)

Encontrando congruencia para lo manifestado se observa que la Constitución de la República del Ecuador (2008) al respecto señala:

“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.”

Es evidente que el estado vela entonces por repetir contra el operador del daño, pero no solo de la restitución, compensación económica, atención de la salud, mitigación, sino también, de la reparación integral.

Sería contraproducente que la Carta Magna señale en específico sobre que daño el estado puede repetir, ya que, lo limitaría en su accionar frente a quienes cometieron la afectación.

Esta reparación integral, dicho sea de paso, tiene relación con el derecho al respeto integral del cual goza la naturaleza en el artículo 71 de la misma Constitución, es así que, se entiende que quien vulnere el respeto integral debe encargarse de la reparación y restauración de ser el caso en los mismos términos.

Se debe añadir que a través de diversos autores se ha intentado hacer similar el uso de la reparación integral con la restitución, para lo cual solo importará mencionar que se debe tener en cuenta el contexto bajo el cual se usa, considerando el significado que la restitución tiene en la LGA.

3.2. Restauración

Tratándose del daño ambiental puro lo que se busca en primera instancia será que se deje al ambiente tal como se lo encontró anteriormente al daño, esto no resulta nada novedoso y así pues “[...] lo dijo la *Corte Suprema de Justicia de*

la Nación (CSJN) en el *leading case* “Mendoza”, daños derivados de la contaminación ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo, debe primeramente prevenirse (evitarse o impedirse); de consumarse, *recomponer* el ambiente dañado, y sólo en caso de daño ambiental irreversible hablar de *indemnización*.” (Mosset, J. y Lorenzetti, 2009, P. 185)

Por excelencia para el significado de restauración se debe tomar en cuenta a la LGA que al respecto manifiesta: “Es el retorno a su condición original de un ecosistema o población deteriorada.” (Ley de Gestión Ambiental, Glosario de definiciones)

Entonces resulta evidente que la restitución del daño ambiental puro al ser ajeno a la esfera tradicional de reparación de daños, no busca una forma económica de compensación en primera instancia, lo que persigue a priori es que se recupere al ambiente, al estado anterior al daño.

Se debe añadir que la restauración es en muchos casos difícil y casi inalcanzable, en razón de que el ambiente engloba características que lo vuelven irreversible una vez dañado, sin embargo, ya existen sentencias que ordenan la restitución del ambiente. (Evidentemente estarán condicionadas a las posibilidades de la tecnología y el conocimiento de la época para poder ser efectivas)

En concordancia con el párrafo anterior: “El más alto Tribunal de la República, justificado en que la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones inmediatas, definitivas y eficaces, dictó sentencia definitiva en relación a la recomposición de la Cuenca Matanza-Riachuelo y a la prevención por los daños futuros.” (Marval O’Farrell Mairal, s.f.)

También al respecto Cafferata (2004, P. 144) es congruente y dice: “Ante todo debe perseguirse la reparación en especie. Las cosas deben dejarse como si el daño no se hubiere producido.”

Se debe recordar que la restitución implica alterar el ambiente, pero es una alteración que busca la regeneración, por lo cual más allá de la decisión de un juez de restaurar el ambiente se debe también disponer, quien la va a realizar y

cada que tiempo se informará del progreso de la restauración, protegiéndola además con la supervisión de diversas entidades de control y personas capacitadas que lleven a cabo la ejecución.

La restauración puede ser solicitada mediante acción pública o popular y puede ser emitida por resolución cuando se ha recurrido a la instancia administrativa o por sentencia cuando se ha recurrido a la Corte Provincial del lugar del daño de conformidad con el artículo 43 de la LGA.

Cabe preguntarse entonces, que sucede cuando se ha ordenado la restauración e indirectamente aquella beneficia los derechos subjetivos individuales de un perjudicado, ¿cabría entonces que esta persona beneficiada indirectamente solicite por la vía civil la reparación de aquel daño indirectamente reparado, y si no procedería, sobre que daños si los podría pedir? ¿Si existe el daño ambiental de rebote o continuado, podría existir la restauración con efecto rebote?

3.2.1. Restauración al ambiente como derecho constitucional

Es importante mencionar que en la Constitución existen dos momentos cuando de referirse a restauración se trata, en un primer lugar como un derecho propio de la naturaleza:

“Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tiene 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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 72)

Del artículo precedente se puede observar la importancia que la Constitución da a la naturaleza, sin poder ser de otra manera al dotarle de derechos, debe enfatizar por la protección de aquellos en la esfera de supremacía constitucional de lo contrario no serviría de nada los esfuerzos por darle la calidad de sujeto de derechos a la naturaleza.

En la naturaleza esta restauración tiene un carácter especialista, que debe ser acreditado de una forma científica, así Wilton Guaranda (s.f.) manifiesta: “La Restauración Ecosistémica, es un tipo de restitución aplicada a la naturaleza específicamente. Busca la devolución de los derechos a la naturaleza a través de la reconstrucción ecológica desde la recuperación del tejido ecológico y sus relaciones.”

La Constitución además aclara que la restauración es independiente de la indemnización que se disponga para los perjudicados. Así como también se puede deducir que será independiente de las multas y sanciones que se le impongan al infractor como medida punitiva por parte del derecho administrativo.

La restauración también se inmiscuye de una forma directa en el ambiente en general y señala:

“[...] 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. Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 396)

Aquel tiene relevancia ya que se podría pensar que solo la naturaleza tiene derecho a ser restaurada, dejando los demás componentes del ambiente sin techo a protección, pero al ser todo el ambiente una especie de macro sistema armónico se propende por su reparación a cabalidad.

Además de la restauración, la LGA ha incluido a la reposición como una de las formas resarcitorias del ambiente y aquella puede ser asemejada a la compensación, término usado en otros países, como se verá a continuación.

3.3. Reposición

Llama mucho la atención la inclusión de la palabra reposición en la Ley de Gestión Ambiental, ya que no suele ser usada cuando a reparación del ambiente se trata, ni en jurisprudencia ni en la doctrina aquella tiene eco.

La LGA manifiesta “Es la acción de reponer el medio ambiente o uno de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado; o en caso de no ser ello posible restablecer sus prioridades básicas.” (Ley de Gestión Ambiental, 2004, Glosario de definiciones)

Se puede decir que este es un remedio en parte para el ambiente, así por ejemplo será aplicado cuando la restitución no pueda ser llevada a cabalidad y se deba velar por reponer lo que en la medida sea posible.

Es necesario recalcar que la palabra reposición solo se encuentra en el glosario de definiciones de la LGA pero jamás se apareja a artículo alguno de la misma ley, lo cual deja en el aire la intención bajo la cual el legislador le dio un espacio en la ley. En la actualidad al parecer ha sido analogada con la mitigación que por su uso ha desplazado a esta propuesta léxica dada por la ley.

3.4. Mitigación

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2012) sobre la palabra mitigar señala: “1. tr. Moderar, aplacar, disminuir o suavizar algo riguroso o áspero.”

Si conjugamos el significado de la RAE con el ambiente, se obtendrá que lo que se busca es apaciguar los efectos dañinos sobre algún factor contaminante en el ambiente, y es ahí cuando se encuentra la similitud de la mitigación con la reposición, ya que en esencia son lo mismo.

Puede ser que estas palabras se diferencien en cuanto a la fase en la cual se desenvuelven, ya que se podría pensar que la mitigación tiene relación con las medidas *ex ante* de la actividad ambiental, sea en la etapa de estudio y evaluación de impacto ambiental. Mientras que la reposición aparece después con el daño, pero aquello para la investigación no encuentra asidero. Sin

embargo, en la doctrina parecería que esa es la diferencia, de esta manera se encuentra que:

“Las medidas de mitigación ambiental tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad, cualquiera sea su fase de ejecución.”
(Gestión de Recursos Naturales, s.f.)

Como se puede evidenciar la cita corrobora lo argumentado en líneas anteriores. Se debe añadir una crítica a lo expuesto, en razón de cómo se puede observar, hay un uso indiscriminado de palabras en relación al resarcimiento por daños ambientales, se puede elaborar fácilmente una amplia lista de términos que tengan que ver con la reparación en general y restitución y aquello puede lograr confundir, más aún cuando según dependiendo del país un término no significa lo mismo que en otro. Una vez que se ha tratado, identificado y diferenciado esta parte, se puede pasar a hablar de la indemnización.

3.5. Indemnización

Esta es la última forma de resarcir un daño en la esfera de los daños ambientales puros, aparece como una forma de subsanamiento sustitutivo del ambiente, que se realiza fijando una cuantía sobre los daños, lo cual es complejo pero que de a poco se han generado ápices para poder ser determinada.

La Doctrina Argentina sostiene que: “[...] si no es factible *técnicamente* recomponer, dice la Ley 25.675, pagar una “indemnización sustitutiva”, que pasa a formar parte de un Fondo de *compensación* ambiental. (Dir. Mosset y Lorenzetti, 2009, P. 191)

Indemnizar significa: “Cantidad que debe entregarse a una persona para compensarla de un daño o perjuicio que se le ha ocasionado” (Portal Jurídico Lexivox Libre, s.f.)

En el Ecuador no existe un fondo de compensación ambiental al contrario de otros países, pero, se suele entregar el valor de estas indemnizaciones al ministerio de ramo o instituciones especializadas a fin de que ejecuten tareas

en otros lugares que de alguna manera reequilibren el daño ambiental causado en el lugar donde no ha podido restituirse el ambiente.

Ejemplo de instituciones similares a un fondo de compensación ambiental pero que por su objeto no tienen los mismos alcances son el Fondo Ambiental Quito [FAQ] y el Fondo Ambiental Nacional [FAN].

A fin de que se conozca la razón por los cuales estos dos fondos no tienen el alcance de un fondo de compensación ambiental se debe citar que, por un lado el FAQ es:

“El Fondo Ambiental es una entidad autónoma perteneciente al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, orienta sus esfuerzos a facilitar la implementación de planes, programas y proyectos, a través del financiamiento parcial no reembolsable de las propuestas que promuevan fundamentalmente, la conservación y el desarrollo sostenible local con énfasis en: el mejoramiento de la calidad ambiental de las áreas urbanas, rurales y periféricas del Distrito Metropolitano de Quito; el desarrollo de modelos de gestión para la conservación, explotación del capital natural con base territorial; la restauración y recuperación ambiental de los sistemas naturales y de la biodiversidad; la investigación científica interdisciplinaria y tecnológica relativa a la conservación de ecosistemas, la biodiversidad, los recursos naturales y la gestión ambiental.” (FAQ, s.f.)

El FAQ en consecuencia tiene un espectro de objetivos sumamente amplio y se debe tener en cuenta que su financiación no proviene de lo recolectado por medio de sanciones, sino del propio Municipio.

Por otro lado el FAN es:

“El Fondo Ambiental Nacional (FAN) es una entidad de Derecho Privado con personería jurídica propia, sin fines de lucro... El FAN tiene como objetivo principal el financiamiento de planes, programas, proyectos y cualquier actividad tendiente a la protección, conservación y mejoramiento de los recursos naturales y el medio ambiente, de conformidad con las prioridades y políticas ambientales de desarrollo sostenible establecidas.” (FAN, s.f.)

El FAN tampoco adquiere fondos de resoluciones administrativas y su campo de acción actualmente se limita a las áreas protegidas.

Pasando la breve revisión de los fondos ambientales existentes en el Ecuador, se debe poner en la mesa una inquietud que al parecer es plenamente posible, y es que en algunos casos se estará frente a una posible triple indemnización, una que cubra con el ambiente en sí mismo, otra que cubra a los intereses colectivos y otra que abarque los intereses individualizados. Aquello es perfectamente posible para el criterio de la investigación porque cada una tiene un fin distinto.

Así por ejemplo una indemnización ambiental pura podría encaminarse a usar los fondos obtenidos a fin de reforestar, la indemnización colectiva podría ser que se coloque un Hospital o escuela en las cercanías de la zona afectada donde residen los pobladores colindantes con el suceso y por último la indemnización individual perseguiría reestablecer el perjuicio patrimonial de algún afectado.

Por último se debe tratar respecto del resarcimiento de los daños ambientales continuados en la esfera individual, los cuales han sido dejados a la par de la indemnización por cuanto su intención es una compensación económica en la mayoría de casos, una compensación en la cual queda desplazado el interés común por el ambiente, por un interés individual.

Así quien ha sufrido una vulneración en su patrimonio o derechos, solicitará sin lugar a dudas lo correspondiente a daños y perjuicios, además del lucro cesante y daño emergente de ser el caso, también pueda que sienta que ha sufrido daños en la esfera extrapatrimonial como son la moral, lo psicológico, estético.

Sobre este tipo de daños se ha tratado ya en la primera parte de la investigación, razón por la cual sería contraproducente volver a tratar sobre aquellos

Al respecto de la indemnización que cubren los intereses difusos y la esfera individual, cabe preguntarse si por la vía civil un individuo puede solicitar una indemnización a la par que se tramita la indemnización colectiva en otra

instancia o incluso si la podría solicitar posteriormente en razón de no haber encontrado satisfacción en su derecho vulnerado.

3.6. De la cosa juzgada

La relación del principio Non bis in ídem con la investigación es medular, ya que con aquel se puede examinar cuando se estaría incurriendo en una doble sanción o juzgamiento por daños ambientales y cuando no se lo estaría haciendo.

No se puede desarrollar sobre el Non bis in ídem sin antes hablar de la cosa juzgada, como se verá, aquella es el nexo para que el principio enunciado haya aparecido en el derecho, se hará hincapié entonces solamente en mencionar cual es el significado de aquella y la relación que tiene con el non bis in ídem.

Así pues, en palabras de Alsina, como se citó en Castillo, (2003, p. 86) sobre la cosa juzgada manifiesta:

“Si observamos cuál es el fin que las partes persiguen en el proceso, vemos que no es otro que el de obtener del juez una declaración por la cual se decida definitivamente la cuestión litigiosa, de manera que no sólo no pueda ser discutida de nuevo en el mismo proceso, sino en ningún otro futuro (non bis in ídem); y en caso de contener una condena, pueda ser ejecutada sin nuevas revisiones. Este efecto de la sentencia, sin duda alguna el más importante, es el que se designa con el nombre de cosa juzgada que significa juicio dado sobre la Litis y que se traduce en dos consecuencias prácticas: 1o.) La parte condenada o cuya demanda ha sido rechazada, no puede en una nueva instancia discutir la cuestión ya decidida (efecto negativo). 2o.) La parte cuyo derecho ha sido reconocido por una sentencia, puede obrar en justicia sin que a ningún juez le sea permitido rehusarse a tener en cuenta esa decisión (efecto positivo)”

Se torna claro el hecho de que la cosa juzgada es la expresión final de la litis, independientemente del contenido favorable o desfavorable de la pretensión por la cual fue iniciado el proceso, lo que importa es el efecto de seguridad que brinda a posteriori para quienes han intervenido dentro de un juicio. En sus efectos aparece el Non bis in ídem como un guardián que vela por que sobre lo juzgado no se vuelva a juzgar, que se mantenga inmutable lo resuelto, que se haga respetar la decisión de una autoridad revestida de un poder judicial.

Ahora bien para que la cosa juzgada surta efecto se deben considerar tres parámetros que la doctrina llama como “los límites de la cosa juzgada”, que dicho sea de paso, también inciden de manera directa en la aplicación del non bis in ídem.

La primera es la identidad de personas que “Consiste en que las partes que intervienen en ambos juicios sean las mismas, pero esto ha de entenderse de las partes en el sentido material y no de las partes en el sentido formal [...]” (Castillo, J., 2003, p. 155)

Este límite resulta uno de los que mayor cuidado se tiene que advertir, ya que si se lo toma bajo la esfera civilista clásica, bajo la cual fue creado, no se podría empatar en criterios con los nuevos desafíos que plantea el derecho ambiental. Se debe añadir entonces que en derecho ambiental cuando se ha generado daño ambiental y más importante aún, cuando aquel ha sido reparado, pueden existir partes que sin haber intervenido en juicio alguno, se beneficien indirectamente de la resolución o sentencia y sean reparados en cierta medida.

El presente estudio considera que dichas personas, son partes en algún modo, ya que al beneficiarse indirectamente de alguna reparación pierden en sí uno de los requisitos para exigir el daño, que aquel a la fecha de la pretensión no haya sido reparado. Entonces estas partes beneficiarias indirectamente de la reparación deben ser tomadas en cuenta para el efecto de cosa juzgada y non bis in ídem sin lugar a duda.

El segundo parámetro es la identidad de causa, que quiere decir “[...] que el hecho que el actor hace valer como fundamento de su acción, sea el mismo en ambos casos.” (Castillo, J., 2003, p. 278)

De la misma manera que el parámetro antes analizado debe tenerse en cuenta la nueva dimensión del derecho ambiental, para así adecuarse a la nueva realidad que aquel derecho genera. Así, el hecho que el actor hace valer en un proceso ambiental siempre tiene que ver con la contaminación o cualquier hecho humano bajo el cual se haya dañado al ambiente, la razón siempre va a

ser la misma pero lo que puede variar es el derecho que se quiere sea reparado, como se trata a continuación.

El último requisito de la cosa juzgada es la identidad de las cosas, “[...] que significa lo que se haya demandado en el primer juicio sea lo mismo que se pide en el segundo” (Castillo, J., 2003, p. 278)

Aquí entonces se debe dar cuenta que en un proceso administrativo ambiental, una parte podría solicitar que se restaure un área de tierras, en la cual se incluya una propiedad de un tercero, si el tercero quisiera volver a demandar sobre la reparación de esas tierras vale preguntarse si las cosas bajo las cuales se quiere demandar son similares a las que ya fueron tratadas. Hay que ser claros en que la cosa juzgada debe ser sumamente específica y clara sobre lo que ha resuelto, dejando a salvo derechos que puede aún no hayan sido reparados.

3.7. El non bis in ídem como eje de la seguridad jurídica

Se debe entender en consecuencia de todo lo expuesto que el Non bis in ídem, resulta una garantía para las personas dentro de un estado de derecho, desconocer su necesidad de aplicación en casos concretos, resulta en la vulneración a la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica debe ser entendida como: “La estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho.” (Cabanellas, G., 1998, p. 329)

En la Constitución de la República del Ecuador (2008) el principio Non bis in ídem se encuentra en el capítulo octavo referente a los derechos de protección, específicamente en el artículo 76 numeral 7 literal i) señalándose que: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.”

La constitución plantea un problema al tratarse del tema en cuestión ya que señala de manera clara que para que proceda la prohibición de juzgar más de una vez se debe tener en cuenta a la materia. Ahora bien, la materia administrativa ambiental en nada tiene que ver con la materia civil, lo que generaría un problema, sin embargo, al parecer la Constitución no pretende ser del todo rígida al respecto, ya que por materia se podría entender más allá de las ramas del derecho a su intención en sí, como por ejemplo en el presente caso todo se encuentra dentro de la esfera de reparación de daños que se encuentra tanto en lo civil como en lo administrativo.

Esta manera de interpretar el artículo enunciado en la constitución se sustenta en la ya mencionada necesidad de concebir los problemas del derecho ambiental dentro de una nueva perspectiva doctrinaria, en razón de su carácter único y diferenciado de otras ramas del ordenamiento jurídico.

La Constitución al ser garantista, debe velar por la no vulneración de los derechos e interpretarse de la forma adecuada, acorde al espíritu del legislador, por lo cual se estima que este problema puede ser resuelto con un análisis de ponderación, teniendo en cuenta la importancia a la seguridad jurídica de los sujetos de derecho.

3.8. El non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador ambiental y civil.

Finalizado lo pertinente en cuanto a la cosa juzgada y a la seguridad jurídica, se puede pasar a tratar sobre el alcance y contenido respecto al principio Non bis in ídem que como manifiesta Trayter (Como se citó en Martínez, J., 2012, p. 113):

“[...] encierra un tradicional principio general del Derecho con un doble significado: de una parte, su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, y de otra parte es un principio procesal en virtud del cual un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, no pueden darse dos procedimientos con el mismo objeto.”

Se tiene entonces que destacar esta doble esfera de protección del non bis in ídem, por un lado tiene una relación garantista procesal que impide tan solo la

idea de iniciar un nuevo proceso que ya ha sido resuelto y por otro lado en su esencia material impide la doble sanción o imposición por algo ya reparado.

Es por esta razón que aquellos parámetros vistos en la primera parte sobre la cosa juzgada son medulares para poder determinar si procede o no el principio non bis in ídem. En la presente investigación basándose en la lógica se ha argumentado en repetidas ocasiones, por la contextualización que deben tener los parámetros o límites de la cosa juzgada en la dimensión del medioambiente.

Se había dejado planteada la posibilidad de que se pueda reparar el daño ambiental en vía administrativa por ejemplo, dejando la posibilidad de que aquella reparación incida de una manera indirecta en la posible vulneración de algún perjudicado en su esfera individual patrimonial privada, como si de un efecto rebote en la reparación se tratase, este ejemplo siempre ha sido usado con la intención de que conociéndose que ya ha existido un derecho reparado de rebote se evite la posible doble sanción o enjuiciamiento.

Esta posibilidad de doble sanción o juzgamiento ya ha sido advertida por la propia doctrina nacional, y al respecto Larrea y Cortez (2011, p.157) señalan:

“En los casos de reparación en la vía administrativa surge la inquietud respecto de la posibilidad de que un sujeto particular pueda intentar las acciones civiles a las que nos hemos referido anteriormente. Este tema no está resuelto en la legislación ecuatoriana y con seguridad será motivo de controversia en las acciones civiles que se presenten en el futuro, especialmente si el responsable del daño ha sido previamente sancionado por la autoridad administrativa y ha ejecutado las tareas de reparación necesarias.”

Sin decirlo en forma directa, el autor ya comprende la problemática que se deriva de dejar abierta la posibilidad de que no exista una prohibición previa de non bis in ídem sobre los daños ambientales continuados, que puede ser que ya hayan sido reparados por un efecto rebote, que el autor no alcanza a plantear pero tiene una noción.

Ahí la importancia de la relación y el quid del asunto en la presente investigación, bajo el principio non bis in ídem se tiene claro que existe una

dualidad protectora, de un lado impedir la doble sanción y de otro impedir incluso el doble juzgamiento, es decir, ni siquiera permitir que quien ya ha reparado se vuelva a encontrar dentro de un tedioso y oneroso proceso legal.

De lo dicho da fe el Dr. José Muñoz Lorente (2001, p. 39) refiriéndose al non bis in ídem menciona que: “Tradicionalmente el principio se reducía única y exclusivamente a su vertiente material, esto es, a la prohibición de la doble sanción por unos mismo hechos, sin que conllevará la prohibición de la realización de dos o más procedimientos, ni, por supuesto, subordinar la actuación sancionadora de la Administración a la previa intervención de los Tribunales penales.”

Por demás está decir que en la actualidad esta doble corriente de protección del non bis in ídem es la que ha prevalecido, tanto la material como la procesal, pero se debe mencionar que pese a la existencia de la vertiente procesal muchas veces el juzgador recién en la fase sancionatoria se da cuenta que esta frente a un caso de non bis in ídem, así que en palabras de Benlloch, se debe tener claro que “la vertiente procesal del principio no garantiza que no sea posible vulnerar la material.” (Benlloch Petit, como se citó en Muñoz, J., 2001, p. 39)

Continuando con el análisis de estas vertientes, procesal y material, se debe decir que la doctrina y justicia española ya han examinado el presente problema enfrentando al derecho administrativo y al derecho penal, de la competencia ambiental, a diferencia del presente trabajo que propugna por la relación de la prohibición de doble juzgamiento o sanción en lo administrativo y civil, sin decir por eso que no sea relevante, ya que es menester que aquel aporte de la sociedad española sea tomado en cuenta.

Para que se pueda entender de una mejor manera el caso que será citado a continuación, es menester conocer la dimensión de la vertiente procesal del principio Non bis in ídem, y al respecto Muñoz (2001, pp. 40-41) manifiesta:

“Resumiendo se podría decir que la vertiente procesal del non bis in ídem, cuando un mismo hecho pueda ser constitutivo de delito y, a la vez, de una infracción administrativa y exista esta triple identidad, implica: [...] la prohibición de sometimiento a un doble proceso sancionador dado que ese

doble enjuiciamiento –administrativo y penal- podría llevar a vulnerar la vertiente material del principio; [...] la preferencia en el análisis y enjuiciamiento de los hechos por parte de la jurisdicción penal; [...] la preferente imposición de la sanción penal [...] y el consiguiente bloqueo de una posterior sanción administrativa si concurre la triple identidad a que antes se ha aludido; [...] prohibición absoluta de imposición de la sanción administrativa si el Tribunal penal ha declarado expresamente los hechos como no probados.”

Se debe tener en cuenta el énfasis que el actor hace notar sobre la triple identidad que antes se había tratado en la cosa juzgada, además se debe tener en cuenta que conforme a los efectos de la vertiente procesal en España la supremacía de lo penal sobre lo administrativo es sumamente importante y tiene relación con el caso que se verá, además en razón de esta supremacía el autor se pregunta:

“¿qué ocurre cuando la Administración no ha respetado la vertiente procesal del principio?, esto es, cuando la intervención sancionadora de la Administración se produce con anterioridad al enjuiciamiento penal y, además, esa sanción administrativa es firme ¿sigue resultando operativa la vía atractiva de la jurisdicción penal, aun a costa de que con la misma se impongan dos sanciones por los mismos hechos y con idéntico fundamento?” (Muñoz, J., pp. 42)

Analizando aquella pregunta en primer lugar es evidente que habla de la relación del derecho administrativo sancionador y el derecho penal, pero aquello no quita que tiene mucha relación con la investigación aquí llevada a cabo. La pregunta para el autor surge a raíz de un proceso en el cual la administración se adelanta a la materia penal, emite su resolución y queda firme, entonces el autor trae a colación el caso 177/1999 del Tribunal Constitucional de España del cual se tratará de resumir y concretar su aporte al presente trabajo.

3.9. Análisis comparado del non bis in ídem en el derecho ambiental

3.9.1. Análisis del caso español 177/1999 STC:

La Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña, sancionó a la empresa Industria de Recubrimiento de Metales Lloreda, S.A. (IRM Lloreda, S.A.), con

una multa de un millón de pesetas, en vista de que la empresa mencionada se encontraba contaminando la cuenca del río Congost, debido a que vertía aguas residuales altamente contaminantes que desembocaban en el río. La resolución emitida por la Junta de Aguas quedo en firme al no ser apelada, se procedió con el pago de la multa y con la reparación de la cuenca del río Congost por parte del administrado. Posterior a esto la propia Junta de Aguas, remite oficio poniendo en conocimiento de lo actuado a la fiscalía a fin de que determine si ha existido algún delito penal para que se proceda a sancionar, la fiscalía inicia un expediente que es llevado a juicio y en el juzgado penal se vuelve a sancionar a la empresa con el siguiente argumento:

- “La no paralización por la Administración del expediente sancionador y la imposición de la sanción administrativa no podía significar la destipificación penal de los hechos, dada la preferencia de la vía jurisdiccional, en consecuencia lo condena a arresto mayor de dos meses al representante y al pago de un millón de pesetas, sin embargo, a fin de evitar la doble sanción por los mismos hechos, el juzgado imputó al pago de la multa penal lo ya pagado en la vía administrativa.” (TCE, 1999)

El administrado apela de la sentencia emitida por el juzgado y sube a grado provincial, volviendo a denunciar la infracción al non bis in ídem. Por sentencia se rechazó el recurso y se confirmó íntegramente la sentencia emitida por el inferior. Por lo cual el administrado interpuso recurso de amparo al Tribunal Constitucional de España [TCE] y aquí viene la parte medular expuesta por el tribunal:

- “La clave, pues, para la adecuada decisión acerca de la queja planteada mediante el presente recurso de amparo radica, para decirlo con palabras del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal "en determinar si los Tribunales penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debieron absolver al acusado para no incurrir en el non bis in ídem, o entendiendo

que su primacía judicial no podía ser cedida, actuar de la manera condenatoria reflejada más arriba.” (TCE, 1999)

El tribunal comienza por cuestionar si la supremacía de lo judicial sobre lo administrativo, justifica o no, que se haya sancionado al imputado en una nueva ocasión por parte de la justicia ordinaria.

- “Así las cosas, la perspectiva que en sus Sentencias condenatorias han considerado los órganos judiciales ha sido la meramente procedimental en que cristaliza la vertiente procesal del *ne bis in ídem*, desatendiendo a su primordial enfoque sustantivo o material, que es el que cumple la función garantizadora que se halla en la base del derecho fundamental en juego.” (TCE, 1999)

Pone de manifiesto el hecho de que existiendo dos vertientes del principio *non bis in ídem*, se ha optado solamente por la vertiente procesal sin hacer consideración alguna a la material que en sí, tiene por finalidad evitar la doble sanción.

- “De lo anterior se desprende que, en el ámbito constitucional cuya determinación nos incumbe, a la hora de tutelar adecuada y eficazmente el derecho fundamental a no ser doblemente castigado (*ne bis in ídem*) que ostentan los ciudadanos y garantiza el art. 25.1 C.E., la dimensión procesal antes referida no puede ser interpretada en oposición a la material, en tanto que esta última atiende no al plano formal, y en definitiva instrumental, del orden de ejercicio o actuación de una u otra potestad punitiva, sino al sustantivo que impide que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos.” (TCE, 1999)

Las vertientes que tiene el principio *non bis in ídem* deben estar en armonía, pero en el caso de que la primera falle, siempre estará la vertiente material para asegurar que no se vulnere los derechos del afectado.

- “Las razones expuestas conducen a entender vulnerado, por las Sentencias condenatorias de las que trae causa este amparo, el derecho fundamental del Sr. Lloreda Piña, inculcado en la causa penal por delito

contra el medio ambiente tipificado en el art. 347 bis del Código Penal de 1973, a no ser doblemente castigado por unos mismos hechos (art. 25.1 C.E.), al haber sido administrativamente sancionado con anterioridad por aquéllos, en resolución administrativa firme dictada antes incluso de la apertura del proceso penal.” (TCE, 1999)

Dicho lo referente a las vertientes y a la imposibilidad de que aquellas se encuentren en oposición, el tribunal entiende que se está vulnerando en sus derechos, al afectado.

- “A esta apreciación no cabe oponer que la Junta de Aguas incumpliera su deber legal de suspender el procedimiento sancionador y dar traslado del hecho a la jurisdicción penal por si el vertido contaminante fuese constitutivo de delito. Tal incumplimiento producirá, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero su inobservancia nunca podrá alterar el contenido del derecho fundamental al ne bis in ídem del sujeto infractor (art. 25.1 C.E.), ajeno por completo a dicho incumplimiento, y en cuya esfera jurídica no debe repercutir el mismo.” (TCE, 1999)

Este punto resulta primordial en el análisis que realiza el Tribunal Constitucional Español, en razón de que manifiesta, que en el caso de existir normativa que haga que el derecho administrativo se abstenga de sancionar hasta que se sancione en primer lugar por parte de la justicia ordinaria penal, aquello no es relevante en el presente caso. Lo que si resulta relevante, es que, sea que se sancione en la vía penal o en la vía administrativa se vele por que no se sancione dos veces al afectado cuando exista triple identidad.

- “Además, cumple recordar que no estamos ante un conflicto jurisdiccional trabado entre los órganos de la Administración autonómica y los del orden jurisdiccional penal, susceptible de dirimirse con arreglo a criterios de prevalencia de uno u otro poder público, sino, más sencillamente, ante la improcedencia de una condena penal, pronunciada en relación con una conducta cuya sanción administrativa

firme se había ya producido, constándole esa circunstancia a los Tribunales sentenciadores que, al condenar, ocasionaron un doble resultado aflictivo proscrito por el derecho fundamental cuyo amparo nos impetra el recurrente.” (TCE, 1999)

Por ultimo pone de manifiesto que exclusivamente en el presente caso se está tratando sobre la vulneración del principio non bis in ídem de un ciudadano y no de un problema de jurisdicción, dando cuenta la importancia de los derechos fundamentales sobre los problemas estructurales de la función judicial española.

De este análisis, el Tribunal español decide fallar a favor del accionante del recurso y estima que se le ha vulnerado el derecho a no ser juzgado más de dos veces por la misma causa.

Es clara la similitud del caso con la presente propuesta, además se debe decir que esta sentencia es considerada un pilar para la comprensión del Non bis in ídem en España.

Se debe decir que si esta sentencia pudo ser atendida en un conflicto administrativo-penal, con más razón aún, se puede comprender su aplicabilidad en el campo administrativo-civil. Su aplicabilidad evidentemente se condicionará a la triple identidad de sujetos, hecho y fundamento, pero estos tres requisitos en la dimensión ambiental y en razón de la acción pública sobre los daños ambientales en el Ecuador, debe ser entendida con los caracteres propios que nuestro derecho requiere, así pues, se expuso en líneas pasadas.

Sobre el análisis que realiza el Tribunal Constitucional Español en lo referente a las vertientes procesal y material del principio non bis in ídem, se debe siempre en el ejercicio de la ponderación velar por la supremacía de la vertiente material en última instancia y sobre todo por entrar a considerar sobre si se está violando o no un derecho fundamental del afectado.

Siendo la investigación un poco atrevida en varios pasajes, se ha manifestado respecto de un ejemplo en el cual el contaminador repara íntegramente al ambiente en una zona determinada, beneficiando indirectamente a un afectado.

Sobre aquel beneficio que ha recibido el afectado no se podría bajo ningún concepto solicitar una nueva reparación por que se estaría incurriendo en non bis in ídem, sin embargo, existen otros derechos de daños de los cuales el afectado si podría ser resarcido, ajenos a los ya reparados.

Por esta razón el juzgador tiene una tarea que requiere de sumo cuidado y diligencia a fin de que en el caso de existir una resolución en algún proceso administrativo por daño ambiental, conocer si aquella fue ejecutada o si se continúa ejecutando, además tener en cuenta sobre lo que ya ha sido reparado al supuesto vulnerado, y por ultimo estimar los puntos sobre los cuales aquella resolución no ha reparado y sobre aquellos resolver.

En consecuencia la presente sentencia por todas las razones expuestas, acredita el motivo de la investigación y debería ser tomada en cuenta al momento de aplicar el non bis in ídem no solo en casos ambientales, sino, en casos en general.

Con posterioridad a este caso, en España se crea la Ley de Responsabilidad Medioambiental (2007), que en la parte pertinente con la investigación, señala en el segundo inciso del artículo 5:

“Artículo 5. *Daños a particulares.*

2. Los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley. El responsable que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda.”

La ley tiene su razón de ser y se encuentra en consonancia con lo ya manifestado en la jurisprudencia antes analizada del Tribunal Constitucional Español, se debe solo añadir que la Ley en mención es puramente ambiental, que en nada tiene que ver con los derechos patrimoniales privados, sin embargo, aquella es consciente de los alcances que puede tener la reparación ambiental y busca prever que no suceda un incidente de doble reparación, es

decir, esta ley materializa lo decidido por el Tribunal Constitucional Español en el caso analizado.

Ya que se ha traído a colación la presente Ley, es imposible no mencionar que aquella es sumamente específica en cuanto a la delimitación que abarca, usa las palabras concretas a fin de no caer en ambigüedades, como lastimosamente a consideración de esta investigación la legislación ecuatoriana si lo hace, a través del Código Orgánico General de Procesos [COGEP], lo expuesto se encuentra desarrollado en las conclusiones.

3.9.2. Análisis del caso colombiano c-632/11.

De otro lado, en Colombia respecto al *Non bis in ídem* en relación al planteamiento propuesto por la presente investigación, resulta importante analizar la sentencia C-632/11 de la Corte Constitucional Colombiana.

A diferencia de lo sucedido en la legislación española, en el presente caso, no se trata respecto de un caso entre particulares, sino de la intención de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 31 y 40 de la Ley 1333 de 2009.

Sobre los artículos que se demandan, se debe mencionar que aquellos se refieren respecto al procedimiento sancionatorio ambiental, y en suma resultará beneficioso tratar solamente sobre el artículo 31 de la impugnada ley:

“Art. 31.- Medidas Compensatorias. La imposición de una sanción no exime al infractor del cumplimiento de las medidas que la autoridad ambiental competente estime pertinentes establecer para compensar y restaurar el daño o el impacto causado con la infracción.” (Ley 1333, 2009)

Sobre el presente artículo el demandante sostiene que las medidas compensatorias en nada tienen que ver con la potestad de sancionar, sino, que son exclusivamente de carácter reparador y, por otro lado, manifiesta:

“que al autorizarse dentro del proceso sancionatorio la reparación de los perjuicios causados al medio ambiente, y, al mismo tiempo, permitir el ejercicio de la acción civil para reparar esos mismos daños, se vulnera el principio del *non bis in ídem* [...] debido a que un solo hecho constitutivo de infracción al ambiente genera dos procesos distintos con igual pretensión, y la consecuencia de ello es una doble indemnización de perjuicios: la ordenada por la autoridad administrativa ambiental y la ordenada por la

autoridad judicial correspondiente.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-632/11, Inconstitucionalidad, p. 9)

Se puede denotar que para el accionante, ni siquiera podría ser una posibilidad que la Ley 1333 pueda resolver respecto de la reparación de daños ambientales en sede administrativa, ya que aquello le pertenece a otras esferas jurisdiccionales y presupone que la sola existencia de la norma acarrearía en consecuencia la vulneración del principio *non bis in ídem*.

Sin embargo para la presente investigación el criterio del accionante, si bien resulta interesante, también resulta un poco apresurado. La posibilidad de que existan casos de *non bis in ídem* en razón del artículo 31 de la Ley 1333 es eminente, pero no podría ser justificativo bajo ningún concepto para que aquella no exista o que se declare inexecutable en palabras del accionante, ya que no existe fundamento para no creer en la coexistencia de la norma administrativa y civil.

La vulneración al *non bis in ídem* por consiguiente no se genera por la existencia de esta ley, sino que, podría darse ya en la esfera del poder judicial. Al aplicar mal la normativa, pero esto no es razón suficiente para que en sede administrativa no se pueda ordenar la reparación del ambiente, más aún, en vista a la importancia del mismo en la legislación y la necesidad de que este sea protegido fuertemente.

Solo para concluir con el análisis del caso, se debe añadir que la Corte Constitucional de Colombia declaró executable a la Ley 1333, fundamentando por ejemplo que:

“En diferentes pronunciamientos, la Corte ha explicado que, en el Estado contemporáneo, los deberes y obligaciones de los particulares y las funciones de los servidores públicos, se han incrementado notablemente y, con ello, también el repertorio de infracciones en que se ven comprometidos unos y otros. Tal hecho ha conducido a que la represión de los ilícitos, que correspondía de manera exclusiva a la Rama Judicial, a través de la justicia penal, tenga ahora que ser compartida con autoridades administrativas de diverso orden, en virtud del principio de colaboración armónica, ante la imposibilidad de los primeros para asumir el conocimiento y juzgamiento de todo tipo de infracciones.” (Corte

Constitucional de Colombia, Sentencia C-632/11, Inconstitucionalidad, p. 19)

En conclusión, si bien se entiende respecto de la noción que tiene el accionante de la posible vulneración que podría darse con la Ley 1333 al Non bis in ídem, la presente investigación considera que no es la manera adecuada para que se evite la vulneración a dicho principio, aquello no puede ser agotado en la vía legislativa, sino que, evitar dicha vulneración le corresponde al poder judicial y administrativo, siempre teniendo en cuenta la motivación como ya sucedió en el caso español.

De todo lo aquí analizado se debe tener claro que el principal aporte de esta investigación es generar la conciencia de que en materia ambiental, el daño ambiental puede ser tratada por diversas ramas del derecho en general, no solo la administrativa, civil o la penal. Y que en razón de esa multiplicidad de ramas del derecho en las cuales puede incoarse, solicitarse, sancionarse, compensarse un derecho vulnerado en materia ambiental, se debe tener en cuenta al non bis in ídem como un límite de lo ya resarcido, sin importar que aquello se inmiscuya en otras ramas del derecho.

Evidentemente siempre teniéndose en cuenta que exista la tripe identidad de requisitos en la cosa juzgada, y haciendo un análisis amplio por parte de los juzgadores, yendo más allá de la literalidad de la norma, comprendiéndola en un sentido amplio, como sucede en otros países.

Se debe tener en cuenta entonces que la mayoría de autores en materia ambiental han hablado de los daños clasificándolos en daño ambiental puro y continuado, pero en su esfuerzo por clasificar los daños han olvidado sus efectos y es lo que en este trabajo se ha evidenciado, proponiendo la existencia de la reparación ambiental continuada o de efecto rebote, que se impregna en diversas ramas del derecho y que puede ser susceptible de cobijarse bajo el principio del Non bis in ídem.

Se había dejado planteado en el capítulo segundo, sobre responsabilidad la pregunta de ¿Qué sucede cuando esa restauración ordenada en vía

administrativa es cumplida por el administrado e indirectamente también repara un derecho individual?

La respuesta después de todo lo analizado, nos lleva a la conclusión de que por medio de la vía administrativa se ha reparado indirectamente lo que por la vía civil podría haber recurrido un afectado, quedando esta reparación protegida por el principio de Non bis in ídem, pero también quedando resguardados las posibles demandas del afectado en todo derecho que no haya sido reparado.

Se debe mencionar además que en el desarrollo del presente trabajo fue creado el Código Orgánico General de Procesos [COGEP] que parecería recoge la propuesta de esta investigación, sin embargo, debido a la confusión que presta su semántica y la forma como fue copiado de la legislación española la propuesta aquí planteada, ha abierto una posibilidad a la crítica y a la forma bajo la cual esta investigación cree debían haber constado los artículos.

Por este motivo el último capítulo de esta investigación ha sido modificado a fin de analizar los artículos 38, 39 y 40 del COGEP, y a su vez de existir un problema, evidenciarlo.

Capítulo IV. EL COGEP FRENTE A LA NECESIDAD DE EVITAR CASOS DE NON BIS IN ÍDEM EN MATERIA AMBIENTAL.

La inclusión del ambiente y la naturaleza en el COGEP no fue considerada, sino, hasta recién el segundo debate en la Asamblea Nacional. En la cual se añadió un capítulo referente a la representación de la naturaleza y subsecuentes normas, entonces no queda más que analizarlas y hacer una comparativa con la fuente de donde fueron imitadas y si esta propuesta se adecua con el presente trabajo.

“CAPITULO II **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. El Defensor del Pueblo responderá conforme con la ley y con este Código. 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.” (COGEP, 2015)

El artículo en cuestión no hace otra cosa más que designar de forma expresa a quienes tienen la representación sobre la naturaleza, de una forma u otra en virtud del artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental, aquello ya podía ser intuido, sin embargo, se estima que añadir la designación de la representación de la naturaleza de forma positivizada era necesaria, en razón de la importancia de la naturaleza dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien la Constitución ya había reconocido a la naturaleza como sujeto de derechos, era fácil percibir que esta ficción jurídica se asemejaba a la de una persona jurídica que necesita la representación de un ser corporal de derechos a fin de ser quien intervenga por aquella. La representación es congruente con la acción pública y popular que se había otorgado para denunciar infracciones ambientales y reconoce a toda persona natural y jurídica, además del defensor del pueblo como representantes, todos estos posibles intervinientes encuentran su razón de ser en virtud de la magnitud y necesidades sui generis de la protección ambiental.

De otro lado, el artículo 38 siendo congruente con la investigación, al fin ha diferenciado de manera expresa a los daños ambientales puros de los daños continuados civiles, y manifiesta que deben ser tratados por cuerda separada, problema que había sido advertido en el capítulo referente a la responsabilidad de la presente investigación.

Este artículo en especial es el único que no ha sido copiado de la Ley de Responsabilidad Medioambiental Española. Como se apreciará, los siguientes dos artículos tienen mucha semejanza con los artículos de la ley nombrada, y llama mucho la atención que en un intento de marcar una pauta de originalidad se ha distorsionado el alcance que se pretendía dar a aquellos.

“Art. 39.- Medidas. 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 este capítulo. Las medidas remediadoras, restauradoras y reparadoras de los daños ambientales, así como su implementación, se someterán a la aprobación de la autoridad ambiental nacional, En el caso de que no existan tales medidas, la o el juzgador las ordenará.” (COGEP, 2015)

Del análisis del presente artículo del COGEP surge la primera inquietud, ¿Cuáles son las acciones descritas en este capítulo? Ya que la norma es clara y dice que no será necesario tramitar las acciones de este capítulo, pero tal vez la única acción que encasilla el presente capítulo es la repetición que tiene el estado frente al operador del daño que se encuentra en el artículo siguiente.

Y en el supuesto de que por acciones, se refiera a las acciones reparadoras del presente artículo, cabría preguntarse ¿Por qué añade la norma acciones que ya existen y son recogidas en la Ley de Gestión Ambiental?

Por otro lado, se refiere a que las medidas reparadoras en general se someterán a la aprobación de la autoridad ambiental nacional, es decir, el Ministerio del Ambiente, pero es claro que si son sometidas a aprobación, es debido a que no existen, más aún, tratándose de lo variable y diferenciado del daño ambiental según el caso.

Entonces por simple lógica va a resultar, que lo que se quería decir es que las medidas reparadoras que el juzgador resuelva deberían ser sometidas a la

aprobación del Ministerio del Ambiente, pero aquello debido a su redacción provoca una confusión.

El artículo además, al parecer tiene la intención de evitar casos de non bis in ídem, pero debido a su redacción es sumamente limitado, ya que se trataría de casos de non bis in ídem frente a lo descrito exclusivamente en los artículos que abarcan el capítulo segundo del COGEP. Algo que al parecer se resolvería con el artículo 40 del mismo cuerpo, pero se adelanta que dicho artículo no disipa las dudas.

Por todo lo expuesto se debe analizar al artículo 39 del COGEP frente a su fuente originaria que es la Ley de Responsabilidad Medioambiental Española, se debe advertir que a aquella ley la componen 49 artículos y 6 anexos para conocer que en aquella su realidad es distinta y sí existen acciones, a diferencia de los 3 artículos sobre naturaleza y ambiente contemplados en el COGEP.

El artículo 39 descrito en el COGEP fue tomado por el legislador nacional del inciso 3 del artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental de España, artículo que por cierto se titula “Concurrencia entre la responsabilidad medioambiental y las sanciones penales y administrativas.” Que sin duda tiene raigambre en el caso español que fue citado en la investigación y manifiesta.

“3. Si por la aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley.” (Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental.)

El inciso tercero pone de manifiesto que solo no será necesario tramitar las actuaciones de esa ley, siempre y cuando la reparación haya sido llevada a costa del responsable, ya que si la reparación no ha sido llevada a cabo de esta manera, se está salvaguardando el derecho de repetición del estado, algo que por suerte la Constitución del Ecuador proclama, caso contrario el capítulo segundo del COGEP caería en una contradicción.

El inciso de la norma española se queda ahí y no añade nada más, mientras que la normativa nacional añade lo referido a la aprobación de medidas reparadoras que lo único que logra es confundir.

Del análisis del artículo 39 queda claro que no se hace otra cosa que generar dudas, que haber sido incluido en el COGEP en último momento es palpable por cuanto la norma en sí dice poco y lo dice de una manera confusa, su espectro de non bis in ídem es limitado e insuficiente y tal vez era mejor que se encuentre en el Código Orgánico de la Naturaleza que se encuentra actualmente en proyecto, ya que allí tendría más sentido.

Queda entonces analizar el posterior artículo que al parecer tendría más relación con la propuesta del trabajo.

“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.” (COGEP, 2015)

El artículo presente tiene en su esencia relación con la intención de evitar la doble reparación, es decir que se tenga en cuenta la prohibición de juzgar dos veces por la misma causa, pero a consideración de esta investigación el artículo adolece de un error de semántica, y además, se considera que en este artículo en específico, la copia textual de lo manifestado en la legislación española era lo correcto.

Cuando el artículo se refiere a la prohibición de doble recuperación de indemnizaciones, aparece el primer problema, ya que se debe tener en cuenta que la indemnización no es la única forma en la cual un afectado pudo haber sido reparado de algún daño.

Entonces limita la prohibición de doble juzgamiento a la indemnización, sin considerar otras posibilidades, algo que no sucede en la legislación española y es que sin duda alguna, un término más acertado hubiese sido el mismo que se encuentra en la citada ley española, que se denomina “prohibición de doble reparación”. Englobando diversas posibilidades y no solo de manera exclusiva a la indemnización, pudiendo de esta forma vulnerar el principio non bis in ídem en otras formas de reparación, que es justamente lo que se intenta proponer en el presente trabajo investigativo.

El uso del término “recuperación”, no resulta coherente, ya que no hace otra cosa que dificultar la comprensión de lo que realmente la prohibición quiso decir.

Así las cosas, se debe decir que recuperar es “1. tr. Volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía.” Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2012). Entonces se pensaría que el mejor uso de la palabra recuperación sería para quien haya entregado dos veces una indemnización sin justa causa, esta parte evidentemente intentará “recuperar” la indemnización que fue entregada sin una causa legal, pero a quien ya fue reparado su derecho lo que se le debe prohibir expresamente es que no pueda ser reparado más de una vez por la misma causa.

Para la presente investigación sin lugar a dudas existe un problema semántico en el artículo 40 del COGEP, ya que no se tuvo en cuenta el correcto uso de lo que recuperar significa y se trató de asimilarlo como si fuese similar a la prohibición de doble reparación, lo cual desconfigura toda la buena intención que se pudo tener por parte del legislador. Y en el caso, jamás consentido, de que se proponga que ese término es el correcto, ¿no habría sido una mejor redacción manifestar que se prohíbe recibir dos indemnizaciones por la misma causa?

Basta con recurrir a la norma española, que fue inspiración del artículo en cuestión del COGEP para poder dar cuenta de lo clara que resulta aquella y evidentemente no utiliza el vocablo recuperación, en razón de que no se encuentra una razón lógica para su uso.

Así pues la norma de responsabilidad medioambiental española manifiesta: “Los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley” (Ley de Responsabilidad Medioambiental, 26/2007.)

Aquella redacción es coherente, sencilla y no deja posibilidad a la disputa, aparte que abarca no solo a la indemnización sino también a la reparación en general. Se podría pensar que este análisis es quisquilloso, pero algo que prima en el derecho es el correcto uso del lenguaje, a fin de evitar distorsiones en lo que se desea transmitir.

Sobre el derecho de repetición que se consagra a continuación de la “prohibición de doble recuperación” del COGEP no hay que añadir nada ya que aquello ya se encontraba recogido en la Constitución de la República.

El artículo 40 del COGEP que se acabó de analizar tiene relación con el artículo 5 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental Española, en especial con el inciso segundo como ya ha sido citado, sin embargo debe tenerse en cuenta a todo el artículo a fin de entender su magnitud.

La única relación que existe entre el artículo 40 del COGEP y el artículo 5 de la ley española, es que de la última fue tomada la idea, pero, por haber intentado poner el artículo de la Ley española en nuestra legislación en otras palabras “originales” se terminó por distorsionar el verdadero sentido que pretende.

Así el artículo 5 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental Española manifiesta:

“Artículo 5. Daños a particulares.

1. Esta ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normatividad que en cada caso resulte de aplicación. 2. Los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no

podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley. El responsable que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda. 3. En ningún caso las reclamaciones de los particulares perjudicados en cualesquiera procesos o procedimientos exonerarán al operador responsable de la adopción plena y efectiva de las medidas de prevención, de evitación o de reparación que resulten de la aplicación de esta ley ni impedirán las actuaciones administrativas encaminadas a ello.” (Ley de Responsabilidad Medioambiental, 26/2007.)

Se debe entonces pasar al análisis de la norma que se considera era la idónea para que quede clara la tutela del Non Bis In Ídem en materia ambiental con otras ramas del ordenamiento del derecho, en específico con lo que tiene que ver en cuanto a reparación.

En el inciso primero se aclara que esta ley no resguarda ningún tipo de daño que no sea el daño medioambiental, dejando que cada rama del ordenamiento jurídico se pueda encargar de los asuntos específicos que se pudieran suscitar de un evento ambiental, asuntos que por su finalidad no tengan relación con el interés medioambiental puro.

Entonces el inciso primero prevé la posibilidad de que varias ramas del ordenamiento jurídico coexistan, en el evento de un suceso de daño ambiental, porque conoce que los daños ambientales se perciben en múltiples formas, afectando una pluralidad de derechos, que la ley de responsabilidad medioambiental por sí sola no podría salvaguardar. Esto bien puede ser complementado con lo observado en el análisis del Caso Colombiano C-632/11.

Esta ley si bien prevé la coexistencia de ramas del ordenamiento jurídico para el juzgamiento en el eventual caso de un suceso de daño ambiental, también reconoce que puede darse el caso en que alguien puede haber sido reparado indirectamente (de rebote) por la aplicación de esta ley. Así el inciso segundo es sumamente importante ya que reconoce esta posibilidad y tiene muy presente el principio de non bis in ídem, tanto en su vertiente procesal como material. Por un lado manifiesta que “no podrán exigir reparación ni indemnización [...] en la medida en que tales daños queden reparados por la

aplicación de esta ley.” Es decir, ni siquiera permite la posibilidad de que un proceso sea incoado.

Sin embargo, también entiende que pese a este mandato aquello puede suceder y por esta razón termina disponiendo que quien “[...] hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda.” En esta normativa si se abarca entonces al principio de que nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por la misma causa, a diferencia de la legislación nacional que pierde el sentido debido a la semántica.

Además se debe insistir en que el artículo 40 del COGEP, equivocadamente solo se refiere a indemnización, olvidando que la reparación es un término más amplio y que también debe ser protegida bajo la prohibición que recoge el principio non bis in ídem.

Por último el inciso tercero reconoce que una rama del ordenamiento jurídico puede adelantarse a otra en el juzgamiento de una causa, pero ello no podría significar que ese juzgamiento que puede versar sobre algo específico, que en realidad no tenga que ver con el medioambiente prive a otras ramas del derecho especialistas en materia ambiental, como es el caso de lo civil frente a lo administrativo por ejemplo.

De todo lo expuesto y una vez que la propuesta ha sido indicada de la manera más clara, no queda sino, pasar a las conclusiones.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

Del daño ambiental.

1. El daño ambiental tiene un carácter especial y diferenciado en comparación con cualquier otro tipo de daño de las ramas del derecho del ordenamiento jurídico, por este motivo, la doctrina en un esfuerzo por advertir que el daño al ambiente no puede ser tratado bajo la esfera clásica de daños ha considerado que las instituciones del derecho deben ser dinámicas a fin de comprender y proteger todos los derechos que puedan verse afectados. Esta ha sido la tendencia a ser tomada en cuenta por la legislación nacional, que se encuentra en constante evolución en lo referente a derecho ambiental.

2. Por un lado existen los daños ambientales puros y de otro los daños ambientales continuados o de efecto rebote. Cada uno de estos daños deben ser percibidos y distinguidos por los juzgadores a fin de no desnaturalizar las acciones y protecciones que tiene cada tipo de daños.

3. En razón del dinamismo que tiene el daño ambiental, aquel puede ser conocido por distintas ramas del ordenamiento jurídico y sancionarse dentro del espectro de competencia de cada rama.

4. Debido a que el daño ambiental afecta los intereses denominados difusos, se ha otorgado acción pública y popular a fin de poder demandar y ser escuchada cualquier persona dentro de un proceso ambiental. Los intereses difusos son distintos a los intereses patrimoniales privados, por lo cual se debe identificar el derecho vulnerado para determinar a qué rama del ordenamiento jurídico le corresponde.

De la responsabilidad ambiental.

5. La responsabilidad por daños ambientales es objetiva, por lo cual el dolo o culpa no son considerados para determinar la existencia de la responsabilidad, en consecuencia, solo importará la relación de causalidad entre un sujeto determinado y el daño ambiental.
6. Dentro de un mismo evento de daño ambiental puede ser perfectamente posible que concurren efectos de responsabilidad civil, administrativa y penal.
7. Que si bien cada tipo de responsabilidad resolverá sobre lo que su competencia le permita, puede suceder que indirectamente una parte de su sentencia o resolución afecte o deba ser tomada en cuenta a fin de resolver en otra rama del derecho.

De la Restauración y Non Bis In Ídem

8. La restauración en materia ambiental propende por volver al estado original anterior al daño a la naturaleza y el ambiente en general. Por otra parte la reparación integral conlleva un amplio margen de medidas encaminadas no solo a la recuperación del ambiente afectado, sino también a reparación de los intereses difusos. No se debe confundir a estas medidas con las sanciones por daño al ambiente, ya que tienen distintas finalidades.
9. Así como existen los daños ambientales continuados, también existen las reparaciones o restauración con efecto rebote, que indirectamente se inmiscuyen en otras ramas del ordenamiento jurídico. Estas reparaciones deben ser tomadas en cuenta con el fin de evitar el doble juzgamiento o sanción del imputado.
10. El Principio Non Bis In Ídem es una garantía jurídica que tiene una doble protección, sea en su vertiente procesal o material su fin siempre será evitar que se someta a un sujeto a un doble juzgamiento o en

última instancia a una doble sanción, teniendo en cuenta la identidad de sujetos, hecho y fundamento.

11. La identidad de sujetos, hecho y fundamentos debe ser entendida bajo las dificultades que plantea el derecho ambiental y no debe ser tomada en cuenta en estricta literalidad de la clásica teoría civilista, ya que se perjudicaría su alcance y por ende la protección a la posible vulneración de derechos.
12. Que es perfectamente posible la coexistencia de normas administrativas sancionatorias-reparadoras y otras normas sean civiles o penales, sin que por esta coexistencia se vulnere el principio de Non bis in ídem.

Del Código Orgánico General De Procesos frente al Non bis in ídem.

13. Era necesario establecer expresamente sobre quien ejercía la representación de la naturaleza en materia de daños ambientales y aquello se consigue con el Código Orgánico General de Procesos.
14. Que si bien con anterioridad al Código Orgánico General de Procesos la jurisprudencia ya había advertido y diferenciado que los daños ambientales puros y los continuados se deben tratar por cuerda separada, era necesario que aquella decisión o tendencia sea positivizada en algún instrumento jurídico.
15. Tanto el artículo 39 como el artículo 40 del Código Orgánico General de Procesos fueron tomados de la Legislación Española. Aquellos no son una solución adecuada a la necesidad de evitar dos veces el juzgamiento o la sanción de un imputado en sucesos de daño ambiental.
16. La redacción del artículo 39 del Código Orgánico General de Procesos dificulta la comprensión de cuál es su intención.

17. Que la redacción y semántica del artículo 40 del Código Orgánico General de Procesos distorsionan lo que se quiso proteger o evitar y además limitan su aplicación exclusivamente a las indemnizaciones, sin considerar otros tipos de reparación.

5.2. Recomendaciones

1. Es necesario diferenciar totalmente a las normas que regulan los daños ambientales puros de los daños ambientales continuados, principios como el de la imprescriptibilidad deberían ser exclusivos de los daños ambientales puros, mientras que en razón de que los daños de rebote tienen una finalidad patrimonial, deberían ser prescriptibles.
2. Sería pertinente poner a consideración de la Asamblea Nacional la creación de una Ley Exclusiva de Responsabilidad Ambiental en el Ecuador como sucede en otras legislaciones, en razón de que el campo ambiental no puede ser considerado como si de una rama clásica del derecho se tratase. Esto conllevaría grandes beneficios como la celeridad y certeza para el juzgador frente a un caso de daño ambiental.
3. Los juzgadores deben considerar a las resoluciones o sentencias de otras ramas del derecho en casos de daño ambiental a fin de no caer en contradicción o de juzgar dos veces por la misma causa o sancionar por algo que ya fue reparado, además deben salvaguardar los derechos que aún no han sido reparados.
4. De no ser tomada en cuenta la recomendación del inciso segundo de esta sección, al dimensionarse la importancia del principio Non Bis In Ídem en materia ambiental, este debería ser agregado de manera clara en el Código Orgánico General de Procesos, por lo cual se propone que por los motivos expuesto se reforme a los artículos 39 y 40 del actual COGEP y sean sustituidos en los términos de los artículos 6 inciso

tercero y 5 inciso segundo de la Ley de Responsabilidad Medioambiental Española.

REFERENCIAS

- Abrevaya, A. (2008). El daño y su cuantificación judicial., Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Albán, Ma., Barragán, D., Bedón, R., Crespo, R., Echeverría, H., Hidalgo, Ma., Muñoz, G. y Suárez, S. (2011). Ecuador ambiental 1996-2011: Un recorrido propositivo. Quito, Ecuador: CEDA
- Alsina, B. (1997). Teoría General de la Responsabilidad Civil. (9.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Amábile, G. (2008). Problemática de la Contaminación Ambiental. Buenos Aires, Argentina: Editorial de la Universidad Católica Argentina (Educa).
- Amuchategui, I. y Villasana, I. (2002). Oxford Diccionarios jurídicos temáticos. México D.F: University Press
- Arguello, L. (2014). Manual de derecho romano. (3.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Borda, G. (2012). Tratado de Derecho Civil-Obligaciones. (14.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: LA LEY.
- Cabanellas, G. (1998). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual – Tomo VII. (19.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L
- Cabanellas, G. (2008). Diccionario Jurídico Elemental. (19.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Cafferata, N. (2004). Introducción al derecho ambiental, México D.F: Instituto Nacional de Ecología
- Cassagne, J. (s.f.). El Daño Ambiental Colectivo. Recuperado el 20 de agosto de 2015 de http://www.cassagne.com.ar/prensa/El_dano_ambiental_colectivo.pdf

Castillo, J. (2003). La cosa juzgada y sus secuelas. México D.F: Cárdenas Editor.

Código Civil Ecuatoriano. (2005). Recuperado el 26 de julio de 2015 de http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CIVIL-CODIGO_CIVIL&query=codigo%20civil#Index_tccell0_0

Código Orgánico General de Procesos. (2015). Recuperado el 05 de septiembre de 2015 de http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CIVIL-CODIGO_ORGANICO_GENERAL_DE_PROCESOS_COGEP&query=COGEP

Código Orgánico Integral Penal. (2014). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo [CMMAD]. (1998). Nuestro Futuro Común. Madrid: Alianza

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Recuperado el 18 de mayo de 2015 de http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR&query=constitucion%20de%20la%20republica#Index_tccell0_0

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia por Inconstitucionalidad C-632/11, 24 de agosto de 2011. Recuperado el 20 de junio de 2015 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-632-11.htm>

Corte Suprema de Justicia Argentina. (1995). “sandler, H v. Estado Nacional”. En Abrevaya, A. (2008). El daño y su cuantificación judicial, (P. 295). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Recurso de Casación 031-2002. Sentencia 031 – 2002, 29 de octubre de 2002.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992). Río de Janeiro, Brasil. Recuperado el 17 de julio de 2015 de <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

Diccionario de la Real Academia Española. (2012). Recuperado el 25 de mayo de 2015 de <http://lema.rae.es/drae/?val=da%C3%B1o>

Diez, L. (1999). Derecho de Daños, Madrid, España: Civitas.

Fondo Ambiental Nacional. (s.f.). Quienes somos. Recuperado el 29 de septiembre de 2015 de http://www.fan.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=195

Fondo Ambiental Quito. (s.f.). Quienes Somos. Recuperado el 18 de septiembre de 2015 de http://fondoambientalquito.gob.ec/?page_id=5

Fonseca, C. (2010). Manual de Derecho Ambiental. Arequipa, Perú: Editorial Adrus.

Gestión en Recursos Naturales. (s.f.). Plan medidas de mitigación, reparación y compensación ambiental. Recuperado el 07 de septiembre de 2015 de <http://www.grn.cl/plan-medidas-de-mitigacion-reparacion-y-compensacion-ambiental.html>

Gherzi, C. (1997). Teoría General de la Reparación de Daños. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Gherzi, C. (2005). Obligaciones Civiles y Comerciales. Buenos Aires, Argentina: Astrea

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

Guaranda, W. (s.f.). La reparación del daño ambiental. Recuperado el 07 de septiembre de 2015 de http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&id=297%3Ala-reparacion-ambiental&Itemid=126

Guillén, H. (2008). Obligaciones Manual. Buenos Aires, Argentina: B de F.

Larrea, M. y Cortez, S. (2008). Derecho Ambiental Ecuatoriano. Quito, Ecuador: EDLE S.A.

Larroucau, J. (2007). Culpa y Dolo en la Responsabilidad Extracontractual Análisis Jurisprudencial. (2.ª ed.). Chile: LexisNexis

Ley 1333. (2009). Recuperado el 25 de julio de 2015 de https://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/pdf/LEY_1333_DEL_21DEJULIODE2009.pdf

Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental. (2007). Recuperada el 15 de enero de 2015 de <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-18475>

Ley de Gestión Ambiental. (2004). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley de Hidrocarburos. (1978). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales. (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

López, E. (s.f.). Introducción a la responsabilidad civil. Recuperado el 18 de junio de 2015 de <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>

- López, M. (2013). Presupuestos de la responsabilidad civil. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Lorenzetti, L. (2011). Teoría del derecho ambiental. Bogotá, Colombia: Temis
- Martínez, J. (2012). La doctrina jurídica del principio non bis in ídem y las relaciones de sujeciones especiales. Barcelona, España: BOSCH
- Marval O'Farrell Mairal. (s.f.). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ordena sanear la cuenca Matanza-Riachuelo. Recuperado el 07 de septiembre de 2015 de <http://marval.com.ar/publicacion/?id=5445>
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Tunc, A. (1963). Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. (Traducción de la 5.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Morán, R. (2010). El daño, aspectos sustantivos y procesales. Quito, Ecuador: Editorial Edilex S.A.
- Morera, E. (2010). Responsabilidad conceptos jurídicos y sus singularidades. Barcelona, España: Editorial Planeta S.A.
- Mosset Iturraspe y Lorenzetti, R. (2009). Revista de derecho de Daños – Daño ambiental. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores Néstor Cafferata
- Muñoz, J. (2001). La nueva configuración del principio non bis in ídem (Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental). Madrid, España: LA LEY
- Ortega, L y García, C. (2013). Tratado de Derecho Ambiental. Valencia, España: Tirant lo Blanch
- Ossorio, M. y Florit. (2000). Enciclopedia Jurídica Omeba - Tomo XXIV. Buenos Aires, Argentina: Driskill S.A

- Pastorini, L. (2005). El daño al ambiente. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.
- Peña, M. (s.f.). Recuperado el 05 de agosto de 2015 de http://huespedes.cica.es/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html
- Portal Jurídico Lexivox Libre. (s.f.). Diccionario Legal. Recuperado el 24 de septiembre de 2015 de http://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar_diccionario.php?desde=In%20corpore%20adfecto&hasta=Indirecto&lang=es
- Prada, M. (2009). Los permisos para contaminar y el principio de desarrollo sustentable-Revista de derecho ambiental. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Prieto, J. (2013). Derechos de la naturaleza: Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional. Quito, Ecuador: CEDEC
- Reglamento Ambiental de Actividades Hidrocarburíferas. (2001). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Sánchez, C. (28 de octubre de 2014). Hammurabi, el gran legislador. Recuperado el 27 de agosto de 2015 de <http://historiarum.webnode.es/news/hammurabi-el-gran-legislador-por-cesar-jorda-sancez>
- Scognamiglio, R. (1999). En Díez Picazo Luis. Derecho de Daños. (P. 307). Madrid, España: Civitas.
- Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente [TULAS]. (2003). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Tomás Hutchinson, Mosset Iturraspe, Edgardo Donna. (1999). Daño Ambiental Tomo II. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Tribunal Constitucional de España. Causa STC 177/1999. Sentencia de 14 de octubre de 1999. Recuperado el 11 de septiembre de 2015 de

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=20545>

Zarate, E. (2008). Manual de Derecho Ambiental. (2.ª ed.). Rosario, Argentina: Nova Tesis Editorial Jurídica.

ANEXOS

SENTENCIA 177/1999, de 11 de octubre de 1999

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pedro Cruz Villalón, Presidente, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3.657/94, promovido por don José María Lloreda Piña, representado por el Procurador de los Tribunales don José Tejedor Moyano, y asistido del Letrado don Juan Castelló Corbera, contra la Sentencia de 3 de octubre de 1994 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que confirmó en apelación la dictada el 1 de marzo de 1994 por el Juzgado de lo Penal núm. 22 de Barcelona en el procedimiento abreviado núm. 46/93. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo García Manzano, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 15 noviembre 1994, don José María Lloreda Piña, representado por el Procurador don José Tejedor Moyano y asistido por el Abogado don Juan Castelló Corbera, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de 3 octubre 1994 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que confirmó en apelación la Sentencia dictada el 1 marzo 1994 por Juzgado de lo Penal núm. 22 de la misma ciudad en el procedimiento abreviado núm. 46/93, que condenó al hoy recurrente como autor de un delito contra la salud pública y el medio ambiente.

2. El recurso se basa en los siguientes hechos:

a) La Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña, por Resolución de 19 de octubre de 1990, dictada en el expediente núm. D02-00593, sancionó a la empresa Industria de Recubrimiento de Metales Lloreda, S.A. (IRM Lloreda, S.A.), de la que es consejero

delegado y director el hoy recurrente de amparo, con una multa de un millón de pesetas, requiriéndole para que instalase una depuradora y llevase a cabo un plan de descontaminación gradual. En la resolución se estima que la empresa carecía de autorización para llevar a cabo vertidos contaminantes y que los realizados superaban los límites máximos autorizados por la Ley de Aguas de 2 agosto 1985, el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 11 abril 1986, y la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 11 mayo 1988 sobre calidad de las aguas superficiales destinadas a producir agua potable. La sanción no fue recurrida por la empresa, por lo que devino firme, y la multa fue abonada en fecha 6 de junio de 1991.

b) En fecha 23 octubre 1990, la Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña remitió un oficio al Jefe de la Sección de Policía Judicial de la 411ª Comandancia de la Guardia Civil, en el que comunicaba la imposición de la multa a IRM Lloreda S.A. y, al mismo tiempo, ponía en su conocimiento los hechos constatados, por si podían ser constitutivos del tipo penal previsto en el art. 347 bis del Código Penal. La Guardia Civil llevó a cabo diversas diligencias policiales para comprobar los hechos que le habían sido comunicados (atestado 13-91), que remitió al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 1 febrero 1991. En fecha 15 de febrero de 1991, la Fiscalía interpuso querrela contra directivos de la empresa IRM Lloreda S.A., entre ellos el hoy recurrente, por delito contra el medio ambiente.

c) En virtud de la querrela interpuesta por el Fiscal, en el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Granollers se incoaron, por Auto de 3 octubre 1991, las diligencias previas núm. 184/91, luego transformadas en el procedimiento abreviado núm. 46/93. En el acto del juicio oral, celebrado ante el Juez de lo Penal núm. 22 de Barcelona, la representación del hoy recurrente planteó, como cuestión previa a resolver en la audiencia preliminar, la vulneración del principio ne bis in idem (art. 25. 1 C.E.), por haber sido sancionado previamente en la vía administrativa por los mismos hechos, pretensión que fue rechazada por el Juez, quien ordenó la continuación del juicio. Por Sentencia de 1 marzo 1995, el Juzgado condenó al hoy recurrente, en su condición de consejero delegado y director de la empresa IRM Lloreda, S.A., como autor de un delito contra la salud pública y el medio ambiente del art. 347 bis del Código Penal, Texto refundido de 1973, a las penas de dos meses de arresto mayor, accesorias legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena,

multa de un millón de pesetas, con arresto sustitutorio de treinta días en caso de impago y al abono de la mitad de las costas procesales.

En la declaración de hechos probados se hace constar, en síntesis, que en una toma de muestras realizada el 7 de febrero de 1990 en las aguas residuales que la empresa IRM Lloreda S.A. vertía directamente a la red de alcantarillado y de ahí a la cuenca del río Congost, se comprobó que las aguas residuales contenían un elevado porcentaje de sustancias contaminantes nocivas para la salud (en especial, cianuros y níquel), que sobrepasaban ampliamente los límites de contaminación establecidos en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 11 de abril de 1986 y en la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1988 sobre la calidad de las aguas superficiales. En el Fundamento de Derecho primero, el Juzgado rechazó la queja formulada por la defensa del recurrente, relativa a la infracción del principio de legalidad, en su vertiente de prohibición del ne bis in idem, con base en la preferencia de la actuación jurisdiccional respecto de la administrativa, pues, aun reconociendo que existía dualidad de procedimiento sancionadores, gubernativo y penal, por los mismos hechos, la no paralización por la Administración del expediente sancionador y la imposición de la sanción administrativa no podía significar la destipificación penal de los hechos, dada la preferencia de la vía jurisdiccional. No obstante, a fin de evitar la doble sanción por los mismos hechos, el Juzgado imputó al pago de la multa penal la cantidad antes satisfecha en la vía administrativa.

d) Contra dicha Sentencia interpuso el condenado recurso de apelación ante la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona (recurso núm. 399/94), en el que, entre otros motivos de impugnación, volvió a denunciar la infracción del principio ne bis in idem por haber sido sancionado en vía administrativa y penal por los mismos hechos. Por Sentencia de 3 de octubre de 1994, la Audiencia rechazó el recurso y confirmó íntegramente la Sentencia recurrida.

3. La representación del recurrente denuncia que las Sentencias penales han conculcado el principio de legalidad (art. 25.1 C.E.), por infracción del principio ne bis in idem, al haber condenado al recurrente por unos hechos que ya habían sido sancionados en la vía administrativa. Al respecto, en la demanda de amparo se alega, con carácter general, que el art. 112 de la vigente Ley de Aguas (Ley 29/1985, 2 agosto) contempla y prevé la imposibilidad legal de infracción del principio ne bis in

idem, sobre la base de regular la actuación sancionadora de la Administración o de la Autoridad judicial en función de la gravedad de la infracción cometida. En concreto, las actuaciones y sanciones de la Administración y de la Autoridad judicial no son, según el recurrente, susceptibles de solapamiento, cuando, sobre una sola conducta infractora, descansa la calificación previa de su gravedad y trascendencia para dar cumplimiento al mandato legal del artículo 112 de la citada Ley de Aguas y del principio del ne bis in idem.

En el presente caso, como se desprende del resultando de hechos probados, la empresa IRM Lloreda, S.A., fue sancionada en vía administrativa por la Junta de Aguas del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña, a la sanción de un millón de pesetas por una falta menos grave, en Resolución de 19 de octubre de 1990, a pesar de lo cual el recurrente también ha sido condenado posteriormente en la vía penal por los mismos hechos. La condena penal, además, lo ha sido por considerar que los hechos cometidos constituían un grave peligro para la salud de las personas cuando anteriormente, en vía administrativa, se habían calificado como constitutivos de una falta menos grave. Esta duplicidad de criterios y sanciones sobre una misma infracción, a juicio del demandante de amparo, genera un estado de inseguridad jurídica proscrito por la Constitución.

En atención a lo expuesto, solicita de este Tribunal que otorgue el amparo solicitado y declare la nulidad de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 22 de Barcelona de 1 de marzo de 1994, así como de la dictada en grado de apelación el 3 de octubre de 1994, por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona. Por otrosí interesó la suspensión de la ejecución de la condena, aunque posteriormente, por escrito presentado el 27 de marzo de 1995, retiró su petición.

4. Por providencia de 6 de febrero de 1995, la Sección Segunda de este Tribunal acordó, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante del amparo, para que dentro de dicho término alegaren lo que estimaren pertinente en relación con la posible existencia del motivo de inadmisión consistente en "carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal Constitucional", de conformidad con lo prevenido en el art. 50.1 c) de la citada Ley Orgánica.

5. Evacuado dicho trámite, en el que tanto el Ministerio Fiscal como la representación del recurrente solicitaron la admisión del recurso, la Sección Segunda, por providencia de 21 de marzo de 1995, acordó admitir a trámite la demanda sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir al Juzgado de lo Penal núm. 22 de Barcelona y Sección Décima de la Audiencia Provincial, para que, en el término de diez días, remitieran, respectivamente, testimonio del procedimiento abreviado 46/93 y del rollo 399/94; interesándose al propio tiempo el emplazamiento de cuantos hubieran sido parte en el proceso judicial antecedente excepto el recurrente en amparo, para que, en el plazo de diez días, compareciesen en el presente proceso constitucional.

6. Por providencia de 22 de mayo de 1995, la Sección Segunda acordó tener por recibidos los testimonios de actuaciones remitidos por el Juzgado de lo Penal núm. 22 de Barcelona y Audiencia Provincial de dicha ciudad y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones del presente recurso, por plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y al Procurador Sr. Tejedor Moyano para que, dentro del expresado término, formularan las alegaciones que a su derecho convinieran.

7. La representación del recurrente, mediante escrito registrado el 29 de mayo de 1995, dio por reproducidas las alegaciones expuestas en el escrito de interposición del recurso.

8. En su escrito de alegaciones, presentado el 16 de junio de 1995, el Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso por entender que las resoluciones judiciales recurridas no vulneran el art. 25.1 C.E. Luego de exponer los hechos y la doctrina constitucional acerca de la interdicción constitucional del principio ne bis in idem, el Fiscal estima que en el caso enjuiciado la autoridad administrativa no respetó el ámbito de prioridad y preferencia sancionadora del orden judicial penal cuando los hechos pudieran constituir delito o falta, y que ésa ha sido la causa que originaría la destrucción del principio ne bis in idem. La clave, por ello, consiste en determinar si los Tribunales penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debieron absolver al acusado para no incurrir en el ne bis in idem, como pretende el recurrente, o, entendiendo que su primacía judicial no podía ser cedida, dictar sentencia condenatoria, como correctamente hicieron.

En otro orden de cosas, el Fiscal señala, en primer término, que una posible solución al problema planteado por el recurrente de amparo hubiera sido que éste acudiera a la vía de la revisión contencioso-administrativa, de existir tal proceso, con alegación de la condena penal. En segundo término, como la sanción administrativa no fue objeto de recurso contencioso-administrativo pudiendo serlo, y siendo la acción penal preferente, la parte recurrente estaba en cierta medida preconstituyendo el proceso penal, lo que no parece de recibo e impide, a juicio del Ministerio Fiscal, la concesión del amparo.

9. Por providencia de fecha 28 de mayo de 1.999 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 31 del mismo mes y año, día en el que se inició el trámite que ha finalizado hoy.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo imputa la violación del derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 C.E.), en su vertiente de derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos (*ne bis in idem*), a las Sentencias recaídas en el procedimiento abreviado que se siguió, como encausado, al recurrente Sr. Lloreda Piña, en su condición de Consejero Delegado de la empresa IRM Lloreda, S.A., y que finalizó por Sentencia dictada, en grado de apelación, por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona el 3 de octubre de 1994, confirmatoria en su integridad de la pronunciada, el 1 de marzo anterior, por el Juzgado de lo Penal núm. 22 de los de Barcelona; Sentencias que condenaron al recurrente como autor de un delito contra la salud pública y el medio ambiente previsto en el art. 347 bis del Código Penal de 1973, a la pena de dos meses de arresto mayor, accesorias, legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, multa de un millón de pesetas, con arresto sustitutorio de treinta días en caso de impago y al abono de la mitad de las costas procesales.

La alegada infracción del art. 25 C.E. se fundamenta en que los hechos constitutivos de la mencionada conducta delictiva son los mismos que fueron objeto, con carácter previo, de la sanción administrativa de multa en cuantía de un millón de pesetas, impuesta, en el oportuno procedimiento sancionador, por Resolución firme del Presidente de la Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña de 19 de octubre de

1990, por la infracción administrativa menos grave del art. 108 f) de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, y art. 316 g) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, consistente en vertidos indirectos de aguas residuales contaminantes (con elevado índice de cianuros y, sobre todo, de níquel), no autorizados y sin depuración previa, al cauce del río Congost, perteneciente a la cuenca fluvial del río Besós. Se aduce, además, que esta duplicidad de reproches, penal y administrativo, no puede entenderse sanada o convalidada mediante el expediente, acogido en la Sentencia del Juzgado de lo Penal, consistente en deducir, de la pena de multa a que fue condenado, la cantidad ya abonada como multa administrativa por idéntico importe de un millón de pesetas.

El Ministerio Fiscal propugna la desestimación del amparo, por entender que las mencionadas resoluciones judiciales no han incurrido en vulneración del derecho al ne bis in idem, pues su conculcación, en la hipótesis de haberse producido, habría de imputarse a la actuación seguida por la Administración autonómica sancionadora en la tramitación del expediente, al no haber respetado la prioridad y preferencia del orden jurisdiccional penal, pese a no existir dudas acerca de que los hechos podían ser constitutivos de delito.

2. Fijados así los términos de la controversia, es necesaria una más precisa delimitación de su contenido, en virtud de los límites objetivos que informan el recurso de amparo constitucional y que procesalmente condicionan nuestro enjuiciamiento.

En este sentido cumple señalar, en primer lugar, que el objeto de la presente queja se circunscribe exclusivamente a las Sentencias penales de referencia, sin que la impugnación en amparo de las mismas pueda servir para poner en cuestión la validez de la resolución administrativa sancionadora de 19 de octubre de 1990, que adquirió firmeza, dictada por la Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña en el expediente núm. D02-00593, y por la que se sancionó a la empresa IRM Lloreda, S.A., con una multa de un millón de pesetas por llevar a cabo vertidos contaminantes, en el cauce del río Congost.

En segundo lugar, es de advertir que no corresponde a este Tribunal revisar la determinación de los hechos realizada por los órganos judiciales en el proceso penal precedente [art. 44.1.b) LOTC] ni, por tanto, su convicción acerca de la identidad

existente respecto del sujeto, hechos y fundamento de la conducta que había sido administrativamente sancionada en relación con la sometida a enjuiciamiento penal, hasta el punto de estimar imprescindible para dictar un fallo condenatorio, sin vulnerar el principio *ne bis in idem*, la articulación, incluida en la parte dispositiva de su Sentencia, de una fórmula de compensación entre la anterior sanción administrativa y la pena judicialmente impuesta. En consecuencia, la verificación judicial de aquellos presupuestos --pertencientes en puridad al estricto plano de la legalidad--, y la declaración contenida en el fundamento de Derecho primero de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, confirmada por la Audiencia en apelación, en el sentido de que la consecuencia punitiva anudada al "hecho objeto de este juicio y al sancionado administrativamente es idéntica como idéntico es el hecho mismo y el sujeto activo", tampoco puede ser ahora cuestionada por este Tribunal, constituyendo un obligado punto de partida para el examen de la alegada vulneración del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 C.E. Hemos de añadir que también concurre identidad de fundamentación, no negada por la jurisdicción penal, dado que el potencial peligro para la salud pública ya concurría en la infracción administrativa, al haber evidenciado el análisis de las aguas un alto índice de cianuros y de níquel.

Atendiendo a lo expuesto, es de advertir que no nos hallamos en la hipótesis de que los Tribunales del orden jurisdiccional penal aprecien diversidad de conductas o de hechos, o bien que no sean idénticos el fundamento o bien jurídico protegido tutelado por la norma administrativa y el preservado por el tipo penal aplicable y, ante tal ausencia de identidad, entiendan inaplicable la prohibición del *bis in idem* o dualidad de reproche punitivo, sino ante un caso que presenta la peculiaridad de que los órganos judiciales (aquí tanto el Juzgado de lo Penal como, en apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona) parten, como premisa inicial, de que concurren los mencionados elementos identificadores del principio que se alega como vulnerado, es decir, la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y ello no obstante, no concluyen en un pronunciamiento absolutorio por la sola y única razón, explicitada en las Sentencias condenatorias, de la regla o criterio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora, entendiendo que ésta, por su rango subordinado, debe ceder en su ejercicio o manifestación ante el *ius puniendi* de aquélla, lo que conduce a la incriminación penal y consiguiente Sentencia condenatoria al estimar que la conducta del inculpado es constitutiva de delito, y ello pese a que la misma conducta haya sido anteriormente sancionada por la Administración.

Puede, por ello, afirmarse que las Sentencias impugnadas constatan la vulneración material del ne bis in idem, pero entienden ineludible la ulterior imposición de pena en aplicación de la indicada regla de prevalencia. Tan es así que, para evitar el resultado del doble gravamen o reproche punitivo, la Sentencia del Juzgado de lo Penal, ratificada en apelación, ha computado, como absorbible, la multa administrativa firme ya satisfecha, en cuantía de un millón de pesetas, en la multa impuesta como pena por la misma cuantía, determinación ésta que no se hubiera establecido si los órganos judiciales estimasen compatibles ambas sanciones, penal y administrativa.

La clave, pues, para la adecuada decisión acerca de la queja planteada mediante el presente recurso de amparo radica, para decirlo con palabras del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal "en determinar si los Tribunales penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debieron absolver al acusado para no incurrir en el ne bis in idem, o entendiendo que su primacía judicial no podía ser cedida, actuar de la manera condenatoria reflejada más arriba", es decir, imponiendo al acusado las penas privativa de libertad y pecuniaria contenidas en el fallo condenatorio.

Se hace así preciso el análisis del alcance y verdadera dimensión, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, del invocado principio o regla de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la sancionadora de la Administración pública.

3. Hechas las anteriores precisiones, procede recordar la jurisprudencia de este Tribunal sobre el principio ne bis in idem que, desde la [STC 2/1981](#), ha sido considerado como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 C.E.). En el fundamento jurídico 4º de aquella Sentencia se declaró que "El principio general de derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones --administrativa y penal-- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración --relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...-- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración". Posteriormente, en la [STC 159/1987](#) (fundamento jurídico 3º), se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta,

pues "semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisble reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencia [77/1983](#), de 3 de octubre, fundamento jurídico cuarto)".

Esta dimensión procesal del principio ne bis in idem cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material. En efecto, si la exigencia de lex praevia y lex certa que impone el art. 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita.

Desde esta perspectiva sustancial, el principio de ne bis in idem se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del ius puniendi del Estado. Por ello, en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del bis in idem no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental.

4. Así las cosas, la perspectiva que en sus Sentencias condenatorias han considerado los órganos judiciales ha sido la meramente procedimental en que cristaliza la vertiente procesal del ne bis in idem, desatendiendo a su primordial enfoque sustantivo o material, que es el que cumple la función garantizadora que se halla en la

base del derecho fundamental en juego. Es cierto, y así lo hemos de reconocer, que los preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico en que se recoge la prohibición de bis in idem, se hallan formulados con una visión esencialmente procedimental, como lo pone de relieve el aquí específicamente aplicable art. 112 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, a cuyo tenor: "En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de multa administrativa", a lo que se añade la vinculación de la Administración, en su eventual ulterior actuación, a los hechos probados que declare la sentencia de la jurisdicción penal.

Ahora bien, tal perspectiva no es la única ni la más esencial desde el punto de vista de la función garantizadora que cumple el derecho fundamental aquí concernido. En efecto, hemos de reiterar que la articulación procedimental del ne bis in idem (recogido con carácter general en el art. 133 de la Ley 30/1992, y desarrollado en los arts. 5 y 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora), se orienta, esencialmente, no tan sólo a impedir el proscrito resultado de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, sino también a evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos --penal y administrativo sancionador-- atribuidos a autoridades de diverso orden. A impedir tales resultados se encamina la atribución prioritaria a los órganos jurisdiccionales penales del enjuiciamiento de hechos que aparezcan, prima facie, como delitos o faltas, atribución prioritaria que descansa en la exclusiva competencia de este orden jurisdiccional para depurar y castigar las conductas constitutivas de delito, y no en un abstracto criterio de prevalencia absoluta del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, que encuentra también respaldo en el texto constitucional.

De lo anterior se desprende que, en el ámbito constitucional cuya determinación nos incumbe, a la hora de tutelar adecuada y eficazmente el derecho fundamental a no ser doblemente castigado (ne bis in idem) que ostentan los ciudadanos y garantiza el art. 25.1 C.E., la dimensión procesal antes referida no puede ser interpretada en oposición

a la material, en tanto que esta última atiende no al plano formal, y en definitiva instrumental, del orden de ejercicio o actuación de una u otra potestad punitiva, sino al sustantivo que impide que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración.

Hemos de concluir, por lo expuesto, que irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo.

5. Las razones expuestas conducen a entender vulnerado, por las Sentencias condenatorias de las que trae causa este amparo, el derecho fundamental del Sr. Lloreda Piña, inculpado en la causa penal por delito contra el medio ambiente tipificado en el art. 347 bis del Código Penal de 1973, a no ser doblemente castigado por unos mismos hechos (art. 25.1 C.E.), al haber sido administrativamente sancionado con anterioridad por aquéllos, en resolución administrativa firme dictada antes incluso de la apertura del proceso penal.

A esta apreciación no cabe oponer, para enervarla, la circunstancia de que la Administración hidráulica de Cataluña y, en particular, la Junta de Aguas de la Generalidad, como Organismo autónomo competente para el ejercicio de dicha potestad sancionadora, incumpliera su deber legal de suspender el procedimiento sancionador y dar traslado del hecho a la jurisdicción penal por si el vertido contaminante fuese constitutivo de delito, tal como dispone el art. 112 de la Ley de Aguas. Tal incumplimiento producirá, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero su inobservancia nunca podrá alterar el contenido del derecho fundamental al ne bis in idem del sujeto infractor (art. 25.1 C.E.), ajeno por completo a dicho incumplimiento, y en cuya esfera jurídica no debe repercutir el mismo. Además, cumple recordar que no estamos ante un conflicto jurisdiccional trabado entre los órganos de la Administración autonómica y los del orden jurisdiccional penal, susceptible de dirimirse con arreglo a criterios de prevalencia de

uno u otro poder público, sino, más sencillamente, ante la improcedencia de una condena penal, pronunciada en relación con una conducta cuya sanción administrativa firme se había ya producido, constándole esa circunstancia a los Tribunales sentenciadores que, al condenar, ocasionaron un doble resultado aflictivo proscrito por el derecho fundamental cuyo amparo nos impetra el recurrente.

6. Lo antes expuesto conduce al otorgamiento del amparo solicitado por el Sr. Lloreda Piña, por vulneración de su derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora ex art. 25.1 C.E., en su vertiente de interdicción del bis in idem, procediendo, para la reparación del derecho menoscabado por las Sentencias de la jurisdicción penal, la anulación de éstas, en cuanto debieron contener un pronunciamiento absolutorio del inculpado.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José María Lloreda Piña y, en su virtud:

1º Reconocer el derecho fundamental del demandante a la legalidad penal y sancionadora, en su vertiente del derecho a no ser doblemente sancionado por unos mismos hechos (art. 25.1 C.E.).

2º Declarar la nulidad de la Sentencia dictada el 1 de marzo de 1994 por el Juzgado de lo Penal núm. 22 de los de Barcelona, en el procedimiento abreviado núm. 46/93, y de la pronunciada, en grado de apelación, por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona el 3 de octubre de 1994, confirmatoria en su integridad de la de instancia.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a once de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Votos particulares

1. Voto particular que formulan conjuntamente don Pedro Cruz Villalón, Presidente, y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrada, respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3.657/94.

Con el debido respeto a la opinión mayoritaria expresada en la Sentencia, y aun coincidiendo con aquélla en la concepción general de la vertiente material de la interdicción de bis in idem, no alcanzamos a compartir, sin embargo, su aplicación a un supuesto como el presente, ni su concepción de la vertiente procedimental del citado principio constitucional, ni, en consecuencia, su fallo. Consideramos que el amparo debió denegarse por las razones que a continuación exponemos.

1. La Sentencia otorga el amparo porque parte de una premisa previa: que la sanción penal duplicó, en el caso, la sanción administrativa. Esa premisa es inexacta. Y, más allá del caso concreto, conduce a una confusión entre las dos potestades sancionadoras que existen en nuestro Estado de Derecho, la penal y la administrativa, que son distintas cualitativamente, y que deberían fortalecer el cumplimiento de las leyes, no debilitarlo mediante interferencias recíprocas.

La mayoría prescinde del dato normativo esencial: las infracciones administrativa y penal eran distintas. La cometida con quebranto de la legislación de aguas, por la que fue multada la empresa del recurrente, consistía esencialmente en realizar "vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor, efectuados sin contar con la autorización correspondiente" [como señalan los preceptos que fundaron la sanción administrativa, art. 108 f) de la Ley de Aguas de 1985 y art. 316 g) del Reglamento del dominio público hidráulico de 1986, citados en la Sentencia mayoritaria]. La infracción penal, por el contrario, consistía en una conducta más grave y más difícil de acreditar, como es normal en la gradación entre Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: realizar vertidos "que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles" (art. 347 bis, párrafo 1º, del Código Penal de 1973, introducido por la Ley Orgánica 8/1983).

Es cierto que la legislación de aguas tiene en cuenta el carácter contaminador del vertido carente de la preceptiva autorización para graduar la gravedad de la infracción

("atendiendo a su repercusión en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como al deterioro producido en la calidad del recurso") y, por ende, de la sanción; y que la legislación penal no es indiferente al hecho de que el vertido contaminante contravenga la legislación protectora del medio ambiente, lo que incluye aspectos formales (existencia de licencias) junto a otros sustantivos. Pero estas concomitancias son insuficientes para negar lo esencial: la Junta de Aguas de Cataluña sancionó unos vertidos no autorizados, que superaban los límites máximos previstos por la legislación sobre las aguas continentales y, en especial, sobre la calidad de las aguas superficiales destinadas a producir agua potable; los Tribunales penales sancionaron unos vertidos que, por su alto contenido en cianuros, níquel y otros elementos contaminantes, suponían un grave peligro para la salud pública.

No existía identidad de fundamento en las sanciones administrativa y penal enjuiciadas, por tanto, a pesar de lo que presupone la opinión de la mayoría expresada en el fundamento jurídico 2º de la Sentencia al señalar que la jurisdicción penal no niega que concurra también la identidad de fundamentación. Ni esa identidad resulta afirmada, ni se deduce del fundamento jurídico 1º de la Sentencia del Juzgado de lo Penal de 1 de marzo de 1991, confirmada por la Audiencia en apelación, cuando declara que los hechos por los que fue incoado el expediente administrativo fueron los mismos que dieron lugar a la imposición de la pena y que el mismo fue el sujeto activo (y ello con independencia de que la multa administrativa fue impuesta a la sociedad mercantil IRM Lloreda, S.A., titular de la empresa de recubrimiento de metales que vertía aguas residuales al colector local sin autorización administrativa y sin previa depuración de ningún tipo, y la condena penal, en cambio, al Sr. Lloreda Piña en su calidad de directivo que ejercía el control efectivo técnico y económico de la citada empresa). Las Sentencias, sin embargo, no se detienen ahí: declaran probados nuevos hechos, que no fueron objeto de la sanción administrativa, acerca de los efectos de los vertidos sobre la salud humana y sobre la flora y fauna del valle fluvial afectado por los vertidos de la empresa, que son los hechos que les permiten afirmar que se produjo un grave peligro para los bienes jurídicos protegidos por la ley penal. No puede, por ello, sostenerse que existiera una absoluta identidad de fundamento entre la sanción administrativa y la penal. Aquélla sirvió para sancionar el vertido de aguas contaminantes carentes de la preceptiva autorización administrativa; la condena penal,

en cambio, se debió a que el elevado grado de toxicidad de esos vertidos ilegales (contenían una porción muy elevada de cianuros y níquel) pusieron en peligro grave la salud de las personas o pudieron perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal o vegetal. La apreciación de la existencia del delito requiere la concurrencia de un elemento específico, cifrado en el peligro grave para la salud de las personas o las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. El interés que salvaguarda la infracción administrativa no es el mismo, operando sobre los "vertidos de aguas" en orden a la defensa de su calidad o de la de las condiciones de desagüe del cauce receptor a cuyo control destina la exigencia de "la autorización correspondiente". La norma penal contiene un elemento que añade desvalor a la infracción administrativa. Ésta castiga la realización de vertidos de aguas residuales no inocuas en ausencia de autorización administrativa, que, en cambio, no es decisiva para la aplicación del delito.

La infracción administrativa, tal y como se configura por la Ley de Aguas, fue el medio necesario para cometer el delito contra el medio ambiente, incriminado por el Código Penal. La pena infligida por perpetrar éste, por consiguiente, no supone una reiteración inadmisibles de la multa impuesta por cometer aquélla, pues se trata de dos conductas distintas y que lesionan intereses jurídicos diferentes. Por lo demás, los Tribunales penales han tenido cuidado de evitar una desproporción punitiva, al considerar que la cantidad abonada en concepto de multa administrativa debía ser aplicada al pago de la multa penal.

A más de ello, que este Tribunal no deba entrar a conocer de los hechos de la causa, cuando verifica si la actuación de un órgano judicial vulnera o no derechos fundamentales [art. 44.1 b) LOTC], resulta irrelevante. Nadie ha dudado de los vertidos objeto de sanción, ni de la realidad de los procedimientos administrativos y judiciales a que aquéllos dieron lugar. La apreciación de si las sanciones administrativas y penales comparten identidad de sujeto, objeto y fundamento no es de carácter fáctico, sino jurídico: se trata de calificar y valorar jurídicamente los hechos, a la luz de la Constitución (cuando prohíbe el bis in idem en su art. 25.1), y por ende de interpretar y aplicar el Texto fundamental. Sostener lo contrario desorbita el alcance del art. 44.1 b) LOTC, y correlativamente reduce la jurisdicción de amparo en términos que quizá sean procedentes cuando se trata de salvaguardar el derecho a la tutela judicial

efectiva (art. 24.1 C.E.), pero nunca un derecho fundamental sustantivo, como es el principio de legalidad punitiva (art. 25.1 C.E.).

2. Nuestra respetuosa discrepancia con la opinión de la mayoría se apoya en una segunda serie de razones: la relevancia que asume la reacción penal en un Estado de Derecho, muy especialmente en materia medioambiental.

No deja de resultar significativo que nuestra Constitución haya destacado la singular importancia que reviste el derecho a un medio ambiente adecuado, acrecentada en la sociedad industrializada y urbanizada de nuestros días. El art. 45 C.E. enuncia una serie de principios rectores en atención al derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona; e insiste en el deber de conservarlo, tanto por parte de los poderes públicos como de los particulares, como ha tenido ocasión de recordar nuestra jurisprudencia (así en las SSTC [64/1982](#), [227/1988](#) y [199/1996](#)). La Constitución llega al extremo de disponer que la ley establecerá "sanciones penales o, en su caso, administrativas" para quienes violen los deberes de proteger el medio ambiente (art. 45.3 C.E.), otorgando un sólido respaldo constitucional a las distintas configuraciones legislativas del delito ecológico (STC [127/1990](#)).

La tesis de la mayoría ignora el influjo interpretativo que estas previsiones constitucionales están llamadas a tener (art. 53.3 C.E.), y viene a frustrar la tutela reforzada del medio ambiente que las leyes, con mejor o peor técnica legislativa pero siguiendo con coherencia el mandato constitucional, han dispuesto en los últimos años. A este fin tutelar sirvió justamente la Ley Orgánica 8/1983, cuya Exposición de Motivos destacó la importancia a tal efecto del "auxilio coercitivo de la Ley Penal".

3. Finalmente, la opinión de la mayoría, desarrollada en el fundamento jurídico 4º de la Sentencia, invierte las relaciones entre Poder judicial y Administraciones sancionadoras que se desprenden del diseño constitucional, y muy especialmente del art. 25 C.E., y que nuestra jurisprudencia ha venido manteniendo desde la capital STC [77/1983](#) constantemente (como muestran las SSTC [159/1985](#), fundamento jurídico 3º, [107/1989](#), fundamento jurídico 4º, y [222/1997](#), fundamento jurídico 4º).

En aquella Sentencia, que sintetizó los criterios fundamentales que habían sido alumbrados por los primeros pronunciamientos de este Tribunal sobre esta materia, y

en particular sobre el principio *ne bis in idem*, se señaló que la Constitución impone unos límites precisos a la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Junto a los que consisten en la legalidad, la interdicción de privaciones de libertad y el respeto a los derechos de defensa, se subrayó "la subordinación a la Autoridad judicial".

Dicha subordinación conlleva distintos aspectos, destacados en la STC [77/1983](#), fundamento jurídico 3º. Pero todos ellos se basan en la misma idea esencial: "La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera". Lo que lleva a cabo la decisión de la mayoría es, cabalmente, lo contrario: impedir la actuación de la jurisdicción penal, desde el momento mismo en que se impone una sanción administrativa. Al blindar ante la ley penal a los ciudadanos que sufren una multa por parte de una Administración pública, se resuelve en favor de las autoridades administrativas la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la justicia penal. Resultado que rompe la estructura básica del Estado de Derecho configurado por nuestra Constitución.

Como razonamos antes, en el caso presente no existe la identidad de fundamentos que justificaría impedir la dualidad de sanciones ni, por ende, de procedimientos sancionadores. Que la Administración multe a quien realiza vertidos nocivos no autorizados no impide a los Tribunales penales sancionar a quien, con esos mismos vertidos, pone en grave riesgo la salud pública y el medio ambiente. Pero es que, aun si en los hechos de la causa hubiera existido una identidad tal que justificara la aplicación del principio *ne bis in idem*, la solución de dar preferencia a la primera sanción que deviene firme, aun cuando sea administrativa, en vez de dar preferencia a la sanción penal pronunciada por un Tribunal después de un proceso con todas las garantías, es una solución ajena a la norma constitucional.

Para enjuiciar el presente recurso de amparo no es preciso pronunciarse sobre si la actuación de la Junta de Aguas de Cataluña, al imponer la multa antes de pasar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, fue o no correcta. Pero aun en la hipótesis de que la Administración hubiera actuado indebidamente, es indudable que en nuestro Derecho existen medidas que permiten corregir una hipotética actuación administrativa que

prescinda de la preferencia en favor de la jurisdicción penal que se deriva de la Constitución. Medidas que no requieren en modo alguno frustrar la acción de la justicia penal en defensa del medio ambiente, como en el caso presente ha estimado la mayoría de la Sala, cuyo criterio respetuosa pero firmemente rechazamos.

Madrid, a catorce de octubre de mil novecientos noventa y nueve.