

La evaluación de impacto ambiental de actividades mineras acorde al principio de prevención ambiental: evaluaciones ex ante y ex post conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano

Environmental impact assessment of mining activities according to the principle of environmental prevention: ex ante and ex post evaluations under Ecuadorian law

Aury Villavicencio Galarza*

Investigador jurídico independiente

Verónica Morales Ramos**

Investigador jurídico independiente

Información del artículo

Original – Ruptura, 2022

Artículo recibido / Received: 31 de octubre de 2022

Artículo aceptado / Accepted: 9 de enero de 2023

Citación

Villavicencio, A., Morales, V. (2022). *La evaluación de impacto ambiental de actividades mineras acorde al principio de prevención ambiental: evaluaciones ex ante y ex post conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2022, p. (21-68)

DOI: 10.26807/rr.v4i4.121

* Aury Villavicencio es abogada por la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE). Actualmente se desempeña como editora e investigadora en la UIDE. Es una apasionada por el derecho y cómo este se aplica como una herramienta para el cambio social. Correo electrónico: avillavicencio@uide.edu.ec

** Verónica Morales es antropóloga y abogada, máster en investigación etnográfica, teoría antropológica y relaciones interculturales, por la Universidad Autónoma de Barcelona. Ha sido docente universitaria en la Universidad Tecnológica Indoamérica (Ambato), en la Pontificia Universidad Católica (Ambato), en el Instituto de Altos Estudios Nacionales (Quito). Actualmente se desempeña como docente investigadora a tiempo completo en la Universidad Internacional del Ecuador, Carrera de Derecho. Correo electrónico: vemoralesra@uide.edu.ec

Resumen: El presente artículo analiza la institución jurídica de evaluación de impacto ambiental acorde al principio de prevención, para lo que parte del alcance del principio en la doctrina y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Presenta jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional de Colombia respecto de la necesidad de evitar que el daño se produzca, la obligación estatal de exigir medidas para preservar el medio ambiente, la materialización del principio y su diferencia con el principio de precaución; además, plantea un análisis sobre las obligaciones que surgen a partir del principio de prevención contenidas en la Opinión Consultiva OC 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta investigación muestra la regulación de las evaluaciones de impacto ambiental ex ante y ex post dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y lo compara con las regulaciones que ha tomado el Estado colombiano en la misma materia.

Bajo el estudio del principio de prevención del daño ambiental, identifica la aparente inconstitucionalidad respecto de la regulación de las evaluaciones de impacto ambiental ex ante y ex post contenidas en el Acuerdo Ministerial No. 061. La investigación concluye en la necesidad de expulsar del ordenamiento jurídico ecuatoriano a las normas jurídicas que regulan ambas instituciones y que vulneran los derechos de la naturaleza y garantías constitucionales.

En consecuencia, este trabajo se constituye en un insumo jurídico para la comunidad académica y estudiantes del Derecho, así también para los legisladores y a la vez para la Corte Constitucional.

Palabras claves: Prevención, evaluación, impacto, daño ambiental, Colombia, Constitución, Acuerdo Ministerial No. 061.

Abstract: *This article analyzes the legal institution of environmental impact assessment according to the principle of prevention, starting with the scope of the principle in the doctrine and in the Ecuadorian legal system. It presents jurisprudence issued by the Constitutional Court of Colombia regarding the need to prevent damage from occurring, the state obligation to require measures to preserve the environment, the materialization of the principle and its*

difference with the precautionary principle; it also presents an analysis of the obligations arising from the principle of prevention contained in Advisory Opinion OC 23/17 of the Inter-American Court of Human Rights.

This research shows the regulation of ex ante and ex post environmental impact assessments within the Ecuadorian legal system and compares it with the regulations adopted by the Colombian State on the same subject. Under the study of the principle of prevention of environmental damage, it identifies the apparent unconstitutionality with respect to the regulation of ex ante and ex post environmental impact assessments contained in Ministerial Agreement No. 061. The research concludes in the need to expel from the Ecuadorian legal system the legal norms that regulate both institutions and that violate the rights of nature and constitutional guarantees. Consequently, this work constitutes a legal input for the academic community and law students, as well as for legislators and at the same time for the Constitutional Court.

Keywords: *Prevention, evaluation, impact, environmental damage, Colombia, Constitution, Ministerial Agreement No. 061.*

Introducción

El presente trabajo revisa doctrina, legislación, jurisprudencia e instrumentos nacionales e internacionales y propone insumos jurídicos que dotan de eficacia y seguridad jurídica al ordenamiento ecuatoriano, acorde al principio constitucional de prevención del daño ambiental, en lo referente a las Evaluaciones de Impacto Ambiental o Estudios Ambientales ex ante y ex post como requisitos para la obtención de licencias o permisos ambientales para la ejecución de actividades mineras.

La Constitución ecuatoriana declara de interés público la preservación del ambiente y la prevención del daño ambiental, la Ley de Minería y el Reglamento de Actividades Mineras establecen a los controles ex ante y ex post como requisitos para la emisión de licencias ambientales requeridas para la ejecución de tales actividades. Los controles ex ante y ex post son instituciones jurídicas que se encuentran reconocidas de forma

especial en el Acuerdo Ministerial No. 061 de 2015 (artículos 34 y 35 respectivamente) bajo el nombre de Estudios Ambientales ex ante y ex post; sin embargo, la ley no diferencia el tiempo en el que cada uno de estos controles debe operar y expresamente menciona que ambos tienen el mismo fin, haciendo que su eficacia no pueda ser determinada antes y después de la operación minera.

La indeterminación del momento oportuno para realizar el control ex ante y ex post se materializa en la disposición transitoria número 3 del decreto ejecutivo 151 de agosto de 2021, en donde el presidente de la República ordena emitir un Acuerdo Interministerial para el otorgamiento de permisos ambientales en el que se optimicen los tiempos para su emisión y se prioricen los controles ex-post.

La Ley de Minería y su respectivo reglamento hacen referencia al control como requisito previo en el proceso administrativo para la emisión de licencias que permitan realizar actividades mineras en el país; empero, nuestra legislación no ha desarrollado efectivamente estas instituciones acorde al principio constitucional de prevención, de tal forma que vulnera dicho principio y a su vez, el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano, principios que protegen no solamente a los seres humanos sino también a la naturaleza en sí misma.

El presente artículo estudia a profundidad las instituciones de evaluación de impacto ambiental ex ante y ex post, teniendo en cuenta doctrina, legislación, jurisprudencia y derecho comparado, para lo que se emplea el modelo de investigación denominado “estado del arte”, categoría central y deductiva que permite revisar la situación actual de un tema con el fin de “aclarar el rumbo en medio de la desbordada cantidad de información que provee la literatura en cada tema”. (Guevara, 2016).

Es importante precisar que se trata de exponer literatura actualizada referente a la EIA; sin embargo, se trata de una institución que en la actualidad ha dejado de discutirse académicamente, razón por la que este trabajo busca acercarla nuevamente a la esfera académica, con el fin de que se repiensen los conceptos y se propongan soluciones a las problemáticas que a lo largo del artículo son expuestas.

Además, se emplea el método de análisis jurídico comparado, partiendo del estado actual de la institución jurídica estudiada en Ecuador y las diferencias y semejanzas existentes en otro ordenamiento jurídico, en este caso, el colombiano.

Se decidió analizar la situación jurídica de la EIA en Colombia en respuesta al avance en materia de derechos de la naturaleza que se ha identificado en este país, pues aunque no reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho, tanto en doctrina cuanto en jurisprudencia se ha pasado de una tutela resarcitoria a una inhibitoria (Pinto, 2015); es decir que, para el ordenamiento jurídico colombiano, uno de los objetivos ambientales es evitar el perjuicio y actuar ante la mera posibilidad del daño, sin esperar a que el daño se configure y realizar la reparación respectiva.

El objetivo del presente trabajo es establecer una aproximación jurídica a cada una de las evaluaciones de impacto ambiental, con especial atención al momento de aplicación en el ciclo de una actividad, obra o proyecto minero; de forma que se evidenciará la inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico respecto de los controles previamente enunciados.

I. Conceptualización y alcance del principio de prevención ambiental

Es necesario partir de la concepción del derecho ambiental como una super-rama del derecho; históricamente existe un amplio debate respecto del objeto y contenido de la misma, discusión que a lo largo de los años se ha reducido a su contenido y transversalidad.

En la actualidad el derecho ambiental es entendido como una rama de frontera, en donde el derecho desde distintas ramas: administrativo, constitucional, civil, penal se encuentra en diálogo permanente con ramas técnicas como la geografía, biología, química; y además, con las ciencias sociales, la antropología, sociología o ciencias políticas.

De esta forma, precisa José Luis Serrano (2007), que el derecho ambiental no está compuesto sólo por leyes, ni siquiera sólo por normas;

“sino por normas, principios, instituciones, estructuras, procesos, relaciones, prácticas operativas e ideologías jurídicas que regulan las relaciones entre los sistemas sociales y sus entornos naturales”.

Prieur (2013) comparte el mismo criterio y afirma que:

“El derecho ambiental no se trata simplemente del conjunto de normas jurídicas que delimitan el medio ambiente, sino que es la expresión de una ética o de una moral del medio ambiente que pretende reducir la contaminación y aumentar la biodiversidad”. (Prieur, 2013)

De primer plano es posible identificar que el derecho ambiental se aleja de la concepción netamente positivista del derecho, en la que sólo se tiene en cuenta lo reconocido expresamente en los ordenamientos jurídicos, para involucrarse directamente con las relaciones entre el ser humano – y sus diversas actividades – y los recursos y entornos naturales.

Esta concepción ha tenido repercusiones en la forma de entender y garantizar los derechos de la naturaleza, siguiendo a Serrano (2007), la regulación jurídica de los problemas del ambiente hasta entrada la década de los años ochenta, se centraba únicamente en las técnicas de sanción administrativa o del control directo. De tal forma que el poder ejecutivo establecía las normas de carácter reglamentario que enlistaban una serie de límites de contaminación permisibles para cada sector; y si una empresa o persona pasaba este límite, se activaba el procedimiento administrativo, terminando en un acto sancionador.

Estableciendo en primer plano que el derecho ambiental es más que un conjunto de leyes, por lo que se aleja de un enfoque únicamente administrativo punitivo, también es necesario concebirlo como una rama transversal del derecho, es así como Silvia Jaquenod de Zsogon (1991) establece que:

El Derecho Ambiental, sustancialmente público y privado a la vez, en cuanto protector de intereses colectivos, de carácter esencialmente preventivo y transnacional, se perfila como una combinación de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos que se orientan a lograr la protección de todos los elementos que integran el ambiente natural y humano, mediante un conjunto integral de disposi-

ciones jurídicas que, por su naturaleza interdisciplinar, no admiten regímenes divididos y recíprocamente se condicionan e influyen, en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes. (Jaquenod de Zsogon, 1991)

La autora refuerza su línea de pensamiento y en otro de sus trabajos señala que, “las actuaciones en política ambiental deben considerar cada realidad, sustentándose sobre los pilares interdisciplinarios y transversales holísticos que abarquen el conjunto de situaciones, para que las decisiones sean las más adecuadas sobre cada caso” (Jaquenod de Zsogon, 2012).

En la actualidad, para Andrés Ugarte, “recurrir a los principios como fundamento de una decisión o de una regulación es corriente del derecho ambiental” (Ugarte, 2020); por tanto, es posible precisar que el derecho ambiental se concibe como una rama arraigada de principios, aquellos que fungen como su piedra angular y que permiten regular las diversas relaciones entre las personas y el medio ambiente.

Doctrinariamente, el derecho ambiental se divide en dos grupos de principios: los que buscan evitar el daño y los que tienen como objetivo su reparación o restauración (Betancor, 2014).

El objetivo central del derecho ambiental es la protección de la naturaleza, por lo que la reparación no es suficiente, por lo tanto, la necesidad de evitar el daño es el elemento característico del derecho ambiental.

A manera de antecedente, en la doctrina colombiana, acorde a Pinto (2015), el derecho ambiental moduló su eje central, pasando de una tutela resarcitoria a la tutela inhibitoria. Es decir, el objetivo ya no es la reparación del perjuicio sufrido, sino que más bien busca *evitar dicho perjuicio* y actuar ante la mera posibilidad de daño, con énfasis en que es la mera amenaza de daño futuro lo que habilita la tutela inhibitoria (Pinto, 2015). Este cambio para la protección de derechos ambientales surge de la imposibilidad – en muchos casos – de lograr una reparación integral, justificación de que el propósito principal del derecho ambiental contemporáneo sea evitar el daño.

II. Prevención como principio modular del derecho ambiental y antecedente de la Evaluación de Impacto Ambiental

Acorde a Francisca Silva Hernández, el principio de prevención opera sobre el riesgo o peligro existente con medidas de prevención y supervisión y que se ejecuta a través de dos formas de actuación: la primera, referente a que las obras y megaproyectos atiendan a los mecanismos de evaluación para prever los daños que ocasionarán (Hernández, 2019); la segunda, pretende atender a las acciones y omisiones que se estén realizando con el fin de prevenir la consumación del daño, actuando antes, durante y después del mismo (Hernández, 2019).

Este principio es concebido por la tratadista Morand-Deviller (2014) como el antecedente directo de la práctica ambiental administrativa más generalizada en la actualidad, la *evaluación de impacto ambiental*, institución jurídica que se estudiará con profundidad en el capítulo número dos.

Por su parte, el investigador Mario Peña Chacón desde Costa Rica enfatiza que la prevención es “la regla de oro y piedra angular del derecho ambiental”, estableciendo la siguiente analogía: “frente al daño nace la obligación de reparar; mientras que frente al riesgo existe la obligación de prevenir” (Peña, 2016).

Para el tratadista argentino Néstor Cafferatta, este principio implica que “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir” (Cafferatta, 2004).

En Ecuador, autores como Efraín Pérez, han estudiado el principio de prevención, estableciendo que el mismo se apoya en la certeza científica de que el daño se va a producir, añadiendo que:

Se encuentra íntimamente ligado con la figura de la responsabilidad objetiva en materia ambiental, según la cual la ocurrencia de un daño ambiental compromete al que lo origina, aunque no haya habido de su parte negligencia ni culpa alguna, por el mero hecho de estar desarrollando una actividad de riesgo. (Pérez, 2008).

De esta forma, es posible esgrimir que el principio de prevención ambiental forma parte del primer grupo de principios acorde a la clasificación de Betancor Rodríguez (2014) previamente citada, pues es aquel *que busca evitar daños en el medio ambiente que podrían incluso llegar a ser de carácter irreversible*, por lo que se establecen mecanismos de control antes, durante y después de la actividad a realizarse, entendiéndose que en las etapas en las que ya se esté desarrollando la actividad, lo que se buscará será cesar el daño y minimizar en lo posible sus consecuencias.

Sin embargo, como ya se mencionó, no siempre es posible restaurar los recursos naturales, por lo que se vuelve inoperante cualquier medida de reparación, al respecto, Pérez (2008), expone que “si estos daños son irreversibles, es decir, si afectan el derecho humano de habitar en un ambiente sano o que ponga en riesgo del desarrollo sostenible, deberán adoptarse las medidas para prevenir, vigilar y evitar que éste se produzca” (Pérez, 2008).

Acorde a Andaluz (2009) las obligaciones que surgen de este principio son las de: controlar los efluentes potencialmente contaminantes en la fuente, la aprobación de la Evaluación de Impacto Ambiental previo a la autorización de una intervención, la vigilancia y monitoreo ambiental, las inspecciones del oficio inopinadas a los centros de producción o comercio, la prohibición del silencio administrativo positivo para la aprobación automática de instrumentos que autorizan actividades económicas y la excepción a la regla de agotar las vías previas para interponer una acción de garantía constitucional.

III. Derecho internacional

Acercando la doctrina a la realidad del derecho, históricamente la naturaleza no tenía lugar en el derecho internacional (Duvic-Paoli, 2018), pues bajo el paraguas de la soberanía de cada Estado, no era necesario que existan reglas generales que regulen el uso de los recursos naturales, hecho que llama la atención, considerando la particular interacción de los elementos de la naturaleza entre sí y más allá de la soberanía de cada Estado.

En la región andina encontramos que en Bolivia y Ecuador se constitucionalizaron los derechos de la naturaleza (2009 y 2008 respectivamen-

te); por su parte, Colombia, aunque no los reconoce expresamente en su texto constitucional, presenta un extenso análisis constitucional sobre los derechos de la naturaleza en la Sentencia T-622 de 2016, en la que “se reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas” (Corte Constitucional de Colombia, 2016).

Ecuador – de forma material – es considerado como uno de los países más garantistas en materia de derechos de la naturaleza, desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución – en adelante “CRE” –, misma que parte de la concepción de la naturaleza como sujeto de derecho, abarcando una serie de principios y valores constitucionales con el fin de proteger y reparar integralmente al ambiente (Maldonado, F., Yáñez, K., 2020).

IV. Ordenamiento jurídico ecuatoriano

La voluntad del constituyente de establecer un marco normativo que proteja los derechos de la naturaleza se ve reflejada en varios artículos de la Constitución de 2008, una de las grandes diferencias en comparación con la de 1998.

El artículo 14 de la CRE declara que:

“Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la *prevención del daño ambiental* y la recuperación de los espacios naturales degradados”. (Asamblea Constituyente, 2008)

Del artículo en cuestión emerge la responsabilidad estatal por prevenir cualquier tipo de daño ambiental. Sobre el daño, como se mencionó anteriormente y acorde a Efraín Pérez (2008), el principio de prevención

liga esta institución con la responsabilidad objetiva en materia ambiental por el mero hecho de desarrollar una actividad de riesgo.

De los artículos 313 y 396 se infiere nuevamente que, cuando exista certeza de daño, el Estado es el responsable de prevenirlo; si aun así se configura, la responsabilidad será de tipo objetiva¹.

La Constitución irradia al resto de las normas que coexisten en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es así como en el Código Orgánico del Ambiente, en adelante “COAM”, se hace especial énfasis en los principios ambientales como eje fundamental de las actuaciones de públicos y privados y sus afectaciones a los recursos naturales.

Como parte del derecho de la población a vivir en un ambiente sano, el artículo 5 del COAM reconoce que este comprende “la prevención, control y reparación integral de los daños ambiental” (Asamblea Nacional, 2017). De forma específica, el artículo 9 contiene los principios ambientales que “constituyen los fundamentos conceptuales para todas las decisiones y actividades públicas o privadas de las personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, en relación con la conservación sostenible del medio ambiente” (Asamblea Nacional, 2017).

En este cuerpo normativo se entiende al principio de prevención de la siguiente forma:

Quando exista certidumbre o certeza científica sobre el impacto o daño ambiental que puede generar una actividad o producto, el Estado a través de sus autoridades competentes exigirá a quien la promueva el cumplimiento de disposiciones, normas, procedimientos y medidas destinadas prioritariamente a eliminar, evitar, reducir, mitigar y cesar la afectación. (Asamblea Nacional, 2017)

1 Acorde a Rodríguez Puentes (2016) se deriva de una conducta del responsable, quien es el causante del daño, y puede liberarse de la responsabilidad que le corresponde demostrando una fuerza mayor o la culpa de alguien más, sea la víctima, sea un tercero. Es decir, este tipo de responsabilidad busca reparar el daño sin exigir prueba de la culpa, por lo que se revierte la carga de la prueba sobre quién ocasionó el daño, para lo que deberá probar caso fuerza mayor o la culpa de un tercero.

Del artículo citado se desprenden varios elementos, el primero, es que el principio de prevención opera cuando existe certeza sobre el daño ambiental, es decir que, para determinar el riesgo deberán existir informes o controles de los cuáles se pueda inferir la posibilidad de riesgo.

Como segundo elemento, en concordancia con el artículo 396 de la CRE, el Estado ecuatoriano es responsable de que se cumplan efectivamente todas las disposiciones normativas que tienen como propósito proteger los derechos de la naturaleza y el derecho de los seres humanos a vivir en un medio ambiente sano.

Finalmente, como tercer elemento, se entiende que el principio de prevención podrá operar antes y durante la ejecución de la actividad; siendo antes, con el fin de evitar el daño y durante, para reducir, mitigar y cesar la afectación.

V. Acuerdo Ministerial No. 061

El Acuerdo Ministerial No.061 expedido por el Ministerio del Ambiente en el 2015, establece que todos los principios contenidos en la Constitución, leyes y normas secundarias de cualquier jerarquía en materia ambiental son de aplicación directa; añade además que, las autoridades administrativas y jueces observarán los principios de la legislación ambiental y enlista diez principios en particular, entre ellos el principio preventivo o de prevención, definiéndolo de la siguiente forma: “Es la obligación que tiene el Estado, a través de sus instituciones y órganos y de acuerdo a las potestades públicas asignadas por ley, de adoptar las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño” (Ministerio del Ambiente, 2015).

Por tanto, el elemento diferenciador del principio de prevención, tanto para la doctrina cuanto la legislación ecuatoriana, es la existencia de certidumbre de daño, para lo que deben ejecutarse las evaluaciones ambientales correspondientes que permitan identificar la posibilidad de que la actividad evaluada tenga impacto negativo en cualquiera de los ciclos o procesos de la naturaleza.

VI. Jurisprudencia Nacional

En la sentencia No. 32-17-IN/21, la Corte Constitucional resuelve una acción pública de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 86 y 136 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (RAAM), en cuya sentencia decide que las normas impugnadas son contrarias al principio de reserva de ley; aquí, los magistrados indican que el principio de prevención implica tomar las medidas necesarias frente a las afectaciones que con certeza se conoce que una actividad conlleva.

Menciona además que, “las autorizaciones o permisos ambientales deberán garantizar, en cada caso concreto, la aplicación de los principios de precaución y prevención. Particularmente, en cada caso individual, de ser procedente la autorización el permiso, deberá garantizarse el principio de prevención” (Corte Constitucional, 2021).

Siguiendo la misma línea, dentro de la sentencia 1149-19-JP/2, la Corte Constitucional revisa la sentencia de segunda instancia emitida por la Corte Provincial de Justicia de Imbabura dentro de la acción de protección presentada por el GAD de Santa Ana de Cotacachi en favor del Bosque Protector Los Cedros, en la cual se alegaron como vulnerados los derechos de la naturaleza, el derecho a un ambiente sano, el derecho al agua y la consulta ambiental.

En esta sentencia, la Corte Constitucional realiza un análisis más extenso sobre los principios de prevención y precaución, declarando que la principal diferencia entre ambos es la incertidumbre científica sobre las consecuencias negativas, “sea por ser aún objeto de debate científico, por desconocimiento, o por la dificultad de determinar tales consecuencias en virtud de la alta complejidad o numerosas variables involucradas” (Corte Constitucional, 2021).

Establece la Corte que la incertidumbre es la característica fundamental del principio de precaución, y la que lo diferencia del principio de prevención. Es decir que, en el principio de prevención se debe identificar esta certeza científica, la cual se refiere a efectos relativamente claros o posibles de una actividad o producto, pero sin evidencia adecuada para asignar pro-

babilidades; para la Corte, el principio de prevención se aplica sólo cuando se conocen con anticipación tanto los efectos como sus probabilidades.

Además, en concordancia con el artículo 396 de la CRE, la Corte menciona que el principio de prevención conlleva la obligación estatal de exigir el cumplimiento de disposiciones, normas, procedimientos y medidas destinadas prioritariamente a eliminar, evitar, reducir mitigar y cesar la afectación.

VII. Colombia

Respecto al desarrollo de derechos y principios en materia ambiental, Colombia es un referente internacional, su Corte Constitucional ha realizado un extenso trabajo al indicar los lineamientos básicos de ciertos principios, ya que, acorde a su jurisprudencia, la defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la forma organizativa de Estado social de derecho.

En la Sentencia C-703 de 2010, los Magistrados de la Corte Constitucional de Colombia analizan la acción pública de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 32, 36, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, y 49 de la Ley 1333 de 2009.

Aquí, la Corte hace un detallado trabajo al enunciar las formas en las que el principio de prevención se materializa, con el propósito de “conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente” (Corte Constitucional, 2010), siendo las siguientes:

- Evaluación del impacto ambiental
- Trámite y expedición de autorizaciones previas

Criterio que se mantiene dentro de la sentencia T-204 de 2014, en la que la Corte analiza un proceso de revisión sobre el fallo de tutela de 30 de agosto de 2013 que resolvió una acción de tutela y en la sentencia

T-733 de 2017, en la que además se señalan los dos elementos claves del principio de prevención:

- Conocimiento previo del riesgo de daño ambiental, e
- Implementación anticipada de medidas para mitigar los daños (Corte Constitucional, 2017).

En la sentencia T- 1077 de 2012, la Corte identifica la aplicación de los principios de prevención y precaución de la siguiente forma:

El principio de prevención se aplica en los casos en los que es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzca, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarla. (Corte Constitucional, 2012).

Por otro lado, el principio de precaución “se aplica cuando el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción” (Corte Constitucional, 2012)

VIII. Opinión Consultiva OC 23/17

En dicha OC, solicitada por el Estado de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) detalla varios puntos referentes a la relación entre los derechos humanos y la naturaleza. Es importante señalar que en esta, la Corte IDH estipuló que las respuestas planteadas son de importancia para todos los Estados del planeta y que deberán ser acatadas por todos los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, además, deberán ser interpretadas para el medio ambiente en general.

Por tanto, en la OC 23/17 se encuentra un criterio de obligatoria aplicación en lo que respecta a las obligaciones ambientales que a su vez se derivan de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos.

Es necesario precisar que, conforme al bloque de constitucionalidad, los tratados internacionales de derechos humanos son de *obligatoria aplicación* en nuestro país. De forma que, al ser las opiniones consultivas la interpretación oficial de la Convención Americana de Derechos Humanos, se convierten automáticamente en parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

La Corte IDH señala que en el Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras* (2009), ya se ha reconocido la existencia de una relación innegable entre el medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, puesto que la degradación ambiental y los efectos del cambio climático afectan el goce de estos derechos. Por tanto, es a partir de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente que la Corte puede hacer uso de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional para determinar las obligaciones estatales derivadas de la Convención Americana en materia ambiental.

El principal derecho afectado por la degradación del medio ambiente es el derecho a un medio ambiente sano, consagrado en el Protocolo de San Salvador².

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se recoge en el artículo 14 de la Constitución el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir. Para la Corte IDH, este derecho protege a los componentes del medio ambiente como bosques, ríos, mares y otros; reconociéndolos como intereses jurídicos en sí mismos, aunque no exista evidencia de riesgo a las personas individuales. Reconoce la Corte IDH que:

Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos

2 Art. 11. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. (Corte IDH, 2017)

Es decir que, el derecho a un medio ambiente sano no tiene como interés principal la protección de los derechos del ser humano, sino más bien la protección de la naturaleza y de todos los elementos que la conforman en sí. Y es a partir de esta protección que efectivamente se podrá garantizar el desarrollo de los derechos de las personas.

Sobre la obligación de prevención que es lo que nos atañe en el presente trabajo de investigación, la Corte IDH menciona que este principio forma parte del derecho internacional consuetudinario, protección que “no solo abarca la tierra, el agua y la atmósfera, sino que incluye a la flora y la fauna” (Corte IDH, 2017). Conforme a lo estipulado por la Corte IDH, todo daño ambiental que pueda afectar a los derechos de la vida o integridad personal, ya es considerado como un daño significativo, aunque este deba ser analizado acorde al contexto de cada caso, siendo obligación del Estado tomar todas las medidas necesarias para evitar dicho daño. No se trata por tanto de una prohibición expresa de actividades económicas, como lo es el caso de la minería, sino más bien se hace referencia a la obligación estatal de regular dichas actividades, de forma que se eviten daños al medio ambiente.

Es enfática la Corte al señalar que los Estados “están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al medio ambiente” (Corte IDH, 2017). Señala que dicha obligación debe cumplirse “bajo un estándar de debida diligencia, el cual debe ser el apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental” (Corte IDH, 2017).

Es importante recordar que el Estado ecuatoriano tiene la responsabilidad de ejecutar las obligaciones que devienen del principio de prevención acorde a la Corte IDH – en las diferentes etapas de la actividad o proyecto desarrollado – siendo las desarrolladas a continuación.

Primero, reglar la legislación interna a las disposiciones no convencionales en todos los niveles jerárquicos del ordenamiento jurídico, por

lo que las normas que protejan los derechos de la naturaleza no podrán quedar únicamente en el ámbito constitucional o legislativo.

Segundo, la obligación de supervisar y fiscalizar, significa que los Estados no sólo deben preocuparse por indicar las medidas preventivas, sino también aquellas que permitan investigar, sancionar y reparar los daños al medio ambiente, para lo que es obligación estatal desarrollar los mecanismos pertinentes acordes al nivel de riesgo que una actividad o proyecto tenga en el medio ambiente.

La Corte IDH se adentra en un punto muy importante, la obligación estatal de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental e impone varias condiciones que deberán cumplirse; aunque esta institución será desarrollada en el próximo capítulo de este trabajo, cabe indicar que para la Corte IDH, los estudios deberán llevarse a cabo y ser aprobados por la autoridad estatal competente de forma previa a la realización de la actividad y sólo así se otorgará el permiso necesario.

Como cuarta obligación, establecer un plan de contingencia que responda a emergencias o desastres ambientales con el fin de minimizar sus consecuencias. Aunque la Corte IDH se refiera a “Estado de origen” y “Estado afectado”, los criterios de la OC 23/17 son de aplicación directa para todos los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos acorde al bloque de constitucionalidad.

Por último, se encuentra la obligación de mitigar en aquellos casos que ya haya ocurrido el daño ambiental, esto si es que ya se han tomado todas las medidas preventivas y aun así se configura el daño ambiental, utilizando la mejor tecnología disponible para minimizar en la medida de lo posible, los daños que la naturaleza pueda sufrir.

IX. Evaluaciones de impacto ambiental

La doctrina y principios de la Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, “EIA”), surgen en los años sesenta como una institución del derecho ambiental que incide en la toma de decisiones referentes a dicha

materia, para lo que se requería una evaluación técnica que pudiera proveer la justificación que permita aprobar cierta decisión desde un punto de vista objetivo.

Pinto y Martin detallan que esta institución ambiental encuentra su primer antecedente regulatorio en la legislación norteamericana, pues a partir de la Segunda Guerra Mundial, el gobierno federal de Estados Unidos comenzó a tener mayor peso en las decisiones, financiamiento y asignación de obras públicas de gran escala (Romero, 2007) decisiones que se contraponían ante la voluntad de los municipios y condados, con los programas de planificación o con los intereses de ciertos grupos locales, así, fue creciendo la necesidad de justificar dichos proyectos ante las juntas de planeación (integradas por autoridades municipales y de condados), los tribunales civiles correspondientes y la sociedad en general.

En respuesta a esta necesidad es que en 1969 fue expedida como ley pionera en la materia la “*National Enviromental Policy Act*” (NEPA), norma que fijó en su artículo 102 la obligación de que las acciones federales que puedan suponer una afección significativa sobre el medio ambiente, sean consideradas en un *Enviromental Impact Statementent* (EIA) con el fin de que prevenga las repercusiones de las mismas en el medio. A partir de este hito la institución comenzó a extenderse hacia otros ordenamientos jurídicos, es así como Colombia la incorpora en 1974 dentro del “Código de Recursos Naturales de Colombia” (Pinto, M.; Martin, L., 2012).

Estos primeros acercamientos son los que iniciaron lo que la doctrina ha denominado como etapa formativa del concepto (Pérez, 2017), conforme pasaron los años y frente a la necesidad de regular el impacto que proyectos y obras podrían tener en el ambiente, más países comenzaron a institucionalizar a la EIA. Respecto a instrumentos internacionales, en 1991 se firmó el Convenio de Espoo sobre evaluación de impacto en el medio ambiente, lo que configuró la etapa de formalización (1989-2000), en este periodo, la EIA era entendida como como un modelo técnico-racional, y desde ahí ha sido manejada bajo dos perspectivas: en primer lugar, desde un ámbito técnico con diferentes herramientas para la evaluación, y en segundo lugar, con el fin de sentar las bases legales para su aplicación. (Jay, S.; Jones, P., Slinn and C. Wood., 2007).

La EIA es un instrumento que surge a partir del nuevo paradigma ambiental como “respuesta a la preocupación por las consecuencias que el actuar humano genera sobre el entorno” (Lorenzetti, 2008), de forma que este paradigma abandona el enfoque tradicional del conocimiento jurídico, dando un paso más allá de los modelos curativos, para avanzar a los estándares preventivos, con el fin de evitar los posibles riesgos del actuar humano antes de que se efectúe el daño.

Para estudiar esta institución y analizar la regulación respecto de esta en nuestro ordenamiento jurídico, se debe conceptualizarla para identificar sus elementos y llevarlos a nuestra realidad jurídica. De esta forma, a continuación, se muestran ciertas definiciones de la EIA:

Es un procedimiento previo a la toma de decisiones, constituido por un proceso por el cual una acción que debe ser aprobada por una autoridad pública y que puede dar lugar a efectos colaterales significativos para el medio, se somete a una evaluación sistemática cuyos resultados son tenidos en cuenta por la autoridad competente para conceder o no su aprobación. (Bustamante, 1995)

La Asociación Internacional de Evaluación de Impacto (IAIA), define a la EIA como “el proceso de identificar las consecuencias futuras del desarrollo de un proyecto. Debiéndose considerar los aspectos biofísicos, sociales y cualquiera que pudiera ser considerado relevante” (IAIA, 2009).

Para Jaquenod de Zsogon, la EIA “se presenta como la típica evaluación previa a la decisión, en la medida en que procura orientar la resolución a adoptar en función de potenciales impactos sobre el ambiente” (Jaquenod de Zsogon, 2007), definición de la cuál es posible identificar y hacer énfasis en el carácter preventivo de esta institución del Derecho ambiental.

Canter, citando a Barret y Therivel, menciona que el sistema ideal en la Evaluación de Impacto Ambiental debe tener las siguientes características:

1. Ser aplicables a todos los proyectos que se espere tengan impactos en el ambiente y que a su vez puedan ser considerados todos los impactos que sean significativos;

2. Se puedan comparar alternativas a los proyectos propuestos (incluyendo la posibilidad de no desarrollar el proyecto), se puedan comparar metodologías, técnicas y medidas de mitigación;
3. Ser escrita en términos claros y accesibles a cualquier persona, ya sean expertos o no en el tema;
4. Incluir la participación pública y de cualquier instancia;
5. Ser programada para obtener la información suficiente antes de tomar la decisión;
6. Ser ejecutable; e
7. Incluir un procedimiento de seguimiento y monitoreo. (Barrett, B. F.D., Therivel, R., 1991)

Pinto y Martin citando a Cafferatta, identifican a la EIA como un estudio destinado a identificar e interpretar, así como a prevenir las consecuencias que las actividades ambientales podrían causar en el medio ambiente, siendo por ello en principio un procedimiento previo para la toma de decisiones (Cafferatta, 2003).

Añaden los autores que “la evaluación puede presentarse antes, durante o después de las actividades vinculadas al proceso de decisión” (Pinto, M.; Martin, L., 2012); es así como la EIA se clasifica en dos: la evaluación ex ante, que procura alcanzar la decisión más conveniente, y la evaluación ex post, que procura corregir las decisiones ya adoptadas.

Aquí surge el debate, pues a partir del acercamiento doctrinario realizado se entiende que la EIA tiene una naturaleza preventiva; sin embargo, para autores como los ya citados, la EIA se caracteriza principalmente por ser cognoscitiva, ya que:

En dicha discusión, ciertos autores proponen que esta institución carece de eficacia en el derecho. Pigretti critica la regulación de la EIA en el ordenamiento jurídico argentino afirmando que:

El conjunto normativo, por lo general ha resultado ineficaz volviendo estéril esta figura de la EIA. Este hecho nos aleja del análisis de la figura dado que la misma no presenta en realidad los efectos deseados, pasando a constituir un Bill de indemnidad, como suele suceder en más de una figura creada por el nuevo derecho que sin embargo, no da resultado ninguno. (Pigretti, 2003).

Para entender la postura de Pigretti se debe definir la figura de Bill de indemnidad, que se relaciona estrechamente con la división de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Dicho Bill, faculta al poder ejecutivo a convalidar o remediar los vicios que puedan ser realizados por el poder legislativo en el ejercicio de sus funciones y exime de responsabilidad a los funcionarios partícipes del acto en cuestión. Así, es posible concluir que la crítica de este autor no es la figura de EIA como tal, sino más bien al sistema no sólo jurídico, sino también social y sobre todo, político.

Aunque la crítica está enfocada hacia la aplicación de la institución por las autoridades en las distintas realidades sociales, mas no en su objeto, se considera que la misma deja de lado la importancia de entender al derecho como una herramienta para la transformación social, lo que a su vez permite que desde el punto de vista formal, las autoridades se excusen en que esta institución junto al principio de prevención no pueden tener más alcance que al expresamente consagrado en las normas, y que ellos, en el ejercicio de sus atribuciones legales cambien dichas normas en función de sus intereses.

En contraste, Ramiro Ávila en la Sentencia de Acción Pública de Inconstitucionalidad 32-17-IN/21 expone que, esta transformación social tiene como obstáculo la comprensión del derecho desde la forma tradicional, en el que se mira obsesivamente el pasado y el formalismo jurídico es la garantía de su permanencia en el tiempo (Corte Constitucional del Ecuador, 2021), lo que impide que se garanticen los derechos de las personas y colectivos, más allá de que aquellos se encuentren reconocidos o no en los cuerpos legales.

X. Evaluaciones Ex Ante y Ex Post

Alejandro Drovandi en “La Evaluación de Impacto Ambiental y su régimen jurídico” diferencia las cinco etapas del ciclo de vida de un proyecto, siendo estas:

1. Identificación
2. Preparación
3. Evaluación ex ante y aprobación
4. Ejecución
5. Terminación y evaluación ex post. (Drovandi, 2012)

De lo expuesto se observa que la evaluación ex ante se realiza antes de la ejecución de la actividad, conforme al principio de prevención pues como se ha mencionado varias veces, una vez que el daño sea realizado, muchas veces no es posible remediarlo, mucho menos llegar a una reparación integral; por otro lado, la evaluación o control ex post es la última parte del proyecto, herramienta que se activa una vez que el proyecto finaliza, por lo que se aleja del principio de prevención, enfocándose en evaluar las consecuencias reales que la obra o proyecto ha dejado en el medio ambiente.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, Labeaga y Muñoz se refieren a la complementariedad de ambas herramientas de forma que se logre cumplir la doble finalidad de la evaluación de impacto ambiental:

Aprender de la experiencia, extrayendo lecciones que puedan aplicarse a la mejora del diseño y la puesta en práctica de políticas públicas; y rendir cuentas a los ciudadanos que, con carácter general, han sido los que han aportado los recursos utilizados. (Labeaga y Muñoz, 2013)

Para Zarabozo, la característica principal de la evaluación ex ante es la proyección a futuro (Zarabozo, 2011), pues tiene como objetivo “poder

comprender posibles escenarios de crisis y adelantarse con suficiente antelación a que la misma ocurra” (Katz, 2020), se esgrime así la estrecha relación entre la evaluación ex ante y el principio de prevención.

Por otro lado, en lo referente a la evaluación ex post, mantiene Zarabozo que son contrarias a la preservación del orden ambiental, pues aunque acciones como la recomposición ambiental tienden a la regeneración en especie del medio, una vez que el daño ambiental se ha producido, no se puede garantizar el reequilibrio del medio ambiente, además muchas veces el accionar humano no puede evitar las variaciones ecológicas y/o climáticas que se producen por dicho daño (Zarabozo, 2011), por lo que se mantiene desde la doctrina que en esta etapa el papel de los agentes regulatorios es de “responder a la crisis una vez que esta ha ocurrido, desarrollando capacidad de gestión de riesgo, es decir capacidad de monitorear y predecir las condiciones de funcionamiento de la industria y operar preventivamente antes que la crisis se manifieste” (Katz, 2020).

De lo recién expuesto es posible llevar al debate si el principio de prevención está o no relacionado con la EIA ex post. Para entenderlo mejor se presenta el siguiente caso hipotético.

Tenemos el proyecto A y proyecto B. El proyecto A es ejecutado una vez que se aprobó la EIA ex ante, cumpliéndose todos los requisitos legales para aprobar su ejecución; sin embargo, ya finalizado el proyecto se realiza la EIA ex post en la que se determina que la actividad causó efectos irreversibles en el medio ambiente. Años después se propone empezar con el proyecto B, análogo al proyecto A, por lo que se decide, en base a los resultados obtenidos en la EIA ex post del proyecto A, denegar su ejecución.

¿Sirvió el control ex post del proyecto A para prevenir los posibles efectos negativos que pudo tener el proyecto B sobre el medio ambiente?
¿Tiene carácter preventivo la EIA ex post del proyecto A?

Si bien es cierto, con los resultados de la EIA ex post del proyecto A, se logró prevenir los posibles efectos negativos del proyecto B, sin embargo,

para llegar a esta decisión tuvo que surgir la necesidad de evaluar este último y así compararlo con el caso análogo.

Una de las posibles respuestas deducibles a partir del caso planteado es que, aunque la EIA ex post del proyecto A sirvió como fundamento para denegar el permiso ambiental del proyecto B, no tuvo carácter preventivo en sí mismo, ya que el daño al medio ambiente en dicho proyecto sí se ocasionó, y como se ha expuesto enfáticamente en este trabajo de investigación, reparar dichos daños es una misión casi imposible. Se entendería entonces que fue la EIA ex ante del proyecto B que cumplió su función de prevenir daños ambientales y que los resultados del proyecto A sirvieron como antecedente.

Por otro lado, el carácter preventivo de la EIA ex post del proyecto A podría encontrarse en la certeza de que dicho caso análogo tendrá efectos negativos en el medio ambiente.

XI. Colombia

En Colombia son varios los cuerpos normativos que se enfocan en regular el proceso de licenciamiento para actividades ambientales y en específico, actividades mineras; la Ley 99 de 1993 se refiere a las generalidades de las licencias ambientales y es un primer acercamiento a la institución de EIA, ya en el Decreto 2041 se desarrolla con mayor profundidad los parámetros que debe contener una EIA, así como los tiempos en los que debe ser realizada; sin embargo, Colombia ya había dado un paso más allá al publicar en el 2002, a través del Ministerio del Medio Ambiente y el Convenio Andrés Bello, el “Manual de evaluación de estudios ambientales: Criterios y procedimientos”.

Juan Maldonado (2002), Ministro del Medio Ambiente a la época, sostuvo que: “el Ministerio del Medio Ambiente, consciente del compromiso institucional de hacer de la evaluación del impacto ambiental una herramienta efectiva para la toma de decisiones, se retó a agilizar el proceso de licenciamiento ambiental, con el objetivo de dar una respuesta

ágil y oportuna al sector regulado” (Ministerio del Medio Ambiente de Colombia, Convenio Andrés Bello, 2002).

El manual abarca la metodología de la evaluación de impactos, misma que deberá incluir tanto los sistemas ecológicos naturales cuanto una serie de acciones tecnológicas del hombre, de forma que, al reconocer las interacciones entre ambos, sea posible identificar una idea real del comportamiento de todo el sistema. El manual indica las características que deben cumplir las metodologías de evaluación de impactos, enlistando las siguientes:

- a. Ser interdisciplinarias, sistemáticas, reproducibles y con un fuerte grado de organización y uniformidad.
- b. Considerar los sistemas más amplios, empero, estudiar cada parte de forma especial, concluyendo en que las interpretaciones de cada una de esas partes deberán guardar relación entre sí.
- c. Ser flexibles, aplicables a cualquier fase del proceso de planificación y desarrollo; sin embargo, deberán revisarse constantemente en relación a la experiencia adquirida.
- d. Ser adecuadas para efectuar un análisis integrado, sistemático e interdisciplinario del medio ambiente y sus componentes. (Ministerio del Medio Ambiente de Colombia, Convenio Andrés Bello, 2002)

Se trata entonces de un compendio de criterios y parámetros que, acorde a Milena Escobar (2002), Secretaria Ejecutiva del Convenio Andrés Bello, aunque fueron recopiladas a partir de la normativa ambiental colombiana y ante la necesidad de regular con especialidad las actividades que causan impacto en el medio ambiente, tienen también una fuerte validez internacional, al tratarse de contenido técnico y acorde a los lineamientos mundialmente aceptados. De allí la importancia que tiene dicho instrumento para otros países de la región como Ecuador, donde claramente se ha identificado en este trabajo la necesidad de directrices más específicas y claras que protejan los derechos de la naturaleza y que adecúen el proceso de licenciamiento a los estándares constitucionales e internacionales.

A continuación, se muestra una tabla que compara a la institución de Evaluación de Impacto Ambiental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con el colombiano.

Evaluación de Impacto Ambiental		
	Ecuador	Colombia
Ley orgánica	Derecho a vivir en un medio ambiente sano: obligación de toda obra, proyecto o actividad, en todas sus fases, de sujetarse al procedimiento de EIA. (Código Orgánico del Ambiente, Art. 5.7)	EIA como instrumento básico para la toma de decisiones respecto de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial. (Ley 99 de 1993, Art. 1). Conjunto de información que debe presentar ante la autoridad ambiental competente el interesado en el otorgamiento de una licencia ambiental. (Ley 99, Art. 57)
Ley especial	* En todos los casos, se requiere la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por parte del Ministerio del Ambiente. (Ley de Minería, Art. 26.a) * Los titulares de concesiones mineras y plantas de beneficio, fundición y refinación, previamente a la iniciación de las actividades mineras en todas sus fases deberán efectuar y presentar estudios de impacto ambiental. (Ley de Minería, Art. 78)	Deberá presentarse el estudio que demuestre la factibilidad ambiental de cada programa. Sin la aprobación expresa de este estudio y la expedición de la Licencia Ambiental correspondiente no habrá lugar a la iniciación de los trabajos y obras de explotación minera. (Ley 685, Art. 85)

La evaluación de impacto ambiental de actividades mineras acorde al principio de prevención ambiental: evaluaciones ex ante y ex post conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano

<p style="text-align: center;">Decretos / Acuerdos Ministeriales</p>	<p>Estudios ambientales: una estimación predictiva o una identificación presente de los daños o alteraciones ambientales, con el fin de establecer las medidas preventivas, las actividades de mitigación y las medidas de rehabilitación de impactos ambientales producidos por una probable o efectiva ejecución de un proyecto de cualquiera de las fases. (Acuerdo Ministerial 0.61, Glosario de términos)</p>	<p>Parámetros para la emisión de la EIA: Información del proyecto, Caracterización del área, Demanda de recursos naturales, Análisis de riesgos, Zonificación de manejo ambiental, Evaluación económica, Plan de manejo ambiental, Programa de seguimiento, Plan de contingencias, Plan de desmantelamiento, Plan de inversión, Plan de compensación por pérdida de biodiversidad. (Decreto 2041, Art. 21)</p>
<p style="text-align: center;">Manuales</p>	<p style="text-align: center;">Ecuador no tiene</p>	<p>* Características: interdisciplinario, interrelacionado, aplicables a cualquier parte del proceso de planificación de forma constante, integrado, sistemático e interdisciplinario.</p> <p>* Contenido técnico acorde a lineamientos internacionales. (Manual de evaluación de estudios ambientales: Criterios y procedimientos)</p>

XII. EIA en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

El Código Orgánico del Ambiente desarrolla en su artículo 5 el derecho de la población a vivir en un ambiente sano, indicando en su numeral 7 que dicho derecho comprende “La obligación de toda obra, proyecto o actividad, en todas sus fases, de sujetarse al procedimiento de evaluación de impacto ambiental” (Asamblea Nacional, 2017).

De manera especial, la Ley de Minería dentro del capítulo de “Zonas mineras especiales y actos administrativos favorables previos”, indica en

el artículo 26 que para ejecutar actividades mineras en los lugares determinados en dicho capítulo, se requiere de forma obligatoria actos administrativos fundamentados y favorables, mismos que al tenor de la misma norma, deberán ser otorgados previamente; es así como en el literal a) señala que: “En todos los casos, se requiere la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental y el informe sobre la afectación a áreas protegidas por parte del Ministerio del Ambiente”.

El artículo 78 de la norma mencionada precisa que de forma previa al inicio de toda actividad minera y en cualquiera de sus fases deberán presentar estudios de impacto ambiental. Distingue que para la fase de exploración inicial será obligatorio presentar el estudio de impacto ambiental previo a la ejecución de la actividad, obra o proyecto y en la fase de exploración y subsiguientes, además del EIA, deberán presentarse los planes de manejo ambiental pertinentes.

Siguiendo con el tratamiento que la legislación ecuatoriana da a la institución de EIA, el Acuerdo Ministerial No. 061 de 4 de mayo de 2015 como acto administrativo de carácter normativo, contiene las definiciones jurídicas de las evaluaciones de impactos ambientales *ex ante* y *ex post*.

El Acuerdo No. 061 fue expedido cuando aún no se promulgaba el Código Orgánico del Ambiente, norma que entró en vigencia en 2018; sin embargo, no derogó al Acuerdo, por lo que este sigue vigente y es el único cuerpo en el que se encuentran reguladas las dos instituciones estudiadas dentro de este apartado.

El acuerdo busca regular las actividades públicas y privadas que puedan afectar el mantenimiento y regeneración de la naturaleza. Como parte de su glosario y con el objetivo de integrar correctamente las normas a los hechos, el Acuerdo parte de la definición de Estudios Ambientales, para luego acercarse a las de Estudios de Impacto Ambiental *ex ante* y *ex post*; en este orden de ideas, los Estudios Ambientales son considerados como:

Una estimación predictiva o una identificación presente de los daños o alteraciones ambientales, con el fin de establecer las medidas preventivas, las actividades de mitigación y las medidas de rehabilitación de impactos ambientales producidos por una probable o efectiva ejecución de un proyecto

de cualquiera de las fases, las mismas que constituirán herramientas técnicas para la regularización, control y seguimiento ambiental de una obra, proyecto o actividad que suponga riesgo ambiental. (Ministerio del Ambiente, 2015).

La definición legal de Estudios Ambientales se asemeja entonces a lo que para la doctrina es llamado como “Estudios de Impacto Ambiental”, por lo que la normativa ecuatoriana considera que pueden realizarse en cualquiera de las etapas de un proyecto, sea en la etapa de evaluación, para establecer medidas preventivas (EIA ex ante), etapa de desarrollo, para establecer actividades de mitigación y por último, una vez concluida la actividad que efectivamente causó daño ambiental, para establecer medidas de rehabilitación de impactos ambientales (EIA ex post).

Expuesta la definición de los estudios o evaluación de impacto ambiental, a efectos prácticos surge la siguiente interrogante: ¿Sobre quién recae la competencia del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental?

Según lo dispuesto en el Acuerdo Ministerial No. 0.61, le corresponde a “la Autoridad Ambiental Nacional el proceso de evaluación de impacto ambiental, el cual podrá ser delegado a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales, metropolitanos y/o municipales a través de un proceso de acreditación conforme a lo establecido en este Libro” (Ministerio del Ambiente, 2015).

Una vez sea llevado a cabo el proceso de evaluación ambiental, el resultado es una autorización administrativa ambiental, que según lo expuesto por el Ministerio, su alcance y naturaleza depende de la herramienta de gestión empleada según el caso.

Acorde al artículo 27 de la normativa estudiada, los estudios ambientales sirven en primer lugar, para garantizar una adecuada y fundamentada predicción, identificación e interpretación de los impactos ambientales; y en segundo lugar, para garantizar la idoneidad técnica de las medidas de control para la gestión de los impactos ambientales y sus riesgos.

Se especifica que los estudios ambientales deben ser realizados “de manera técnica, en función del alcance y la profundidad del proyecto,

obra o actividad, acorde a los requerimientos previstos en la normativa ambiental aplicable” (Ministerio del Ambiente, 2015).

Respecto de la institución que nos interesa analizar, el artículo 28 del Acuerdo define cómo debe entenderse en el contexto jurídico ecuatoriano a la EIA:

La evaluación de impactos ambientales es un procedimiento que permite predecir, identificar, describir, y evaluar los potenciales impactos ambientales que un proyecto, obra o actividad pueda ocasionar al ambiente; y con este análisis determinar las medidas más efectivas para prevenir, controlar, mitigar y compensar los impactos ambientales negativos, enmarcado en lo establecido en la normativa ambiental aplicable. (Ministerio del Ambiente, 2015)

Finalmente, la normativa proporciona una definición de las EIA ex ante y ex post, de tal forma que en artículo 34 del Acuerdo, se dispone que la EIA ex ante, o conocida en el Acuerdo como EsIA Ex Ante, “son estudios técnicos que proporcionan antecedentes para la predicción e identificación de los impactos ambientales. Además, describen las medidas para prevenir, controlar, mitigar y compensar las alteraciones ambientales significativas” (Ministerio del Ambiente, 2015).

De lo expuesto se esgrime que la EIA ex ante para la normativa ecuatoriana es un estudio que permite predecir e identificar los posibles impactos ambientales de una obra o proyecto, en el que se describen además las medidas que serán empleadas para prevenir, controlar, mitigar y compensar las afectaciones a la naturaleza.

Vuelve a surgir entonces una discusión entre lo internacionalmente aceptado en la doctrina y la normativa nacional, pues la primera de estas ha sido clara al precisar que la EIA ex ante, tiene como fin prevenir que se efectúe el daño, por lo que no cabe, como se presenta en la norma ecuatoriana, hablar de control, mitigación o compensación, ya que, estas etapas sólo son posibles de llevar a cabo una vez que se ha aprobado el proyecto y que el mismo se encuentra en etapa de desarrollo o culminación. Cabe recordar que el fin de la EIA ex ante es evitar que el daño se efectúe, por lo que – en teoría – debe servir como herramienta para que se niegue la autorización ambiental correspondiente si es que se conoce

que en el futuro existirá un impacto ambiental fuerte o irreversible en el medio ambiente.

Que la EIA ex ante pueda ser realizada en cualquier etapa de una obra o proyecto implica que no se está garantizando el principio de prevención ambiental, lo cual es inconstitucional a la luz de la Constitución de la República del Ecuador (artículos 14 y 397) y de lo esgrimido por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC 23/17. Si bien este punto no es parte del análisis del capítulo presentado, es importante comenzar a abrir la discusión que será abarcada dentro del siguiente y último capítulo de este trabajo.

Por otro lado, en el artículo 35 del Acuerdo No. 061 se encuentra la definición de la EIA ex post, conocida en la norma ecuatoriana como EsIA Ex Post: “Son estudios ambientales que guardan el mismo fin que los estudios ex ante y que permiten regularizar en términos ambientales la ejecución de una obra o actividad en funcionamiento, de conformidad con lo dispuesto en este instrumento jurídico” (Ministerio del Ambiente, 2015).

La norma ecuatoriana no diferencia los objetivos de las EIA ex ante y ex post; sin embargo, se identifica que la EIA ex post es realizada cuando la obra o actividad ya se encuentra en funcionamiento, criterio que, en parte, coincide con el alcance doctrinario de esta institución; sin embargo, la norma no detalla si la EIA ex post deberá realizarse una vez el proyecto u obra haya terminado, por lo que se entiende que la EIA sólo podrá ejecutarse durante la etapa de desarrollo.

XIII. Inconstitucionalidad del Acuerdo Ministerial

El Acuerdo Ministerial No. 061 fue emitido por el Ministerio del Ambiente en uso de las atribuciones establecidas en el artículo 154 numeral 1 de la Constitución y del artículo 17 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (norma que a la actualidad no se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano) con fecha 7 de abril de 2015, entrando en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial a la fecha de 4 de mayo de 2015.

El ámbito del mismo, acorde a su artículo 1, es establecer los procedimientos y regular las actividades y responsabilidades públicas y privadas en materia de calidad ambiental, que comprende el conjunto de características del ambiente y la naturaleza. En dicho instrumento se encuentran los procesos que deben ser cumplidos para realizar cualquier tipo de actividad que tenga repercusiones en el ambiente, incluyendo a las actividades mineras.

Es importante resaltar que, el Acuerdo ratifica los principios ambientales reconocidos en la Constitución e incluso hace énfasis en que las autoridades administrativas y jueces deberán observar con especial atención los principios de prevención, precaución, contaminador-pagador o quien contamina paga, corrección de la fuente, corresponsabilidad en materia ambiental, de la cuna a la tumba, responsabilidad objetiva, responsabilidad extendida del productor y/o importador, de la mejor tecnología disponible y reparación primaria o In Natura.

El Acuerdo incluye, en concordancia al artículo 14 de la Constitución, al principio de prevención, además, dicho Acuerdo recoge en sus artículos 34 y 35 la conceptualización de los Estudios Ambientales Ex Ante y Ex Post respectivamente, estableciendo que ambos son estudios técnicos que proporcionan antecedentes para la predicción e identificación de los impactos ambientales y que guardan el mismo fin. Es así como surge la necesidad de analizar la constitucionalidad de ambos artículos, pues acorde a lo expuesto en el desarrollo de este trabajo, la EIA ex ante tiene un propósito diferente a la EIA ex post e incluso se realizan en diferentes etapas de las actividades, obras o proyectos; por lo que, su regularización dentro de los artículos en cuestión vulneraría los principios de reserva legal y de jerarquía constitucional, además vulneraría el derecho a vivir en un medio ambiente sano y el principio de prevención.

13.1 Reserva legal y jerarquía constitucional

El cumplimiento del principio de reserva legal en materia ambiental encuentra dificultades en el arbitrio de la autoridad administrativa, es así como Ruiz-Jarabo menciona que “aun cuando dicho principio está

destinado a procurar grandes ventajas a la sociedad, encierra también peligros, derivados de las excepciones que conlleva a ciertos derechos y libertades fundamentales” (Ruiz-Jarabo, 2005).

El artículo 132 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece que:

La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. (Asamblea Constituyente, 2008).

Bajo la misma línea, el artículo 133 de la CRE cataloga como leyes orgánicas a aquellas que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Los artículos 34 y 35 del Acuerdo Ministerial No. 061 contemplan la posibilidad de que ambos tipos de evaluación de impacto ambiental (ex ante y ex post) puedan ser realizadas en cualquier parte del ciclo de la actividad, obra o proyecto minero; además, no distinguen la finalidad de cada EIA, lo que resulta contrario al principio de reserva de ley, ya que incide directamente en el derecho constitucional de vivir en un medio ambiente sano y en el principio de prevención, lo que exige que este supuesto se encuentre reconocido en una ley orgánica.

Sin embargo; el artículo 6 del Código del Ambiente establece que, para garantizar el ejercicio de los derechos de la naturaleza, “La Autoridad Ambiental Nacional definirá los criterios ambientales territoriales y desarrollará los lineamientos técnicos sobre los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la naturaleza” (Asamblea Nacional, 2017), facultando al ejecutivo a regular los derechos de la naturaleza que tienen reconocimiento constitucional, lo que, a la luz del artículo 132 de la CRE sería inconstitucional.

Por otra parte, el artículo 84 de la Constitución reconoce que todo órgano con potestad normativa debe adecuar las leyes y demás normas a

los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales; es decir que, todas las normas infraconstitucionales – incluyendo aquellas que se encuentran contenidas en los Acuerdos Ministeriales – deben guardar coherencia con la Constitución, tratados e instrumentos internacionales reconocidos por el Estado ecuatoriano.

La Constitución establece dentro del artículo 424 que todo acto del poder público deberá guardar conformidad con la Constitución.

En ese sentido, un Acuerdo Ministerial no puede contravenir disposiciones constitucionales, oponiéndose expresamente a los artículos 14 y 397 de la Constitución, por lo que, el Acuerdo analizado tampoco respeta la jerarquía establecida en la norma constitucional. En ese sentido, existe una aparente inconstitucionalidad por la forma en los artículos 34 y 35 del Acuerdo Ministerial No. 061.

Textualmente se reconoce en el artículo 35 del Acuerdo en cuestión que los Estudios Ambientales Ex Post guardan el mismo fin que los estudios Ex Ante, lo que a la luz de la Constitución de la República y de instrumentos internacionales como la Opinión Consultiva OC/23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sería inconstitucional ya que vulnera el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Artículo 14 de la CRE) y es contrario al principio de prevención recogido en el mismo artículo y desarrollado a lo largo del ordenamiento jurídico ecuatoriano, siendo reconocido como el eje central para el desarrollo de las actividades, obras o proyectos que puedan tener afectaciones al medio ambiente.

Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia No. 019-16-SIN-CC, ha identificado la relación entre la garantía normativa de reserva de ley y la de jerarquía constitucional:

Las garantías normativas implican que los órganos encargados de la producción normativa infraconstitucional deben observar y guardar coherencia prima facie con el contenido de la Constitución de la República al momento de producir disposiciones normativas. Aquello denota que el legislador dentro de su contexto democrático, debe garantizar derechos a través de leyes; sin embargo, para complementar aquella tutela y lograr una eficacia de la norma

jurídica se requiere también un desarrollo normativo a través de regulaciones acordes a la normativa constitucional. (Corte Constitucional, 2016)

Por tanto, no sería suficiente que mediante ley orgánica se regulen las EIA ex ante y ex post, su objetivo y tiempos de aplicación; sino que dicha ley, así como la normativa secundaria que se emita con regulaciones específicas sobre la materia, deberá guardar armonía con los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales, de tal forma que se garantice su protección.

Dicha normativa deberá garantizar que las evaluaciones de impacto ambiental no constituyan un mero trámite, es decir que sean ejecutadas con una rigurosidad técnica y normativa en la que se garanticen los principios ambientales reconocidos en la Constitución, entre estos, el de prevención.

13.2 Derecho a vivir en un medio ambiente sano

El artículo 14 de Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

Por su parte, el Protocolo de San Salvador – parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos – ratificado por el estado ecuatoriano y publicado en el Registro Oficial 109 de 18 de enero de 1993, consagra expresamente en su artículo 11 que:

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados Parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. (Organización de los Estados Americanos, 1988)

Bajo la misma línea, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC 23/17 desarrolla este derecho manifestando que tiene connotaciones tanto individuales como colectivas. La connotación colectiva implica que el de-

recho es en sí mismo un interés universal que se debe a generaciones presentes y futuras; pero a la vez, también tiene relación directa con la esfera individual, pues la vulneración de dicho derecho puede afectarla – directa o indirectamente – a través de la vulneración a otros derechos conexos como el derecho a la salud, a la integridad personal o la vida.

Por su parte, la misma Constitución reconoce en el artículo 397 numeral 2 que, para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: “Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales” (Asamblea Constituyente, 2008).

La Corte IDH lo reconoce como un derecho fundamental, pues estipula que la degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos; sin embargo, añade que el derecho al medio ambiente sano debe ser considerado como un derecho autónomo, ya que “protege los componentes del medio ambiente, tales como los bosques, ríos, mares y otros, como intereses en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales”. (Corte IDH, 2017).

Por tanto, se observa que existe un reconocimiento expreso del derecho a un medio ambiente sano en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por Ecuador y que por tanto, forman parte del bloque de constitucionalidad, convirtiéndose en normas de obligatorio cumplimiento.

Que las Evaluaciones de Impacto Ambiental ex ante y ex post sean consideradas por la legislación ecuatoriana como herramientas que guardan el mismo fin, vulnera el derecho a un medio ambiente sano, pues no garantiza la protección del ambiente y no previene la configuración del daño ambiental. Si es posible que ambas herramientas sean ejecutadas en cualquier parte del proceso de un actividad, obra o proyecto, ¿Cuál de estas herramientas estaría velando por la prevención del daño ambiental?

Acorde a la amplia doctrina que ha sido expuesta en el capítulo número dos, ambas instituciones guardan diferencias entre sí, siendo la más

importante que la EIA ex ante debe ser realizada antes de la ejecución de cualquier actividad que afecte al medio ambiente, mientras que la EIA ex post deberá ejecutarse una vez que dicha actividad haya concluido.

Que las EIA ex post, acorde al artículo 35 del Acuerdo No. 061 sean “estudios que permiten regularizar en términos ambientales la ejecución de una obra o actividad en funcionamiento” (Ministerio del Ambiente, 2015), da paso a que en la práctica se dé prioridad a este tipo de evaluación y por tanto, sea posible que se otorgue una licencia ambiental sin que exista control previo que determine los posibles impactos a la naturaleza, ocasionando finalmente que el daño ambiental ya no pueda prevenirse, pues como no existe evaluación, no existe a la vez certeza de daño ambiental.

Aunque lo expuesto anteriormente parte de un supuesto, debe evidenciarse que en la actualidad, los artículos 34 y 35 del Acuerdo No. 061 han dado paso a otros actos normativos que podrían seguir vulnerando los derechos previamente establecidos.

Es así como, el Presidente de la República, Guillermo Lasso, basado en que “la coyuntura económica actual, nacional e internacional demanda que el Gobierno Nacional busque alternativas viables para explorar y explotar, de manera racional y ambientalmente sustentable, los recursos naturales no renovables que se encuentran en el subsuelo” (Presidencia de la República del Ecuador, 2021) expidió mediante Decreto Ejecutivo No. 151 el Plan de Acción para el Sector Minero del Ecuador, con el fin de “destinar el fruto de tal actividad a programas sociales que combatan la pobreza y promuevan el desarrollo económico del país” (Presidencia de la República del Ecuador, 2021).

Decreta que el Plan de Acción para el Sector Minero del Ecuador tiene como objetivo desarrollar una minería eficiente y responsable ambiental y socialmente; sin embargo, en la tercera disposición transitoria expresamente establece que, el Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica junto con el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables deberán emitir un Acuerdo Interministerial para “el otorgamiento eficiente y oportuno de permisos ambientales y de agua, que

cumplan con absoluta rigurosidad la normativa ambiental y de agua, en el que se optimicen los tiempos para su emisión y se prioricen los controles ex-post” (Presidencia de la República del Ecuador, 2021).

Es decir, a partir de este decreto ejecutivo, los Ministerios correspondientes podrían regular el proceso de emisión de permisos ambientales de tal forma que los tiempos para obtener dicho permiso se acorten y que se pueda iniciar una actividad, obra o proyecto con la aprobación de una EIA ex post, que a la luz del Acuerdo No. 061 puede realizarse mientras la obra ya está en desarrollo.

Bajo los estándares nacionales e internacionales no puede iniciarse una actividad, proyecto u obra minera sin una Evaluación de Impacto Ambiental; sin embargo, sí es posible que se cumpla tal supuesto en la realidad ecuatoriana.

13.3 Inobservancia al principio de prevención

Como ya se citó, el artículo 14 de la Constitución estipula que se declara de interés público la prevención del daño ambiental, obligación estatal que además es reconocida como tal en la Opinión Consultiva OC-23/17.

A partir de dicha obligación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone que a la vez surge la obligación de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental, que a criterio de la Corte IDH “debe ser concluido de manera previa a la realización de la actividad o antes del otorgamiento de los permisos necesarios para su realización” (Corte IDH, 2017) e incluso, con el fin evitar pérdidas económicas, la Corte IDH señala que la EIA deberá iniciarse antes de que la ubicación y diseño de los proyectos estén decididos.

De tal forma que es posible constatar que el Estado tiene la obligación imperante de prevenir el daño ambiental, principio constitucional del que se desprende la necesidad de presentar una evaluación de impacto ambiental frente a toda actividad que pueda repercutir negativamente en el medio ambiente. La relación entre el principio de prevención y la

EIA es que el primero de estos mantiene como elemento esencial la certidumbre del daño, que debe demostrarse a través de los instrumentos o herramientas necesarias, que en el caso ecuatoriano son las evaluaciones de impacto ambiental.

Por tanto, a la luz de los artículos constitucionales señalados y de la interpretación de la Corte IDH dentro de la Opinión Consultiva – expuesta con especial énfasis en el capítulo 1 – no es posible que en Ecuador se inicie una actividad, obra o proyecto minero sin la aprobación de la evaluación de impacto ambiental correspondiente, por lo que, realizarla en el transcurso de la misma es contrario al principio de prevención.

Por lo expuesto, realizar una evaluación de impacto ambiental en el transcurso de la ejecución de una actividad, proyecto u obra vulnera directamente el principio de prevención reconocido expresamente en el artículo 14 de la Constitución de la República del Ecuador y en la Opinión Consultiva No. 23 de 2017; en consecuencia, los artículos 34 y 35 del Acuerdo Ministerial No. 061 serían inconstitucionales al vulnerar el principio de prevención contenido en los artículos 14 y 397 de la Constitución de la República del Ecuador.

La presunta inconstitucionalidad tendría como efecto expulsar del ordenamiento jurídico a las normas en cuestión, sin que se afecten las situaciones jurídicas consolidadas previamente en razón de la aplicación de dichas normas. Por tanto, los permisos y licencias ambientales concedidos con anterioridad a que se declaren como inconstitucionales los artículos 34 y 35 del Acuerdo no perderían vigencia ni validez.

XIV. Conclusiones

La naturaleza es reconocida como sujeto de derechos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la Constitución de 2008. Del reconocimiento de dichos derechos emanan varios principios constitucionales que tienen como fin garantizar y velar por el cumplimiento de los derechos que recoge la norma constitucional.

Se concluye que el principio de prevención ambiental es la piedra angular del derecho ambiental, del que surgen varias obligaciones estatales, entre ellas, la obligatoriedad de aprobar una evaluación de impacto ambiental previo al inicio de cualquier actividad, obra o proyecto que pueda tener afectaciones en la naturaleza. Además, el principio de prevención guarda una estrecha relación con el de precaución, ya que todos los principios ambientales son interdependientes; sin embargo, a criterio de la Corte, la diferencia radica en que el principio de prevención requiere de certidumbre de daño.

En Colombia, aunque no existe reconocimiento expreso de la naturaleza como sujeto de derechos dentro de la Constitución, la Corte Constitucional Colombiana ha realizado un trabajo extenso por establecer el alcance de sus derechos y principios; es así como en relación al principio de prevención, determina que este surge por dos motivos: la concepción del derecho ambiental a partir un modelo preventivo y la necesidad de que el daño no se configure.

Por otro parte, el principio de prevención encuentra gran parte de su desarrollo en la Opinión Consultiva OC 23/17, donde la Corte IDH dispone las obligaciones estatales que surgen de dicho principio, entre estas la obligación estatal de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental que deberán llevarse a cabo y ser aprobados por la autoridad estatal competente de forma previa a la realización de la actividad, obra o proyecto.

Por otro lado, se puede afirmar que existen dos tipos de evaluación de impacto ambiental: ex ante, que debe realizarse de forma previa al inicio de la actividad, obra o proyecto y la evaluación ex post, se debe realizarse una vez la misma ha sido finalizada.

Ambas evaluaciones son complementarias entre sí y no son excluyentes, ya que sus finalidades son diferentes: en la evaluación ex ante se pretende motivar con información técnica las decisiones de las autoridades que tienen la facultad de autorizar permisos o licencias ambientales con el fin de prevenir el daño ambiental; mientras que, en la evaluación ex post se busca evaluar los resultados de la actividad, de forma que se concluya el grado de afectación en el medio ambiente.

Acorde a lo descrito en el desarrollo de este trabajo, la relación entre el principio de prevención ambiental y la evaluación de impacto ambiental reside en que el principio requiere de certeza científica como requisito central; mismo que se cumple a través de herramientas como la evaluación de impacto ambiental.

En Ecuador la institución jurídica de evaluación de impacto ambiental se encuentra recogida en el Acuerdo Ministerial No. 061 del Ministerio del Ambiente, donde se reconocen ambos tipos de EIA; sin embargo, de lo analizado en el capítulo 3 se concluye que dicha regularización no cumple con los parámetros constitucionales y convencionales para garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente sano.

Finalmente, se logra concluir que los artículos 34 y 35 del Acuerdo No. 061 no diferencian la finalidad ni la etapa de realización de las evaluaciones ex ante y ex post, siendo contrarios al principio constitucional de prevención e incumpliendo las obligaciones estatales que surgen del mismo y que han sido señaladas por la Corte IDH, por lo que no cumplen con la garantía normativa de adecuar las normas infraconstitucionales a la Constitución; además, al regular el derecho fundamental de vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, incumplen el principio de reserva de ley, razones por las que se concluye que son inconstitucionales.

XV. Recomendaciones

Es necesario que el reconocimiento de los derechos de la naturaleza no quede únicamente en letra, pues, aunque la Constitución haya dado un paso enorme a partir del 2008, este trabajo da cuenta de que en la práctica, existe aún una grave vulneración a los derechos y principios constitucionales y que no se aplican los estándares dispuestos por la Corte IDH en lo que respecta a la obligación de prevenir el daño ambiental.

Se vuelve imperante recordar que los daños a la naturaleza, en la mayoría de casos son irreversibles, por lo que es imposible que los recursos naturales se regeneren; por tanto, no podría configurarse una reparación integral.

Es obligación del Estado velar por que se prevenga todo daño ambiental, no solamente porque su afectación vulnera el derecho de las generaciones presentes y futuras de vivir en un medio ambiente sano; sino también por la autonomía con la que se reviste dicho derecho y que tiene como sujeto principal a la naturaleza.

Desde cada uno de nuestros espacios como ciudadanos estamos llamados a respetar y hacer respetar las disposiciones constitucionales y convencionales, en este caso en lo que respecta a los derechos del medio ambiente; razón por la que este trabajo es un primer acercamiento a una de las vulneraciones al principio de prevención que en la práctica ha permitido que las autoridades puedan disponer arbitrariamente de los derechos y principios reconocidos en la CRE, tal como se ve reflejado en el Decreto 151, en el que se priorizan las evaluaciones de impacto ambiental ex post, olvidando la finalidad de esta institución y permitiendo que se efectúen daños irreparables en el medio ambiente.

Con base a las conclusiones esgrimidas a partir de este trabajo de investigación, se recomienda que se plantee una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 34 y 35 del Acuerdo Ministerial No. 061, de forma que sean los Magistrados de la Corte Constitucional quienes, en el ejercicio de sus funciones, modulen el desarrollo de esta institución, y de creerlo pertinente, expulsen ambos artículos del ordenamiento jurídico.

Referencias bibliográficas

- Andaluz, C. (2009). *Manual de Derecho Ambiental*. Editorial Iustitia.
- Barret, B.F.D. & Therivel, R. (1991). *Environmental Policy and Impact Assessment in Japan*. Reoutledge. Charpman and Hall.
- Betancor, A. (2014). *Derecho Ambiental*. Editorial La Ley.
- Bidart, G. (1995). El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Ediar, 1995. Citado por Andrés Gil Domínguez, “El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humana-

- nos”, en Revista Argentina de Derecho Constitucional, No. 4, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 58.
- Bustamante, J. (1995). *Derecho Ambiental*. Abeledo-Perrot.
- Cafferatta, N. (2003). Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada. *Doctrina Judicial*, p. 1133.
- Cafferatta, N. (2004). *Introducción al derecho ambiental*. Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales Instituto Nacional de Ecología, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.
- Canter, W.L. (1996). *Environmental Impact Assessment*. McGraw-Hill Education
- Duvic-Paoli, L. (2018). *The Prevention Principle in International Environmental Law*. Cambridge University Press.
- Gallego, L. (2020). *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*. Tomo XX. Universidad Externado de Colombia.
- Garmendia, A., Salvador, A., Crespo, C. & Garmendia, L. (2005). *Evaluación de Impacto ambiental*. Pearson Education.
- Guevara, R. (2016). *El estado del arte en la investigación: ¿análisis de los conocimientos acumulados o indagación por nuevos sentidos?* en Revista FOLIOS. pp. 165-179.
- International Association for Impact Assessment. (2009). *¿Qué es la evaluación de impactos?*. Asociación Española de Evaluación de Impacto Ambiental.
- Jaquenod de Zsogon, S. (1991). *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Editorial Dykinson.
- Jaquenod De Zsögön, S. (2007). *Vocabulario ambiental práctico: jurídico, técnico, etimológico*. Dykinson. p. 50
- Jay, S.; Jones, P., Slinn & C. Wood. (2007). Environmental impact assessment: Retrospect and prospect. *Environmental Impact Assessment Review*, 27 (4), 287-300.

- Katz, J. (2020). *Recursos naturales y crecimiento. Aspectos macro y microeconómicos, temas regulatorios, derechos ambientales e inclusión social*. Comisión Económica para América Latina (CEPAL).
- Labeaga, J.M. & Muñoz, C. (2013). La evaluación de políticas públicas en España: aprendizaje y práctica institucional. *Revista de Evaluación de Programas y Políticas Públicas*. <https://revistas.uned.es/index.php/REPPP/article/view/10778/10297>
- Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley.
- Maldonado, F., Yáñez, K. (2020). El constitucionalismo ambiental en Ecuador. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 97, Sección “Artículos doctrinales”. https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wpcontent/uploads/2020/01/2020_0107_Mila_Constitucionalismo-ambiental-Ecuador.pdf
- Morand-Deviller, J. (2014). *Los “Grandes Principios” del Derecho del Ambiente y del Derecho del Urbanismo*. Universidad de Costa Rica. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13350/12622>
- Peña, M. (2016). *Derecho Ambiental Efectivo*. Universidad de Costa Rica.
- Peréz, E. (2008). *Derecho Ambiental*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez, M. (2017). La Evaluación Ambiental Estratégica como instrumento de protección del medio en el Estado Autonomico. La Comunitat Valenciana como caso de estudio. *Revista de Evaluación de Programas y Políticas Públicas*, 8, 31-53. <https://revistas.uned.es/index.php/REPPP/article/view/16319/16475>
- Pigretti, E. (2003). *Derecho Ambiental Profundizado*. La Ley.
- Pinto, M. (2015) Los principios de prevención y precaución en el derecho ambiental argentino. En M. García Pachón y Ó. D. Amaya Navas. *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*. Universidad Externado de Colombia.
- Pinto, M., Martin, L. (2012). *La Evaluación de Impacto Ambiental y su régimen jurídico. Análisis del nuevo paradigma*. Lajouane Gráfica Sur Editor.

- Prieur, M. (2012). *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*. Editions Bruylant.
- Rodríguez, M. (2016). Concepto y alcance de la responsabilidad objetiva. *Revista de Derecho Privado*. Universidad de Los Andes. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360055998003.pdf>
- Romero Lankao, P. (2007). Evaluación de impacto ambiental. *Argumentos. Estudios Críticos De La Sociedad*, (21), 7-19. <https://argumentos.xoc.uam.mx/index.php/argumentos/article/view/753>
- Ruiz-Jarabo, D. (2005). *El desarrollo comunitario del principio de precaución*, en: "El principio de precaución y su proyección en el Derecho Administrativo español" (Madrid, Consejo General del Poder Judicial).
- Serrano, J. (2007). *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Editorial Trotta.
- Silva, F. (2019). Principio de prevención y precautorio en materia ambiental. *Revista Jurídica*. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102019000200006&lng=es&tlng=es
- Ugarte, A. (2020). *Cuadernos sobre temas de Derecho Ambiental*. Colegio de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial.
- Zarabozo, M. (2011). *El control de constitucionalidad y los criterios y principios rectores en materia ambiental, de recursos naturales en general e hidrocarbúfera en particular, ejercido por la corte suprema de justicia de la nación argentina entre los años 1875-2010 y sus implicancias*. Universidad de Buenos Aires.

Plexo normativo

- Asamblea Nacional del Ecuador. (12 de abril de 2017). Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 983.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449.

Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica. (4 de mayo de 2015). Acuerdo Ministerial No. 061. Registro Oficial de Lunes 4 de mayo de 2015.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). Ley de Minería. Registro Oficial Suplemento 517.

Congreso de la República de Colombia. (22 de diciembre de 1993). Ley General Ambiental de Colombia. [Ley 99 de 1993]. DO: 41146.

Congreso de la República de Colombia. Código de Minas. (2001). [Ley 685 de 2001]. DO: 45273.

Congreso de la República de Colombia. (2015). Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. [Ley 1753 de 2015]. Decreto Legislativo 1081.

Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2014). Decreto Reglamentario 2041.

Ministerio del Medio Ambiente, Convenio Andrés Bello. (2002). Manual de evaluación de estudios ambientales: Criterios y procedimientos.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2011). Hacia el crecimiento verde. Un resumen para los diseñadores de políticas. OCDE. <http://www.oecd.org/greengrowth/49709364.pdf>

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-703.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-204.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-622.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-733.

Corte Constitucional del Ecuador. (2012). Sentencia 1149-19-JP/21.

La evaluación de impacto ambiental de actividades mineras acorde al principio de prevención ambiental: evaluaciones ex ante y ex post conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano

Corte Constitucional del Ecuador. (2016). Sentencia No. 019-16-SIN-CC

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 32-17-IN/21.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión Consultiva 23/17.