

UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO EMPRESARIAL

TEMA: RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO AMBIENTAL

DIRECTOR: DR. RICARDO CRESPO PLAZA

AUTOR: RENE BEDON GARZON

LOJA, SEPTIEMBRE DE 2010

DECLARACION DE AUTORIA:

Las ideas emitidas en el contenido del informe final de esta investigación son de exclusiva responsabilidad del autor:

NOMBRE: René Bedón Garzón

FIRMA: _____

CESION DE DERECHOS DE TESIS:

Yo, RENE PATRICIO BEDON GARZON, declaro conocer y aceptar la disposición del artículo 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad.”

NOMBRE: René Bedón Garzón

FIRMA: _____

AUTORIZACION DEL DIRECTOR:

Dr. Ricardo Crespo Plaza

Docente Director de la Tesis

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación, realizado por el estudiante René Patricio Bedón Garzón ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja, septiembre de 2010

Dr. Ricardo Crespo Plaza

AGRADECIMIENTO:

Manifiesto mi más profundo agradecimiento a todas las personas que han permitido que culmine esta nueva etapa de formación académica, especialmente a los profesores de la Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad Técnica Particular de Loja, quienes me han permitido adquirir nuevos e importantes conocimientos éticos y jurídicos.

Un especial agradecimiento al Dr. Ricardo Crespo Plaza, ilustro jurisconsulto experto en Derecho Ambiental, quien ha dirigido esta investigación.

René Bedon Garzón

DEDICATORIA:

Dedico este trabajo a las personas más importantes en mi vida:

A mi esposa **Giohana Albuja Orlando**, la compañera y amor de mi vida, por haber apoyado este proyecto.

A mis padres **René Bedón Batallas y Carmela Garzón** por haberme brindado, con su amor, ejemplo y esfuerzo de toda la vida, la posibilidad de una formación integral y la comprensión de la importancia de la educación.

A mi hermana **Gabriela Bedón Garzón**, por el inmenso amor fraterno que me ha brindado y por compartir conmigo esta etapa de formación académica, una vida de esfuerzo y el trabajo diario en el quehacer jurídico.

René Bedón Garzón

ESQUEMA DE CONTENIDOS:

CAPITULO I RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA Y OBJETIVA

1.1.- LA RESPONSABILIDAD.- DEFINICIÓN

1.2.- LA RESPONSABILIDAD CUASICONTRACTUAL Y LOS DAÑOS COMO FUENTES DE OBLIGACIONES

1.2.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

1.2.2.- EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL ECUADOR.- LOS DELITOS CIVILES Y PENALES Y LOS CUASIDELITOS

1.2.2.1.- LOS DELITOS CIVILES Y PENALES

1.2.2.2.- LOS CUASIDELITOS CIVILES

1.3.- CLASES DE RESPONSABILIDAD

1.3.1.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

1.3.2.- RESPONSABILIDAD SANCIONATORIA

1.3.3.- RESPONSABILIDAD CIVIL O REPARADORA

1.3.3.1.- RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

1.3.3.1.1.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL TRADICIONAL O SUBJETIVA

1.3.3.1.1.1.- ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

1.3.3.1.1.1.1.- HECHO JURIDICO

1.3.3.1.1.1.2.- PERJUICIO O DAÑO

1.3.3.1.1.1.2.1.- CLASES DE PERJUICIO O DAÑO

1.3.3.1.1.1.2.1.1.- PERJUICIO O DAÑO MATERIAL

1.3.3.1.1.1.2.1.2.- PERJUICIO O DAÑO MORAL

1.3.3.1.1.1.3.- LA CULPA Y EL DOLO

1.3.3.1.1.1.3.1.- LA CULPA

1.3.3.1.1.1.3.2.- EL DOLO

1.3.3.1.1.1.4.- NEXO CAUSAL

1.3.3.1.1.2.- ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA TRADICIONAL

1.3.3.1.1.3.- RESPONSABILIDAD SUBJETIVA CON INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

1.3.3.1.1.3.1.- ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA CON INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

1.3.3.1.2.- TEORÍA OBJETIVA, TEORÍA DEL RIESGO, “DE LEGE FERENDA” O NEGACIÓN DE LA CULPA

1.3.3.1.2.1.- ANALISIS DE JURISPRUDENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA NACIDA DE LA TEORÍA DEL RIESGO

CAPITULO II RESPONSABILIDAD DERIVADA DE UN EVENTO AMBIENTAL EN EL ECUADOR

2.1.- LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS

2.1.1.- EL SUJETO DE DERECHOS

2.1.2.- TEORIA ANTROPOCENTRICA

2.1.3.- TEORIA ECOCENTRICA Y LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS

2.1.4.- LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL ECUADOR

2.1.4.1.- EL DERECHO A LA CONSERVACION INTEGRAL

2.1.4.2.- EL DERECHO A LA RESTAURACION

2.1.4.2.1.- LA MITIGACION

2.1.4.2.2.- REMEDIACION Y RESTAURACION O REPARACION

2.1.4.3.- DERECHO A LA PRECAUCION Y A LA NO INTRODUCCION DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

2.1.4.4.- NO APROPIACION DE SERVICIOS AMBIENTALES

2.2.- NORMAS CONSTITUCIONALES RELATIVAS AL DAÑO AMBIENTAL

2.3.- RESPONSABILIDAD POR UN EVENTO AMBIENTAL

2.3.1.- EL PRINCIPIO RECTOR EL QUE CONTAMINA PAGA

2.3.2.- CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL

2.3.2.1.- EL DAÑO AMBIENTAL PER SE Y EL DAÑO AMBIENTAL CONTINUADO.

2.4.- NORMAS PROCESALES EN MATERIA AMBIENTAL EN EL ECUADOR

2.4.1.- ANALISIS DE LOS ARTICULOS 28 Y 41 DE LA LEY DE GESTION AMBIENTAL

2.4.2.- ANALISIS DEL ARTICULOS 42 DE LA LEY DE GESTION AMBIENTAL

2.4.3.- ANALISIS DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY DE GESTION AMBIENTAL

2.4.4.- ANALISIS DE LA ACUMULACION DE ACCIONES EN RELACION A LA VIA VERBAL SUMARIA PREVISTA POR EL ARTÍCULO 43 DE LA LEY DE GESTION AMBIENTAL

2.4.5.- ANALISIS DE LA PRESCRIPCION DE LOS DAÑOS AMBIENTALES

2.4.6.- RESPONSABILIDAD OBJETIVA CON INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA

2.5.- LA VALORACION DEL DAÑO AMBIENTAL

2.6.- LA GESTION AMBIENTAL EMPRESARIAL Y SU RELACION CON LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

CAPITULO III LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL PER SE Y CONTINUADO EN EL DERECHO COMPARADO

3.1.- ANALISIS EN DERECHO COMPARADO RESPECTO A NO ACUMULAR DAÑOS AL INDIVIDUO Y A LA NATURALEZA EN UN MISMO PROCESO

3.1.1.- ANALISIS DE LEGISLACION DE CHILE

3.1.2.- ANALISIS DE LEGISLACION DEL REINO DE ESPAÑA

3.1.3.- ANALISIS DE JURISPRUDENCIA ARGENTINA

CAPITULO IV.- ANALISIS DE JURISPRUDENCIA ECUATORIANA EN RELACION AL DAÑO AMBIENTAL

4.1.- ANALISIS DE AUTOS Y SENTENCIAS REFERENTES A COMPETENCIA

4.2.- ANALISIS DE SENTENCIAS RESPECTO A DAÑO AMBIENTAL PER SE Y CONTINUADO

4.2.1.- NELSON ALCIVAR Y OTROS CONTRA OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A.

4.2.2.- LEONARDO CABEZAS MIRANDA CONTRA ALBERTA ENERGY LTD.

4.2.3.- MARCELO FRANCO BENALCAZAR CONTRA OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A.

4.3.- ANALISIS DE OTRAS SENTENCIAS DICTADAS EN EL ECUADOR CON CONTENIDO AMBIENTAL

4.3.1.- UNIDOS SOMOS MAS CONTRA OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS OCP ECUADOR S.A.

4.3.2.- COMITÉ PRO MEJORAS DELFINA TORRES VIUDA DE CONCHA EN CONTRA DE PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL Y PETROPRODUCCIÓN

V.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

RESUMEN:

El presente trabajo de investigación inicia, en el primer capítulo, con un análisis de la responsabilidad extracontractual y de los cuasidelitos como fuente de las obligaciones. Dentro de este análisis se realiza una distinción entre las dos teorías a partir de las cuales se puede abordar este tema, a saber, la responsabilidad subjetiva tradicional y la responsabilidad objetiva.

Respecto de la responsabilidad subjetiva se realiza un completo análisis de sus elementos esenciales, el acontecimiento; la culpa y el dolo, el nexo causal y el daño. A su vez, en la responsabilidad objetiva se analiza la teoría del riesgo como fundamento esencial para negar la necesidad del dolo o de la culpa para que surja la responsabilidad extracontractual por un daño infringido a la persona o propiedad de otro. Respecto de estas dos teorías, se realiza un análisis de su funcionamiento procesal cuando se invierte la carga de la prueba.

Es preciso mencionar que en este capítulo se recurre a sentencias expedidas por los tribunales de justicia del Ecuador a fin de determinar su real naturaleza jurídica y la forma en que ha sido conceptualizada la responsabilidad extracontractual por la jurisprudencia ecuatoriana.

La importancia de este primer capítulo en el tema de responsabilidad ambiental es esencial, atendiendo al hecho de que la Constitución Ecuatoriana ha consagrado la responsabilidad objetiva y la presunción del daño con la consiguiente inversión de la carga de la prueba, para juzgar los casos de daño ambiental.

El segundo capítulo inicia con un estudio de los derechos de la naturaleza en el Ecuador, dentro del cual se hace especial hincapié en el derecho de la naturaleza a la

restauración que es el fundamental cuando se trata de presentar peticiones concretas dentro de una demanda por daño ambiental.

Posteriormente, se pretende diferenciar el daño ambiental per se, del daño ambiental continuado, es decir, el daño producido a la naturaleza, al ambiente y a los derechos difusos del daño producido a los individuos con ocasión del mismo evento ambiental dañoso que genero el daño ambiental per se.

El capítulo termina con un análisis de las normas procesales aplicables al juicio por daño ambiental en el Ecuador. De esta forma, se analiza la competencia para conocer el proceso por daño ambiental, el trámite que se debe dar, la acumulación de acciones, la prescripción y la responsabilidad objetiva con presunción de daño.

En el capítulo tercero se realiza un trabajo de comparación con otros sistemas jurídicos, de tal suerte que se analiza la legislación chilena, la jurisprudencia argentina y especialmente la Ley de Responsabilidad Medioambiental del Reino de España. Este análisis en derecho comparado permitirá determinar el hecho cierto de la separación del conocimiento de las causas por daño ambiental per se y por daño ambiental continuado en los ordenamientos jurídicos internacionales, a pesar de que los mismos se originen en el mismo acontecimiento ambiental dañoso.

En el capítulo cuarto se realiza una aproximación al estado actual de las decisiones jurisprudenciales ecuatorianas, para ello se analiza un número importante de sentencias en las cuales se han decidió sobre aspectos relativos a daño ambiental en el Ecuador.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO AMBIENTAL

INTRODUCCION

En materia ambiental son principios rectores el preventivo para actividades que provocan impactos ambientales y el precautorio para actividades en las cuales no exista una evidencia científica del daño. Sin embargo, a pesar de que estos principios están constitucionalizados su aplicación en la práctica continúa siendo un desafío para el derecho ambiental. En este contexto, los daños ambientales pueden producirse y es entonces que entra en aplicación el principio de quien contamina paga y el de reparación “in natura”, los cuales en su dimensión sancionatoria buscan establecer responsabilidades pecuniarias y de reparación integral en contra de quienes han generado un evento ambiental dañoso.

Por otro lado, en el Ecuador se ha otorgado constitucionalmente derechos a la naturaleza y adicionalmente se ha consagrado la responsabilidad objetiva, la presunción del daño y la imprescriptibilidad de los daños ambientales. Sin embargo, aparentemente, las normas jurídicas relativas al daño civil y daño al ambiente previstos por la Ley de Gestión Ambiental promulgada cuando estaba vigente la anterior Constitución Política de la República que establecen normas respecto a la competencia, trámite y legitimación formal activa en proceso en los juicios por daño ambiental, no son lo suficientemente amplias y claras para otorgar seguridad jurídica a las personas que pueden intervenir en los juicios derivados de un evento ambiental como actores y demandados y para hacer efectivos las normas constitucionales de contenido ambiental.

Bajo este orden de cosas, la distinción entre afectados individuales, colectivos, difusos y la naturaleza como sujeto de derechos, por un evento ambiental, es importante en materia procesal ambiental, puesto que el rol de los jueces ambientales en el futuro deberá ser de protección y amparo e inclusive estos deberán pasar de un enfoque dispositivo hacia uno inquisitivo en el que el juez garantiza la tutela del interés público ambiental interviniendo más allá de las peticiones de las partes. Por ello, es importante determinar el alcance de la naturaleza jurídica del daño ambiental per se y del daño ambiental continuado; es decir, el daño a la naturaleza y al ambiente, por un lado; y, el daño al individuo con ocasión del evento ambiental que originó el daño per se, por otro lado.

En el Ecuador las pocas demandas ambientales presentadas y juzgadas han tenido por objetivo principal la indemnización de daños y perjuicios a los individuos y no la restauración de la naturaleza. Naturalmente, el mezclar intereses individuales junto con los derechos de la naturaleza y difusos ha generado que los procesos judiciales se centren fundamentalmente en los derechos subjetivos individuales, pasando el derecho de la naturaleza a la restauración a un segundo plano, cuando por el contrario, éste derecho de la naturaleza debería ser el motor que impulsa los procesos por daño ambiental.

Por lo expuesto, se torna imperioso delimitar exactamente la naturaleza jurídica y alcance de término “daños ambientales” a los que se refiere la Constitución y a que se refiere la Ley de Gestión Ambiental cuando habla de “daños civiles” y “daños al ambiente”. Es decir, se torna imprescindible una delimitación legal o jurisprudencial respecto al daño ambiental per se y al daño ambiental continuado.

Mientras esto ocurre, constituye una realidad en el Ecuador la acumulación de los daños a los individuos y los daños a la naturaleza en un solo proceso que lo conoce el Presidente de la Corte Provincial del lugar donde se produjeron los daños. Al contrario de lo que ocurre en la jurisprudencia y legislación comparada en donde la tendencia es

separar estos derechos precisamente para hacer efectiva la protección a la naturaleza y al ambiente en procesos judiciales en que se busque fundamentalmente la restauración y la prevención.

Con esta investigación, se pretenderá entonces, precisar el concepto de daño ambiental y como se lo calcula así como los mecanismos de la reparación integral o in natura; establecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad objetiva; determinar si es necesario el fuero otorgado, si es adecuado el rol que actualmente cumplen los jueces en materia de daño ambiental en el Ecuador, si la imprescriptibilidad consagrada en la Constitución abarca al daño continuado y si los procesos por daños a los individuos y por el daño al ambiente derivados de un mismo evento deben ser acumulados o no.

CAPITULO I: RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA Y OBJETIVA

1.1.- LA RESPONSABILIDAD.- DEFINICIÓN:

La responsabilidad según el diccionario de Guillermo Cabanellas es “la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado.”¹

Para Henri Capitant, la responsabilidad es la “obligación de reparar el daño causado a una persona, sea por culpa, sea, en ciertos casos determinados por la ley, por el riesgo resultante de la actividad del responsable.”²

Responsabilidad civil, es, pues, el nombre que se da a la obligación de reparar o indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por un riesgo creado. Su contenido es la indemnización e indemnizar es dejar sin daño.

La doctrina establece dos maneras de indemnizar, a saber, la reparación en naturaleza o in natura y la reparación por un equivalente. La primera tiende a borrar los efectos del acto dañoso, restableciendo las cosas a la situación que tenían antes de él. Coloca de nuevo a la víctima en el pleno disfrute de los derechos o intereses que le fueron lesionados.

Al no ser posible la reparación del daño en naturaleza se indemniza proporcionando a la víctima un equivalente de los derechos o intereses afectados, en dinero. “La

¹ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Argentina, tomo III, Pág. 574.

² Capitant Henry, Vocabulario Jurídico, Ediciones Depalma, Argentina, Pág. 876.

reparación con un equivalente consiste en hacer que ingrese en el patrimonio de la víctima un valor igual a aquél de que ha sido privada; no se trata ya de borrar el perjuicio, sino de compensarlo.”³

En definitiva entonces, a la responsabilidad⁴ en general se la puede definir como “la necesidad efectiva, o eventual, en que se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio. La necesidad puede ser efectiva, si la responsabilidad ha surgido por la realización del hecho, o eventual si el hecho no se ha realizado aún, pero de realizarse el sujeto debería responder.”⁵

1.2.- LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y LOS DAÑOS COMO FUENTES DE OBLIGACIONES:

1.2.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS:

Esencialmente la teoría de la responsabilidad civil proviene del Derecho Romano, puesto que los antiguos ya consideraban al acto ilícito y dañoso ubicado en una ley específica, es decir al delito penal como fuente de las obligaciones, que coloca al autor en la obligación de reparar el daño que ha causado y se consideraba de este modo “el furtum, el damnum, la rapiña, etc.”,⁶ pero, remontándonos en ello a los tiempos muy primitivos, recordaremos que la venganza era el medio por el que se castigaba a quien se le acusaba de haber causado un daño, de modo que era una venganza privada, personal, que no incluía al resto de la colectividad, era la Ley del Talió cuya máxima

³ http://es.wikipedia.org/wiki/Dolo.Elementos_del_dolo.

⁴ Según Hernán Corral Talciani, en su libro Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual la palabra responsabilidad etimológicamente viene del latín spondere, que significa prometer. Al que se añade el prefijo “re” (re-spondere), de esta manera la palabra adquiere el significado de repetición o de reciprocidad y significaría prometer a alguien que espera una respuesta.

⁵ Corral Talciani, Hernán, Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Pág. 13.

⁶ Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Harla, México, Pág. 213.

fue "ojo por ojo, diente por diente" por medio de la cual se permitía que el ofendido castigue a su ofensor. En etapas históricas posteriores, la víctima del daño comenzó a perdonar al agresor a cambio de una suma de dinero libremente aceptada.

Posteriormente Justiniano creó la institución conocida como quasi ex delictu, la cual con el tiempo fue recogida por los códigos civiles francés y español bajo la denominación de cuasidelito, refiriéndose al hecho culposo o imprudencial, diferenciándose así del delito que se convierte en acto intencional y deliberado.

“En Roma los derechos se dividían en públicos y privados, los primeros dan lugar a una instancia penal que recibe el nombre de publicum iudicium; y los segundos son aquellos en los cuales una persona ha sufrido lesión de sus derechos y corresponde solamente a ella la persecución que da lugar a la instancia privada denominada privatum iudicium, dentro de este tenemos a los que atacan los bienes o honor de una persona y son: a) hurto, b) la rapiña, c) el daño material y d) la injuria.”⁷

El daño material era el daño inferido injustamente a una persona que recibía el nombre de damnum iniuria factum y su castigo surgió a propuesta del tribuno Aquilio mediante la Lex Aquilia de danno, la cual “especificó las penas a que debía ser condenado el delincuente que había matado injustamente al esclavo ajeno o si hubiera matado a un animal perteneciente al ganado, ya fuera a rebaños de ovejas y cabras, a recuas de caballos, mulas, asnos, sin derecho a hacerlo, causando un daño consistente en la disminución de la fortuna del otro.”⁸

Las disposiciones de la Ley Aquilia se fueron extendiendo, en gran parte, por la ampliación pretoriana de sus alcances, pero bien se puede aseverar que la responsabilidad civil estaba ligada al concepto de responsabilidad penal.

⁷ <http://www.monografias.com/trabajos53/responsabilidad-civil/responsabilidad-civil.html>

⁸ http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=222&Itemid=63

Los primeros indicios doctrinarios tendientes a establecer una formulación independiente del concepto de la responsabilidad, los podemos ubicar en los autores de la época del Derecho Común que junto con el Derecho Canónico despojaron a la Ley de Aquilia de su carácter penal y lo distinguen de lo civil; pues la Ley Aquilia en el derecho romano estaba íntimamente ligada al carácter delictivo del hecho e inspiraba la indemnización por concepto del daño sufrido sin especificar si la fuente delictual era civil o penal.

“Los grandes juristas franceses Domat y Pothier recogieron los conceptos fundamentales de la Escuela del "Derecho Natural" estableciendo así una doctrina específica en el campo de la responsabilidad, llegando Pothier a establecer las fuentes de las obligaciones existentes actualmente en nuestro Código Civil y en las cuales se hace referencia a los delitos y cuasidelitos.”⁹

El Código Civil francés recoge esos conceptos y el sistema jurídico de España, al igual que el de Chile y el de Ecuador, provienen del código Napoleónico y por lo tanto no es de extrañar que el Código Civil español y el ecuatoriano tengan contenidos de fondo similares.

En el año de 1848 concurrieron los más célebres y eminentes jurisconsultos de España, producto de éstos fue el Código Penal que entró en vigencia en el año de 1848, dividido este código en tres libros; el primer libro está dadas las disposiciones generales sobre delito y las faltas, el segundo libro se dedica a establecer los delitos, y una final habla de las faltas y de sus disposiciones comunes.

“Siguiendo el sistema adoptado en las legislaciones penales de otros países se distinguen en él los actos punibles según quebranta un deber moral y civil

⁹http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=222&Itemid=63

conjuntamente en cuyo caso reciben el nombre de delitos o sin tan sólo quebranta un deber civil sin grave daño para la sociedad entonces reciben el nombre de faltas.”¹⁰

Por consiguiente son faltas aquellos actos dolosos pero que no están tipificados en la ley penal, de igual manera está regulada en nuestra legislación. La distinción entre delito penal y delito civil radica en la tipificación, ambos son actos dañosos y todo acto dañoso se debe reparar. Sin embargo los bienes jurídicos que protege el derecho penal son distintos de los que protege el derecho civil.

En el título cuarto De las Obligaciones y Contratos del Código español comprende el título XVI “las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”. En su capítulo II el artículo 1902¹¹ establece que quien causa daño a otro por su negligencia por su culpa tiene la obligación de reparar el daño causado.

En el artículo 1903¹² consagra que la obligación es exigible no sólo por los actos propios sino también por los actos de personas que se debe responder, por ejemplo los padres son responsables bajo la guarda de los hijos, o por ejemplo los tutores son responsables por los incapacitados que están bajo su autoridad.

¹⁰ Antequera, José, Historia de la Legislación Española, España, Ediciones de la Universidad Central. Págs. 265 y 266.

¹¹ El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

¹² La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Este capítulo comprende todas las obligaciones que provienen de culpa o negligencia, es decir delito civil o cuasidelito y toda persona bajo la legislación española que ha cometido un daño ya sea por culpa o negligencia tiene que reparar el daño. Por regla general todo daño tiene la indemnización correspondiente.

1.2.2.- EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL ECUADOR.- LOS DELITOS CIVILES Y PENALES Y LOS CUASIDELITOS:

El Código Civil ecuatoriano es muy similar al código español en cuanto regula la institución del delito civil y cuasidelito. En cuanto ambos son actos u omisiones que han causado un daño a una persona o a su propiedad, ya sea con dolo o haya sido con negligencia, siempre habrá la obligación de reparar el daño. Si el daño es causado con dolo es un delito civil, si es causado con negligencia constituye un cuasidelito.

1.2.2.1.- LOS DELITOS CIVILES Y PENALES:

“En nuestro sistema jurídico se distingue entre "delito civil" y "delito penal". El "delito civil" es el acto ilícito, ejecutado con intención de dañar a otros, mientras que constituye "cuasidelito civil" el acto negligente que causa daño; en nuestra legislación se han graduado el nivel de culpabilidad de una persona física o jurídica de tal forma que son delitos aquellos actos culposos graves y en los cuáles existe dolo, mientras que son cuasidelitos los actos culposos leves y levísimos es los cuales no existe dolo pero si existe un nivel de culpa aunque sea muy leve. Los delitos civiles, incluso los cuasidelitos pueden ser también delitos penales si se encuentran tipificados como tales en la ley. Los delitos penales son los que se encuentran tipificados como tales en el código penal (o en otras leyes) y por definición estos delitos acarrear una pena mientras los delitos civiles tienen como consecuencia una indemnización.”¹³

¹³ <http://www.monografias.com/trabajos73/delito-penal-delito-civil//delito-penal-delito-civil.html>

Tanto el delito como el cuasidelito comparten la característica de ser ambos hechos ilícitos refiriéndonos a esto como todo hecho contrario a las leyes y las buenas costumbres y que al provocar un daño generan responsabilidad civil.

Por definición el delito civil es un acto ilícito unilateral dañoso que puede contener culpa grave o dolo; entendiéndose por tanto que el delito civil posee ciertos elementos como la antijuricidad, el daño, la culpa grave o el dolo.¹⁴

Si bien es cierto el delito penal constituye también un hecho ilícito sin embargo no hay que confundirlo con el delito civil, puesto que son dos instituciones diferentes, y los bienes jurídicos que protege el Derecho Penal difieren de los que amparan el Derecho Civil; tal como Ruggiero afirma que la diferencia entre el ilícito civil de lo penal es “precisamente en que el primero es violación de un derecho subjetivo privado y el segundo es violación de la ley penal; en que el primero implica como consecuencia el resarcimiento del daño, el segundo una pena.”¹⁵

De modo que el antijurídico civil trae como consecuencia la reparación del daño que se ha causado, restableciendo de tal modo el equilibrio económico que ha sido perturbado, tal como lo establece el artículo 2214 del Código Civil que textualmente dice: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

Mientras que la responsabilidad penal se traduce en un castigo, dado que se ha quebrantado la Ley Penal y por tanto encajarse dentro de un tipo penal que genera la sanción.

¹⁴ El sistema jurídico ecuatoriano asimila la culpa grave al dolo y les otorga las mismas consecuencias jurídicas.

¹⁵ Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Harla, México, Pág. 220.

1.2.2.2- LOS CUASIDELITOS CIVILES:

Nuestra legislación no define al cuasidelito sin embargo existen ciertos elementos que permiten construir una definición, los cuales son el hecho ilícito, la negligencia y el daño.

Por lo tanto se puede definir al cuasidelito como todo hecho jurídico ilícito que provoca un daño, exento de dolo pero realizado con culpa leve o levísima que impone la obligación de reparar el daño, con lo cual se puede confirmar que las características del cuasidelito es ser una de las fuentes de las obligaciones, que la responsabilidad a que dan lugar es extra contractual y que se trata de hechos ilícitos culposos cometidos por una persona.

En esencia la distinción entre hecho y acto es que éste último se trata de una acción ejecutada con intención con miras a producir un efecto jurídico, por lo que el acto jurídico consiste en “la manifestación unilateral o bilateral de voluntad ejecutada con arreglo a la ley y destinado a producir un efecto jurídico que puede consistir en la creación, conservación, modificación, transmisión, transferencia o extinción de un derecho”¹⁶, mientras que el hecho se trata de un acontecimiento que se produce sin la intención de querer obtener los efectos que trae una norma específica, de modo que según el tratadista Alessandri, se “diferencia del hecho jurídico propiamente tal del acto ilícito (delito y cuasidelito); aquel también produce efectos jurídico, pero no por la obra de la voluntad humana sino por la naturaleza.”¹⁷

Por otro lado, en los cuasidelitos debe haber una relación de causalidad entre tales hechos culposos y el daño, patrimonial o no patrimonial, inferido a otro. Debe existir

¹⁶ Alessandri Arturo, Tratado de las Obligaciones, Editorial Jurídica, Chile.

¹⁷ Alessandri Arturo, Tratado de las Obligaciones, Editorial Jurídica , Chile.

responsabilidad del autor y esta responsabilidad se debe concretar en la obligación de indemnizar a la víctima por el daño o perjuicio sufrido.¹⁸

En el artículo 1453 del Código Civil¹⁹ se incluye entre las fuentes de las obligaciones tanto a los delitos como a los cuasidelitos, reconociéndolos como hechos que han inferido injuria o daño a otra persona y como tal, el artículo 2184 determina que: "Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la Ley, o del hecho voluntario de una de las partes... Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidélito" y el artículo 2214, impone por tal hecho dañoso la obligación de reparación, tal como se comprende literalmente del artículo del Código Civil "el que ha cometido un delito o cuasidélito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización."

1.3.- CLASES DE RESPONSABILIDAD:

A la responsabilidad jurídica se la puede clasificar en los siguientes tipos o clases que son:

1.3.1.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA:

Esta responsabilidad se origina en el cumplimiento de deberes específicos al buen funcionamiento de una institución pública, de ciertas personas en su calidad de funcionarios de la administración pública.

¹⁸ Gaceta Judicial Serie XVII. No. 7, Pág. 1853, Quito, 29 de agosto de 2001.

¹⁹ Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

1.3.2.- RESPONSABILIDAD SANCIONATORIA:

Puede ser penal o administrativa. Por ejemplo, la responsabilidad que genera el robar, conducir en estado de ebriedad, clausura de establecimientos, etc.

1.3.3.- RESPONSABILIDAD CIVIL O REPARADORA:

A la responsabilidad civil la podemos definir como: “La obligación en que se coloca una persona para reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado, la que resulta ser civil si se origina en la trasgresión de una norma jurídica que afecte el interés de una de determinada persona”²⁰ o como “La obligación en que se coloca una persona para reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado, la que resulta ser civil si se origina en la trasgresión de una norma jurídica que afecte el interés de una de determinada persona.”²¹ Este tipo de responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, dependiendo de si nace de un convenio en el cual se presenta como elemento esencial el consentimiento o acuerdo de voluntades, en cuyo caso será contractual o, en su defecto, nace de un acontecimiento en el que no se presenta el referido acuerdo, en cuyo caso nos encontramos ante la responsabilidad extracontractual.

1.3.3.1.- RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL:

Como hemos referido la responsabilidad extracontractual nace de un acontecimiento jurídico, es decir de un acontecimiento que crea, modifica o extingue derechos

²⁰ Mazeaud, Jean, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil, Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte Segunda, Volumen 11, Argentina.

²¹ Mazeaud Jean, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil, Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte Segunda, Volumen 11, Argentina.

subjetivos y las obligaciones correlativas que le son anexas, en el cual no se presenta como elemento el consentimiento o acuerdo de las partes, por ello, se refiere a la consecuencia dañosa producida por un hecho voluntario aunque sin intención o por un acto intencional. Los acontecimientos así referidos pueden ser producidos por la personas, por sus dependientes o por sus bienes.

A la responsabilidad podemos dividirla o clasificarla, por un lado en responsabilidad civil tradicional o subjetiva y por otro lado en responsabilidad objetiva.

1.3.3.1.1.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL TRADICIONAL O SUBJETIVA:

Según Graciela Rodríguez Manzo la responsabilidad subjetiva “encuentra en la conducta antijurídica el elemento generador de la responsabilidad. Es decir no solo requiere que se compruebe la existencia de un daño sino que además debe establecerse que es consecuencia de conductas humanas voluntarias que tienen factores de atribución subjetiva.”²² Se necesita del dolo o culpa como base de la responsabilidad extracontractual.

Así concebida la doctrina clásica, es la que por regla general adopta nuestro Código Civil según se desprende del artículo 2229 que dispone: “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta.” la responsabilidad está fundada en la culpabilidad del actor y no en el daño mismo, entonces “La obligación de indemnizar se deriva única y exclusivamente de la manera -adecuada o inadecuada- como el individuo ha ejercido su libertad, ahí donde no ha existido decisión tampoco puede haber responsabilidad”²³ por lo que se colige

²² Rodríguez Graciela, Responsabilidad y Reparación, Un Enfoque de Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, México, Pág. 256.

²³ Trazegnies Fernando, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo I, Colombia, Pág. 8.

que las personas que no tienen la voluntad suficiente para darse cuenta del acto que ejecutan no son responsables de aquello.

En definitiva, la responsabilidad subjetiva o por culpa se “mueve bajo la consideración de que para que un sujeto deba hacerse cargo de la reparación de un daño sufrido por otro debe existir una causa que lo justifique.”²⁴ “Precisamente se la llama subjetiva o por culpa, porque la razón de existir de la obligación indemnizatoria es la actuación ilícita del agente del daño.”²⁵

La legislación ecuatoriana dispone en el artículo 2229 del Código Civil que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.”

1.3.3.1.1.1.- ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA:

Bajo este orden de cosas, entonces, los requisitos de la responsabilidad civil subjetiva son los siguientes: a) hecho jurídico, b) perjuicio, c) culpa y d) relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio.

1.3.3.1.1.1.1.- HECHO JURIDICO:

Para que surja responsabilidad, es necesario que exista un acontecimiento jurídico es decir, un acontecimiento que genere, modifique o extinga derechos subjetivos y las obligaciones correlativas, si el acontecimiento es realizado sin intención de producir efectos jurídicos estamos frente a un hecho jurídico y, por el contrario, si es realizado con intencionalidad estaremos frente a un acto jurídico. Para la responsabilidad

²⁴ Noguera Vercher Antonio y Giménez Picaso Gema, Responsabilidad Ambiental, Penal, Civil y Administrativa, Editorial La Ley, Pág. 149.

²⁵ Manasevich Abeliuk René, Las Obligaciones, Tomo 1, Editorial Temis, Pág. 170.

extracontractual son importantes los actos jurídicos unilaterales o producidos sin concurso de voluntades, pues en caso contrario nos estaríamos refiriendo a la responsabilidad contractual.

En el sistema del Código Civil ecuatoriano, la responsabilidad puede provenir de un hecho propio, de un hecho ajeno o de un hecho causado por sus bienes.

La regla general es que quien tiene capacidad para obrar puede asumir responsabilidad civil por sus propios hechos, inclusive, en materia extracontractual, el juez puede considerar que un menor de dieciséis años, pero mayor de siete, obró con discernimiento y obligarlo a responder con sus bienes al tenor de lo señalado en el segundo párrafo del artículo 2219 del Código Civil, por su parte, la persona jurídica asume responsabilidad propia por los actos de sus órganos competentes. Pero si los actos se han ejecutado incumpliendo los estatutos, las personas jurídicas pueden repetir el pago contra los funcionarios que efectuaron el pago.

De otro lado, la responsabilidad por hechos ajenos se encuentra consagrada en el artículo 2220 del Código Civil que establece que “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado.”

Finalmente la responsabilidad por daños causados por bienes, especialmente por animales, se encuentra regulada por los artículos 2226 y siguientes del Código Civil ecuatoriano.

1.3.3.1.1.1.2.- PERJUICIO O DAÑO:

Uno de los elementos centrales de la responsabilidad civil es el perjuicio, es decir, que exista un daño a los intereses de una persona, pero este daño puede ser a sus intereses materiales o a sus intereses morales.

Nuestro Código Civil no define lo que es el daño pero se refiere expresamente a él en el artículo 2214, cuando se refiere a los delitos y cuasidelitos y dice “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

En términos sencillos daño quiere decir, menoscabo, perjuicio, detrimento, que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes.

1.3.3.1.1.1.2.1- CLASES DE PERJUICIO O DAÑO:

1.3.3.1.1.1.2.1.1.- PERJUICIO O DAÑO MATERIAL:

Es el daño que se ocasiona a los derechos pecuniarios de una persona. El artículo 1572²⁶ del Código Civil establece los dos elementos que integran el daño patrimonial: el daño emergente, que es el perjuicio efectivamente sufrido o empobrecimiento real del patrimonio y el lucro cesante que es la ganancia que se dejó de percibir a consecuencia del acto ilícito.

El mismo artículo señala que existe el derecho a la indemnización por daño emergente y lucro cesante a menos que la ley limite al daño emergente.

²⁶ La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúense también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.

Para que haya lugar a la reparación de este tipo de perjuicio el perjuicio debe ser cierto; el perjuicio debe ser subsistente, es decir que no debe haber sido reparado ya; el daño debe ser personal; y, debe afectar un interés legítimo.

Para que el perjuicio sea cierto su realización debe ser cierta. Si es solamente hipotética, eventual, no puede quedar comprometida ninguna responsabilidad. Respecto al hecho de que un perjuicio futuro pueda ser cierto la doctrina señala que no es necesario que el daño ya se haya producido, pues desde el momento en que se tiene certeza de que se producirá en el futuro y puede cuantificarse. La víctima tiene derecho a exigir la reparación, es decir no se necesita que sea actual el daño.

La pérdida de una probabilidad no constituye un perjuicio eventual, sino un perjuicio cierto. Por ejemplo. Al abogado que no interpone un recurso de apelación porque ha dejado transcurrir el plazo, su cliente puede demandarlo por responsabilidad civil. La base de la responsabilidad del abogado está dada por la pérdida de una probabilidad, el cliente podía haber obtenido la reforma del fallo.²⁷

De otro lado, si la víctima es indemnizada, el perjuicio ha desaparecido, por ello no cabe demandar de nuevo su reparación.

Finalmente, que el daño sea personal significa que quien puede demandar la indemnización es quien ha sufrido el daño.

Es preciso destacar que en materia extracontractual, las acciones prescriben en 4 años contados desde la perpetración del hecho ilícito conforme al artículo 2235 del Código Civil y existe solidaridad pues según el artículo 2217 del mismo cuerpo legal “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas cada una de ellas será

²⁷ Mazeud, Jean, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil, Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte Segunda, Volumen 11, Argentina. Pág. 55.

solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los Arts. 2223 y 2228.”

1.3.3.1.1.1.2.1.2.- PERJUICIO O DAÑO MORAL:

Según los hermanos Mazeaud, el perjuicio moral es aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho extrapatrimonial. Muchas veces el perjuicio moral aparece acompañado del perjuicio material y en otros casos no, así parecen dos tipos o categorías de responsabilidad moral, por un lado, unos unidos a un perjuicio material que son aquellos que afectan a la parte social del patrimonio moral, alcanzan a una persona en su honor, su reputación, su consideración, los padecimientos físicos, las heridas que causan lesiones estéticas. Por otro lado, están los que están exentos del perjuicio material, que son aquellos que atentan contra los sentimientos morales y religiosos. Los atentados contra la parte afectiva del patrimonio moral.

El daño moral se encuentra regulado en el artículo 2231 y siguientes del Código Civil, este artículo establece que “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.” Por su parte, el artículo 2232 establece que la demanda por daño moral procederá en cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes (se refiere a los delitos y cuasidelitos), además este mismo artículo indica que para demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, la indemnización tiene que estar justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

En los fallos de triple reiteración de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, al referirse a las demandas por daño moral se dice que el Código Civil no reguló la competencia para resolver y conocer a las acciones por daño moral,

así como tampoco lo hizo acerca del procedimiento por lo que están intocadas las disposiciones procesales vigentes acerca de procedimiento a seguirse.²⁸ Es decir, que la vía procesal a seguirse es la ordinaria, pero el plazo para la prescripción es de cuatro años según lo prescrito en el artículo 2235 del Código Civil.

Por otro lado, la Primera Sala también se ha referido a la posibilidad de acumular las acciones por daños materiales y morales originados de un mismo ilícito, así señala: “Cuando el daño material y el daño moral son causados por un mismo hecho ilícito, las acciones para obtener la indemnización correspondiente deben acumularse, por economía procesal, en una misma demanda, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil puesto que las acciones por daño material y las acciones por Daño Moral si bien son diversas no son contrarias o incompatibles.”²⁹

Otro punto interesante en cuanto al daño moral, es que la acción civil para obtener la indemnización es independiente al ejercicio de la acción penal, así lo establece la Corte Suprema de Justicia cuando señala que conforme ha declarado la Sala, la acción civil para obtener la indemnización por Daño Moral es independiente y no está supeditada al ejercicio de la acción penal, pues de las normas especiales sobre Daño Moral no se ha establecido esta prejudicialidad que, de haberla querido el legislador la habría recurrido³⁰ expresamente pero si bien este criterio en un inicio fue unánime en las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dicho criterio ha evolucionado, pues actualmente se considera que en algunos casos la competencia exclusiva corresponde a la jurisdicción penal.

Nuestra legislación restringe la indemnización, en el caso del Daño moral únicamente al daño emergente, así lo señala el artículo 1572 del Código Civil. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no

²⁸ Expediente No. 189-2000, Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

²⁹ Expediente No. 334-99, Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

³⁰ Expediente No. 781-94. Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento, en efecto esta norma dispone “Exceptúense los casos en que la ley limita al daño emergente. Exceptúense también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.”

1.3.3.1.1.1.3.- LA CULPA Y EL DOLO:

1.3.3.1.1.1.3.1.- LA CULPA:

La culpa es otro de los elementos importantes en el sistema de responsabilidad civil subjetiva y los hermanos Mazeaud la definen como “Un error tal de conducta que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias “externas” que el demandado.”³¹

Dentro del culpa civil están englobadas la culpa y el dolo, entendiéndose de la primera al error de conducta que ha sido ejecutada sin intención sino por imprudencia, negligencia, descuido e impericia, y la responsabilidad que procede de esta puede ser objeto de renuncia mediante la estipulación de una cláusula contractual en ese sentido.

Colín y Capitant manifiestan que el haber colocado a “la culpa, como requisito indispensable del hecho ilícito y del nacimiento de la responsabilidad civil es una conquista de la civilización.”³² Ya que en las legislaciones primitivas no se ocupaban de la culpabilidad del que lesiona un derecho, sino que se reaccionaba con instinto atacando a la persona que le afecta a una persona o a sus bienes, más actualmente se tiene la idea de sancionar al causante del daño por el hecho objetivo de haber

³¹ Mazeud, Jean, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil, Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte Segunda, Volumen 11, Argentina, Pág 19.

³² Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Harla, México, Págs. 229 y 230.

participado en su obligación y el derecho moderno contempla además al culpable que pudo y debió evitar el daño y que al no hacerlo incurrió en una falta de conducta.

El error de conducta cuando es intencional tiene el nombre de dolo, en cambio, cuando fue ejecutado por imprudencia, negligencia, descuido o torpeza, hay culpa en sentido estricto, en ambos casos hablamos en general del concepto de culpa civil.

Conforme lo manifiesta el artículo 29 del Código Civil la culpa puede dividirse, según su grado en tres, en primero lugar, en culpa levísima que es aquella que se opone a la suma diligencia y cuidado, dado que consiste en la falta de esmerada diligencia en la administración de negocios jurídicos; en segundo lugar, en culpa leve, aquella que se trata de un descuido ligero que se opone a la diligencia o cuidado mediano, puesto que se refiere a la falta de cuidado de las personas que emplean ordinariamente en sus negocios propios, y; finalmente, en culpa grave, esta culpa en materia de Derecho Civil equivale al dolo, dado que se constituye como "un error de conducta imperdonable. En ella solo incurren las personas más torpes, es una falta gruesa e inexcusable."³³

Por otro lado, encontramos en doctrina que la división más exacta de la culpa es en culpa consciente y culpa inconsciente, lo que Carrara denominó culpa con previsión y culpa sin previsión; y que los romanos denominaban "culpa ex ignorancia" y "culpa ex lascivia". En la culpa consciente, el autor del hecho dañoso se representa las consecuencias que puede producir su acto, mientras que en la inconsciente falta en el agente esta representación.

"Las tres formas clásicas en que se presenta la culpa son: negligencia, imprudencia e impericia. La negligencia aparece cuando el sujeto omite la realización de un acto que habría evitado el resultado dañoso. Es aquella omisión más o menos voluntaria pero consciente de la diligencia que hubiere correspondido hacer de modo tal que no llegara

³³ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Harla, México, Pág. 231.

a producir el efecto perjudicial. En suma, la negligencia manifestada del autor del hecho lesivo se produce cuando habiendo motivos para prever el perjuicio que acontecería, no actúa con suficiente diligencia para evitarlo. La imprudencia aparece en el supuesto del sujeto que al obrar precipitadamente no prevé las circunstancias perjudiciales a las que arriba con posterioridad. Se caracteriza por la falta de atención o cautela en el actuar del individuo, incurriendo en ella ya sea por acción o ya sea por omisión. El imprudente es aquel sujeto que actúa con audacia y por impulso sin detenerse a percibir los efectos que su accionar haya podido acarrear. En la práctica no resulta cosa fácil determinar la verdadera noción de la negligencia y de la imprudencia, porque no es sencillo delimitar sus alcances, por lo cual comúnmente ambos términos son utilizados de manera similar. La impericia aparece cuando existe incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte determinado. Estas tres diferentes maneras de representación que adopta la conducta culposa, no suelen darse de un modo claro e independiente a la hora de la práctica forense.³⁴

1.3.3.1.1.1.3.2.- EL DOLO:

Según el artículo 29 inciso final de nuestro Código Civil el dolo es la intención positiva de provocar un daño en la persona o propiedad de otro. Estos errores de conducta intencionales deben consistir en actos o manifestaciones de la voluntad positiva y formalmente determinada a causar el daño que se reclama, es decir, el dolo es la voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud. Hay que diferenciar que el dolo en materia penal hace referencia a la intención de cometer la acción típica prohibida por la ley, mientras que en materia civil se refiere a la característica esencial del ilícito civil.

³⁴ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3011, Quito, 29 de octubre de 2002.

Son elementos del dolo, por un lado, el cognitivo o intelectual que hace referencia a la conciencia interna del sujeto que puede con su acción provocar mutaciones de la realidad o bien de violaciones a deberes establecidos en normas. Por otro lado, encontramos el elemento volitivo que hace referencia a los estímulos del ser humano para la satisfacción de las necesidades que lo lleva al querer alterar las situaciones externas.

“Como puede advertirse, ambos elementos (cognitivo y volitivo), ligados entre sí, producen la intención, ya sea como causa originadora de los procesos causales que mutan o transforman el mundo exterior, o bien, la violación al deber establecido en las normas.”³⁵

El dolo puede ser conceptualizado de tres formas distintas en su esfera civil.

En primer lugar, como vicio de los actos jurídicos. El dolo es uno de los vicios de los actos jurídicos cuando atacan al consentimiento del que suscribe el acto o contrato, siendo los otros vicios el error y la fuerza. En nuestra legislación el error, la fuerza y el dolo son condiciones de validez, estos producen nulidad relativa o rescisión por viciar la voluntad.

En el Código Civil de Argentina según la sección segunda “de los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones.” Bajo el capítulo segundo referente a “los hechos producidos por dolo” en el artículo 93 se define, en relación al tema tratado, lo siguiente: “Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin.”³⁶

³⁵ http://es.wikipedia.org/wiki/Dolo#Elementos_del_dolo

³⁶ <http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>

En el Ecuador, el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes y cuando aparece claramente que si no fuera por él no se hubiera contratado. En todos los demás casos el dolo solamente da lugar a la acción de perjuicios. En efecto, el artículo 1474 del Código Civil establece que “el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo.”

En el segundo caso, al que se refiere la norma antes citada, nos encontramos frente al dolo eventual, el cual no produce la anulación del acto de declaración de voluntad, sino únicamente la obligación de pagar daños y perjuicios.

En segundo lugar el dolo en el cumplimiento de la obligación consiste en su deliberado incumplimiento. “El dolo no puede ser dispensado de antemano y toda cláusula que condone al dolo en forma anticipada se entenderá que es nula, esto no significa que el acreedor tenga que perdonar al deudor su dolo cometido.”³⁷ Estos son los efectos especiales de las obligaciones que se producen siempre por el incumplimiento de dicha obligación contraída o por el cumplimiento defectuoso de la misma.

Finalmente, en tercer lugar, como elemento del acto ilícito es aquel ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar a la persona o propiedad de otro, en efecto, el dolo extra contractual es todo acto malicioso realizado con intención de dañar a otra persona o a su propiedad pero este es realizado sin ninguna convención, sin ningún acuerdo de voluntades pero en alguna forma el que comete el acto doloso busca en otra persona aprovecharse de este, beneficiarse en perjuicio de la otra. El dolo puede ser entendido como engaño, fraude, simulación.

³⁷ http://roma20022.tripod.com/Trabajos_Monograficos/obligaciones

1.3.3.1.1.4.- NEXO CAUSAL:

Un elemento esencial y diferenciador de la responsabilidad tradicional de la responsabilidad objetiva es el nexo causal que debe existir entre el componente dolo o culpa del acontecimiento y el daño producido a la víctima.

Para ello se debe distinguir la culpa o dolo inmediatos, de aquellos mediatos; la primera forma se produce cuando existe una relación cierta y directa entre la culpa o dolo del individuo y el resultado de ella, como si un empleado del tren en marcha deja inadvertidamente abierta la puerta de un vagón de pasajeros y por su actuación culposa cae un niño a la vía; aquella. Lo contrario ocurre cuando entre la culpa o dolo del individuo y su resultado inmediato y directo, surge un hecho nuevo, indirecto y mediato, que tiene por consecuencia un daño, ejemplo, en el mismo caso expresado del tren en marcha, si al ver caer al hijo, el padre se lanza a socorrerlo y muere el padre, más al hijo no le sucede nada. En este segundo caso, el empleado negligente no es responsable de la muerte del padre, quien se lanza voluntariamente a la vía en socorro del hijo; en una palabra, se responde de la culpa y dolo inmediatos, en donde existe un nexo causal directo, pero no se responde de la culpa o dolo mediatos porque está más bien es una ocasión de la causa y no una causa de la causa, y la culpa debe tener una relación directa con el hecho incriminado. No hay relación de causalidad.

En definitiva, para que exista relación de causalidad es necesario que el hecho sea la causa directa y necesaria del daño, independientemente si el daño pueda ser atribuible a una pluralidad de causas, de tal forma que si una de ellas hubiere faltado, no se hubiera producido el daño.

1.3.3.1.1.2.- ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA TRADICIONAL:

En relación a la responsabilidad tradicional subjetiva haremos referencia a la siguiente Jurisprudencia³⁸ en la que se considera la alegación de incompetencia puesto que la parte demandada adujo que era menester que la evidencia del delito o cuasidelito se determine previamente en el correspondiente proceso penal y, que, sólo en base del fallo condenatorio procede reclamar la indemnización de daños y perjuicios ante el propio Juez de lo Penal. La Corte consideró esta teoría como inaceptable, ya que según el Art. 1480 del Código Civil, las obligaciones nacen entre otras causas, "a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos". En el caso se trata de un cuasidelito por mediar negligencia de parte de los responsables; pues según Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undarraga "en el Derecho antiguo francés se consideró que había cuasidelito cuando había negligencia de parte de su actor, y en esta forma pasó el concepto al Derecho Francés". y de este Derecho pasó al Código Civil Chileno redactado por Andrés Bello, y de éste al Derecho Civil Ecuatoriano. La responsabilidad por tales daños, deriva sencillamente de haberse perpetrado un delito o un cuasidelito. Consiguientemente es una acción autónoma, independiente de otra acción civil o penal. Finalmente nos dice que la responsabilidad de los demandados proviene de lo establecido en los Arts. 2247 inciso 1 y 4 y 2244 del Código Civil.

Por lo expuesto, el juez falló a favor de la actora, debiendo liquidarse los daños y perjuicios a que tiene derecho en el trámite previsto en el Art. 915 del Código de Procedimiento Civil. Para el efecto, se tomó en cuenta lo previsto en los Arts. 364, 385 y 390 del Código del Trabajo; y que como lucro cesante se liquiden los intereses legales sobre el monto de la indemnización liquidada desde la citación a los demandados con el escrito de demanda, conforme lo dispuesto en el Art. 99 del Código

³⁸ Gaceta Judicial, mayo-agosto 1983, Serie XIV, No. 2, Pág. 399.

de Procedimiento Civil y los Arts. 1600 y 1602 del Código Civil vigente en aquella época.

En otro fallo, La Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia del Ecuador citando a la legislación chilena señala “para que una persona se vea afectada a la responsabilidad delictual o cuasidelictual deben concurrir los siguientes requisitos: a) hecho doloso (delito) o culposo (cuasidelito) de una de las partes; bien que ese hecho doloso o culposo ocasione un perjuicio a la otra partes, la víctima, y e) que entre el hecho doloso o culposo y los perjuicios haya relación de causalidad, esto es, que los daños o perjuicios sean consecuencia directa e inmediata de aquél. Si no concurren dichos requisitos la demanda de indemnización de perjuicios fundada en la responsabilidad extracontractual del demandado, no puede ser acogida.”³⁹

En este fallo la Corte Suprema de Justicia, acertadamente analiza establece en aplicación de la teoría subjetiva, que los requisitos para que haya lugar a la responsabilidad extracontractual son: hecho, daño, culpa y relación de causalidad. .

1.3.3.1.1.3.- RESPONSABILIDAD SUBJETIVA CON INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Según hemos referido, para Graciela Rodríguez Manzo la responsabilidad subjetiva “encuentra en la conducta antijurídica el elemento generador de la responsabilidad. Es decir no solo requiere que se compruebe la existencia de un daño sino que además debe establecerse que es consecuencia de conductas humanas voluntarias que tienen factores de atribución subjetiva, la responsabilidad está fundada en la culpabilidad del actor y no en el daño mismo, entonces.” La obligación de indemnizar se deriva única y

³⁹ Resolución No. 15-2001, Tercera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

exclusivamente de la manera adecuada o inadecuada como el individuo ha ejercido su libertad, ahí donde no ha existido decisión tampoco puede haber responsabilidad.”⁴⁰ por lo que se colige que las personas que no tienen la voluntad suficiente para darse cuenta del acto que ejecutan no son responsables de aquello.

Por otro lado existe la teoría de La responsabilidad objetiva, que está basada fundamentalmente en el riesgo y por la cual se desprende necesariamente la inversión de la carga de la prueba, pues se presume la responsabilidad del agente productor del daño porque objetivamente se le hace responsable, se requiere entonces únicamente que se indique el daño y el nexo causal por parte de la víctima, pero la prueba de la falta de culpa y de la inexistencia de causa y efecto le corresponden al demandado mismo que a su vez no podrá eximirse de responsabilidad por haber actuado con suficiente prudencia y cuidado, pues los únicos eximentes de responsabilidad para el demandado podrían ser el caso fortuito y la culpa de la víctima trasladándose así el nexo causal hacia circunstancias externas o hacia terceros, se aplica en otras palabras el principio “a daño causado, daño indemnizado”.

Sin embargo, existen también las denominadas teorías mixtas que abren el camino para que sin dejar de descartar el presupuesto de la culpa como base de la responsabilidad civil en la mayoría de los casos sin descartar a aquellos casos en los que los daños provienen de hechos que dada su peligrosidad o sus efectos reciban un tratamiento jurídico distinto. Así, la responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba permite introducir a la culpa y al riesgo.

Cuando se trata de obligaciones riesgosas la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por negar la culpa y como requisito fundamental de la responsabilidad civil se adopta la presunción de responsabilidad⁴¹ la cual es una presunción de derecho por lo

⁴⁰ Trazegnies, Fernando, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo I, Colombia, Pág. 8.

⁴¹ Diferente de la presunción de culpabilidad la cual se desvirtúa al demostrar la ausencia de culpa.

que no admite prueba en contrario, sin embargo se exime de la responsabilidad por: caso fortuito, fuerza mayor, culpa de un tercero, o culpa de la víctima.

Lo que rompe el vínculo de causalidad entre la actividad peligrosa y el daño. Todo lo cual no excluye a la culpa como parte de la responsabilidad civil pero a diferencia de la teoría clásica, la culpa se presume en contra del dueño o explotador de la actividad peligrosa. Un ejemplo claro en nuestro país de la adopción de esta teoría es el del caso Delfina Torres Viuda de Concha.

Esta teoría ha sido más aceptada en la doctrina y jurisprudencia extranjera como es el caso de Colombia que a partir de la resolución de su Corte Suprema dictada el 14 de Marzo de 1938 se ha venido afirmando que las explotaciones por actividades peligrosas se presume la culpa y dicha presunción no puede destruirse acreditando la ausencia de culpa

De tal manera que en la culpa presunta no se niega la existencia de la culpa como elemento de responsabilidad civil, sino mas bien que se la presume en ciertos casos como por ejemplo en la fabricación y transporte de combustible lo cual conlleva una ventaja a favor de la víctima; se da lugar a que existan eximentes de responsabilidad que atacan la causalidad y no la presunción; se le releva a la víctima de la carga probatoria solamente tiene que probar el daño y el nexo causal existente entre la actividad riesgosa y el daño sufrido, distinguiendo siempre entre las presunciones legales o de derecho ya que en las de derecho no se puede destruir la presunción; y se impone al demandado el deber de destruir la presunción, si quiere exonerarse de ella probando las causas extrañas que fueron mencionadas anteriormente.

1.3.3.1.1.3.1.- ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA CON INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA:

El caso que mejor recoge esta teoría, sin por ello dejar de analizar la de la responsabilidad subjetiva y más profundamente aún la teoría de la responsabilidad objetiva es el del juicio que siguió el Comité Pro Mejoras del barrio Delfina Torres viuda de Concha contra Petroecuador y sus filiales. Como es de conocimiento general, este sin duda es uno de los más grandes casos dentro de lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual del Estado pero mucho más aún lo que tiene que ver con la Responsabilidad Subjetiva con Inversión de la Carga de la Prueba.

La pretensión por parte del Comité “Delfina Torres viuda de Concha” en el juicio ordinario de daños y perjuicios No. 31-2002 que siguió en contra de Petroecuador y sus filiales es el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios causados en obras hasta por treinta y cinco millones de los Estados Unidos de América. En la sentencia la Primera Sala de lo Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia acogió esta doctrina en el fallo publicado en el Registro Oficial No. 43 de 19 de marzo del 2003, declarando categóricamente que los demandados incurrieron en responsabilidad subjetiva con ese fundamento fueron condenados al pago de indemnizaciones, por cuanto dentro del proceso, no probaron que los daños causados a las víctimas fueron el efecto o consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito. Es decir, se aplicó la presunción de culpa de los demandados

En la sentencia se consideró que en Ecuador la responsabilidad civil extracontractual es esencialmente subjetiva y por lo tanto requiere culpabilidad, pero que en la legislación colombiana se acepta que ni siquiera haya culpabilidad pues al ser estos hechos perjudiciales para el colectivo necesitan de protección. En este caso, la culpa se presume y releva a la víctima de aportar los medios de prueba de la negligencia, imprudencia o impericia, por ello encontramos como elementos un daño o perjuicio

material o moral (presente o futuro); una culpa demostrada o preexistente; y, un vínculo de causalidad entre uno y otro.

Respecto a la teoría del riesgo se consideró que quién utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brinden beneficios genera a través de ellos riesgos sociales y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el provecho que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios.

Sobre la responsabilidad objetiva se manifestó que es muy poco aceptada en las legislaciones, se considera mayormente la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable.

La inversión de la carga de la prueba se da porque la mayoría de las veces es casi imposible o muy difícil para la víctima probar la culpa en las actividades de explotaciones peligrosas o en el manejo de una cosa que conlleva peligro.

La sentencia dictada realiza un gran análisis de la responsabilidad objetiva lo que dio pie a confusión respecto a la teoría utilizada por la Corte para resolver el caso, sin embargo esto se superó con la aclaración posterior y otros fallos dictados por la misma sala en donde se precisó que la teoría de la responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba es la que había sido la teoría utilizada en el fallo.

En efecto, en la sentencia dictada en el Juicio ordinario No. 290-2003 que por daños y perjuicios siguió Medardo Luna contra Aeroservicios Ecuatorianos C. A. AECA se sostuvo por parte de la antigua Corte Suprema que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Por regla general, en la responsabilidad subjetiva la carga de la prueba de que el autor del daño ha obrado con dolo o negligencia, pesa sobre la víctima o damnificado. Sin embargo, hay daños que se producen por actividades peligrosas o de alto riesgo, en

que prácticamente es imposible al damnificado probar la existencia de la culpa o dolo antedichos. La doctrina, para no dejar a la víctima sin la tutela de la reparación por los daños sufridos, ha encontrado solución a dicho problema al revertir la carga de la prueba, y dejar que sea el agente del daño el que tenga que demostrar que ha observado todo el cuidado y precauciones necesarias para que no se produzca el accidente que ha ocasionado tal daño, sino que éste ha sido el efecto de fuerza mayor o caso fortuito (definido en el artículo 30 del Código Civil). En otras palabras se presume (*iuris tantum*) culpa en el agente del daño. Justamente, esta Sala acogió esta doctrina en el fallo dictado en el juicio ordinario de daños y perjuicios No. 31-2002 seguido por los representantes del barrio "Delfina Torres Vda. de Concha" en contra de Petroecuador y sus filiales, publicado en el R.O. 43 de 19 de marzo del 2003. En este fallo, declara categóricamente que los demandados incurrieron en responsabilidad subjetiva y, con ese fundamento, fueron condenadas al pago de indemnizaciones, por cuanto, dentro del proceso, no probaron que los daños causados a las víctimas fueron el efecto o consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito; es decir, se aplicó la presunción de culpa de los demandados. En la responsabilidad objetiva, mientras tanto, al individuo señalado como responsable se le impone la obligación de indemnizar a la víctima, independientemente de la previsión o intención que aquel haya podido tener del daño resultante del accidente. En otras palabras, ya no será únicamente responsable quien obró con malicia, negligencia o impericia, sino también el individuo que creó la actividad peligrosa o utilizó el bien riesgoso."

La antigua Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia dictada en el juicio No. 168-07 precisó los conceptos de responsabilidad subjetiva, objetiva y de la culpa presunta en la responsabilidad subjetiva, en efecto en la resolución se estableció: "h) La responsabilidad es subjetiva, cuando se la hace depender de la culpabilidad del sujeto de cuya conducta se deriva el daño. En el caso de las denominadas actividades riesgosas, la culpa se presume, de tal forma, que le corresponde al sujeto demostrar que su conducta se ha ajustado al nivel de diligencia que la ley le exige en su actividad. De otra parte, la responsabilidad

es objetiva, si ella depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto, por lo que, poco importa si el sujeto ha actuado con dolo o culpa; i) La relación causal entre el hecho ilícito y el daño considerados, se ha de calificar con criterios de razonabilidad por parte de los juzgadores, en cada caso concreto; esta Sala entiende que las distintas teorías sobre la calificación del nexo causal, que han sido provistas por la doctrina, son para el juzgador una guía importante, pero no limitan su facultad de calificar los hechos relevantes sobre las circunstancias específicas de los asuntos puestos a su consideración.- Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho Público, la doctrina más calificada recomienda, y así lo asume esta Sala, que existen ciertos aspectos de la teoría de la responsabilidad que deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. Se examinará con detalle el tema en los literales que se enuncian luego, en párrafos específicos: a) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente. Así, es principio fundamental en la organización del Estado, la solidaridad y, en virtud de ella, los administrados se encuentran sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales (entre otros, ver el artículo 97 de la Constitución Política) que permiten hacer efectivo el conjunto de los correlativos derechos de los que somos titulares. En este sentido, el preámbulo de la Constitución Política señala: “El Pueblo de Ecuador... fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana... establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social” (El subrayado es de la Sala). La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos en la misma Constitución Política no deban ser también efectivos, lo que es posible a través de una adecuada ponderación de los bienes jurídicos que, en apariencia, se encuentran en conflicto. De tal forma que, en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual deba ceder ante ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está

sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a reestablecer el balance afectado. Por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad al Estado en el evento de que se cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento. En efecto, esta norma, en su parte pertinente, establece: “Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia... de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos”. De la misma manera, cuando el referido artículo 20 ibídem hace referencia a la “prestación deficiente de servicios públicos” no califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación correspondiente sino al defecto funcional del servicio.- b) Consecuencia del enunciado precedente es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no pueda ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que esta intencionalidad no sea importante en el sistema de responsabilidad, pues, como lo establece el inciso segundo de la norma analizada (artículo 20 de la Constitución Política) la calificación de la culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados.- En este punto, es importante aclarar que la

responsabilidad del Estado, tal como ha sido perfilada, no se adecua, tampoco, a la idea de la culpa presunta, propia, por ejemplo, de la realización de actividades de riesgo o de la responsabilidad por actos de terceros. Esto se debe a que, según la tesis de la culpa presunta, bastaría probar -presuponiendo la reversión de la carga de la prueba- que el efecto dañoso no se deriva de la negligencia, imprudencia o impericia de los sujetos a cargo de la actividad pública o, con más exactitud, que el comportamiento de estos sujetos se ha ajustado a las reglas jurídicas y técnicas previstas para el ejercicio de la actividad pública de la que se trate. Sostener esta posición significaría considerar que los efectos de la actividad pública, socialmente intolerables por su injusticia o ilicitud, son irrelevantes, porque la conducta de los agentes públicos se ha arreglado a las formas determinadas por otros agentes públicos; y que, las instituciones del Estado, con competencias normativas, son irresponsables frente a la deficiencia de la regulación y sus efectos dañosos. c) La responsabilidad patrimonial del Estado es, en todos los casos, directa.”

1.3.3.1.2.- TEORÍA OBJETIVA, TEORÍA DEL RIESGO, “DE LEGE FERENDA” O NEGACIÓN DE LA CULPA:

Esta teoría nació como una necesidad de dispensar a los obreros, víctimas de los accidentes de trabajo, de la prueba, imposible con frecuencia, de una culpa del patrono.

A partir de ahí se elaboró la teoría del riesgo. Esta teoría tiene dos corrientes: uno negativo y uno positivo; el primero niega la necesidad de la culpa, y la parte potra propone remplazar a la culpa por otro criterio. Así, entre los propios partidarios de esta teoría hay criterios diferentes en cuanto al reemplazo de la culpa.

Por un lado tratadistas como Saleilles y Josserand sugirieron eliminar totalmente la culpa como requisito de la responsabilidad civil, y establecieron que: “todo acto obliga a su autor a reparación.”⁴²

Por otro lado, la teoría del riesgo beneficio, que en lo principal señala que hay responsabilidad en los casos en el autor del acto haya tenido un beneficio económico, y que hace que corran un riesgo otras personas.

Finalmente, la teoría del riesgo creado estima, que desde el instante en que se ejerce una actividad en interés pecuniario o moral de una persona, ésta persona es responsable fuera de toda culpa.

En cualquier caso, se debe precisar que con el desarrollo de la industria, la ciencia y la tecnología, se incrementaron los riesgos y daños que pueden sufrir las personas, inclusive sin mediar culpa por parte del causante del hecho que generó el daño, frente a estas circunstancias, debe existir la posibilidad de aplicar la teoría objetiva o subjetiva (teoría mixta), según el caso particular que se presente, para resarcir los daños sufridos por el ser humano.

En nuestro ordenamiento jurídico, para que exista responsabilidad civil es necesario que exista culpa, pero hay casos excepcionales en los cuales es necesario que se admita una responsabilidad fuera de toda culpa, como es el caso de los accidentes de trabajo o el de daños ambientales por disposición expresa de la Constitución de la República.

⁴² Mazeud, Jean, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil, Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte Segunda, Volumen 11, Argentina, Pág. 87

1.3.3.1.2.1.- ANALISIS DE JURISPRUDENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA NACIDA DE LA TEORÍA DEL RIESGO:

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en su resolución No. 229-2002 publicada en el Registro Oficial 43 de 19 de marzo de 2003 al referirse a esta teoría señala: “el mundo actual y el que se aproxima con su extraordinaria y progresiva acumulación de riesgos exige una mayor defensa de los valores del hombre, creados por una técnica que si bien por un lado facilita todo, por otro lado atenta contra todo. La multiplicidad de contingencias reales de peligros y riesgos que actualmente se advierten desdibujados por la insatisfacción y al margen de toda idea resarcitoria, llevó a una lenta evolución de los elementos y conocimientos que facilitaron a los sistemas jurídicos más avanzados a ingresar a regímenes de socialización de riesgos conducentes a que la víctima del riesgo no quede desamparada. Esto dio origen a la teoría del riesgo, según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, genera a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el provecho que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que lo ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva.”

Esta misma Sala estableció que En la responsabilidad objetiva, mientras tanto, al individuo señalado como responsable se le impone la obligación de indemnizar a la víctima, independientemente de la previsión o intención que aquel haya podido tener del daño resultante del accidente.

En otras palabras ya no será únicamente responsable quien obró con malicia, negligencia o impericia, sino también el individuo que creó la actividad peligrosa o utilizó el bien riesgoso. En la responsabilidad objetiva se pondera la tutela jurídica de

reparación a la víctima. El damnificado debe demostrar solamente: el hecho, el daño y la relación causal vinculante entre los dos primeros, no necesita demostrar si el agente obró con malicia negligencia o impericia. Se trata de las obligaciones de resultado que son típicamente objetivas, patrimoniales no personales. Por que se descarta el factor anímico y psíquico como elemento estructural de la responsabilidad civil. Tampoco se revierte la carga de la prueba, de suerte que sería inicuo y de nada serviría al agente señalado como responsable justificar que el accidente fue la consecuencia de causa mayor o caso fortuito, como por ejemplo si una aeronave se accidentó por causa de la caída de un rayo o de una tormenta.⁴³

Ya en el campo ambiental es importante referirnos a la sentencia dictada a las dieciséis horas del seis de junio de dos mil uno por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual marca todo un hito jurisprudencial en la evolución del tema de la responsabilidad por daño ambiental.

En efecto, en cuanto al tema de los daños manifiesta la Sala Primera de la Corte: “A) Debe ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturas. El daño no pierde esta característica si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación o prueba; tampoco debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto pero futuro; asimismo, no cabe confundir el daño futuro con el lucro cesante o perjuicio, pues el primero está referido a aquél que surge como una consecuencia necesaria derivada del hecho causal o generador del daño, es decir, sus repercusiones no se proyectan al incoarse el proceso. En lo relativo a la magnitud o monto (seriedad) del daño, ello constituye un extremo de incumbencia subjetiva única del damnificado, empero el derecho no puede ocuparse de pretensiones fundadas en daños insignificantes, derivadas de una excesiva susceptibilidad. B) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo. Así puede haber un damnificado directo

⁴³ Resolución No. 20-2004 de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

y otro indirecto: el primero es la víctima del hecho dañoso, y el segundo serán los sucesores de la víctima. C) Deberá ser causado por un tercero, y subsistente, esto es, si ha sido reparado por el responsable o un tercero (asegurador) resulta insubsistente. D) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño.”

En esta sentencia el tema de la responsabilidad derivada de daños causados a la naturaleza es el eje central y es precisamente aquí donde la jurisprudencia costarricense da un vuelco total a sus anteriores resoluciones, reconociendo la responsabilidad objetiva en materia de daño ambiental como un principio general del derecho, emanado del ordenamiento jurídico mediante la reforma al artículo 50 de la Constitución Política, que reconoce el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Manifiesta la Sala de Casación que desde los más remotos documentos jurídicos este criterio siempre ha imperado porque no puede obligarse a la víctima a probar el nexo de causalidad, como si acontece con la responsabilidad subjetiva, si el agente dañoso ha asumido un riesgo, aún cuando sea bajo una dimensión de una actividad lícita, si dentro de los posibles efectos se puede incluir el causarle un mal a terceros. La Sala de Casación deja claro que en materia ambiental, no se aplica la responsabilidad subjetiva, alegando que en dicha hipótesis, el damnificado debe probar el nexo de causalidad entre la acción de un agente dañino y los perjuicios sufridos. En la responsabilidad objetiva la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante del daño, y por consiguiente el responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Asegura que quien asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todos los daños causados por dicha peligrosidad, incluyendo si la conducta es lícita. El ordenamiento parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, siendo las únicas causas eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero. De igual forma por primera vez una Sala de Casación toca el tema de la inversión de la carga de la prueba, siendo responsabilidad de quien realiza la actividad riesgosa desmeritar los hechos que se imputan. Ya el tema de la responsabilidad objetiva por daño ambiental había sido estudiado por la Sala de Casación, reconociéndola únicamente en el caso que una norma expresamente así lo

estipulara. De esta forma, anterior a la presente sentencia, privaba la responsabilidad subjetiva y solo cuando una norma expresamente lo estipulaba se aplicaba la responsabilidad objetiva. Por ello, a través de esta jurisprudencia, se da un nuevo trato al tema de la responsabilidad por daño ambiental, siendo la misma siempre de carácter objetivo, por ser éste un principio general del derecho ambiental.

En definitiva, en esta sentencia de casación de la Corte Suprema de Costa Rica no se requirió de norma expresa para aplicar la responsabilidad objetiva en un caso de contaminación, pues la Corte concluyó que el solo hecho de que la Constitución declare el derecho de los ciudadanos a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado implica este tipo de responsabilidad. En este caso se concluyó que la responsabilidad por daño ambiental es siempre de carácter objetivo, independientemente que exista una norma que así lo establezca, al ser un principio general del derecho reconocido por la misma Constitución Política; que la simple existencia de daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta, incluso si la conducta desplegada es lícita; que se presume la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad de su actividad; que se invierte la carga de la prueba recayendo la misma en quien asumió el riesgo de la actividad dañosa; y, que los únicos eximentes de responsabilidad aceptados son la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

CAPITULO II: RESPONSABILIDAD DERIVADA DE UN EVENTO AMBIENTAL EN EL ECUADOR

2.1.- LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS:

2.1.1.- EL SUJETO DE DERECHOS:

Un sujeto de derechos ha sido concebido tradicionalmente como uno de los elementos de la relación jurídica. En la antigua Roma, ser humano y persona como sujeto de derechos no eran equivalentes, pues no todos los seres humanos tenían personalidad, como el caso de los esclavos, luego, el derecho progresó en sus concepciones y en épocas modernas se ha considerado que la personalidad no está ligada a la posición de ninguna cualidad y se le considera como una emanación de la propia naturaleza humana.

Tienen categoría de sujeto de derechos también las creaciones ficticias del ser humano, de tal forma que actualmente para nadie resulta extraño que una sociedad o una corporación constituida legalmente como persona jurídica pueda ser titular de un derecho o inclusive sujeto pasivo de una obligación, de ahí, por ejemplo, que no podamos apreciar físicamente a una corporación pero esta ficción jurídica si puede tener derecho de propiedad sobre bienes corporales.

En definitiva, tradicionalmente, únicamente han sido considerados sujetos de derecho las personas, tal es así que inclusive se ha definido como persona a todo sujeto de derecho⁴⁴. Existen dos tipos de personas, a saber, por un lado, la persona natural definida por el artículo 41 del Código Civil Ecuatoriano como todo individuo de la

⁴⁴ Larrea Holguín, Juan, Manual de Derecho Civil del Ecuador, Volumen I. Corporación de Estudios y Corporaciones. Pág. 111

especie humana; y, por otro lado, la persona jurídica definida por el tratadista ecuatoriano Monseñor Juan Larrea Holguín⁴⁵ como aquellos grupos de personas naturales u organizaciones dotadas de bienes y que para conseguir el fin que se proponen son capaces de tener derechos y de obligarse. Las personas, sean naturales o jurídicas, por su parte, tienen capacidad, la cual puede ser de goce, lo que significa la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones o capacidad de ejercicio, lo que significa realizar actos jurídicos por sí mismo

Por su parte, sujeto de derecho, podría ser entendido como el ser actuando en una relación jurídica determinada, resultando imposible que exista una relación jurídica sin sujeto.

Bajo este orden de cosas, es decir para la concepción tradicional, resultaría aparentemente imposible que una entidad no humana como la naturaleza es decir algo que no sea una persona natural o jurídica sea sujeto de derechos, puesto que cualquier otro ente no sería más que un objeto de la relación jurídica creada o reconocida por el ordenamiento jurídico emanado de las estructuras estatales.

2.1.2.- TEORIA ANTROPOCENTRICA:

Siguiendo la referida posición tradicional jurídica romanista, la teoría antropocéntrica de derecho ambiental percibe al ser humano como el centro del universo y a la naturaleza solo en tanto le es útil al ser humano se la protege, es decir, siguiendo el tradicional sistema jurídico, el ser humano es sujeto de derechos y el ambiente objeto.

La teoría antropocéntrica sostiene que el medio ambiente no está dotado de un valor intrínseco, simplemente, se hace evidente que al destruir al medio que lo rodea, el

⁴⁵ Larrea Holguín, Juan, Manual de Derecho Civil del Ecuador, Volumen I. Corporación de Estudios y Corporaciones. Pág. 111

hombre se arriesga efectivamente a poner su propia existencia en peligro, o por lo menos, a privarse de las condiciones de una vida adecuada sobre la tierra.

Se ha sostenido, siguiendo esta posición antropocéntrica que todas las cosas inferiores al hombre han sido creadas para su uso y disfrute; cumplen la finalidad de su existencia satisfaciendo las carencias y necesidades de aquel. Por lo tanto, cualquier cosa perteneciente al reino animal, vegetal o inorgánico puede ser llevada a depender del hombre, y convertida en su propiedad. El derecho a adquirir propiedad útil y necesaria para una vida humana ordenada, constituye uno de los derechos naturales del hombre, que no puede serle arrebatado por el Estado. El Estado puede, efectivamente, dictar leyes razonables que regulen y definan los derechos de propiedad de los ciudadanos para el bien común, pero no puede abrogarlos por completo. Tales derechos son anteriores al Estado y en sustancia, independientes de él; el Estado ha sido instituido para protegerlos y defenderlos, no para suprimirlos. Los derechos son condición natural de los seres inteligentes como tales, que pueden reflexionar sobre sí mismos, conocer sus propias necesidades y que están capacitados para subvenir a ellas mediante la apropiación de objetos que les están subordinados y que pueden satisfacer aquellas necesidades.⁴⁶

Esta posición antropocéntrica ha sido la predominante y se encuentra plasmada en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de países del planeta, así como en instrumentos internacionales, tal es el caso, por ejemplo, de La Declaración de Estocolmo de 1972 y la declaración de Río de 1992, en la cuales se manifiesta que de todas las cosas del mundo, los seres humanos son lo más valioso. Por consiguiente, lo más importante es el bienestar del hombre, si para dicho bienestar se necesita cuidar a la naturaleza, se lo hará, pero no porque la Naturaleza sea aquella que merece ser protegida, sino porque aquel es el escenario del hombre y lo necesita para su beneficio.

⁴⁶ <http://ec.aciprensa.com/j/justicia.htm>, escrito por T. Slater, transcrito por Rick McCarty, traducido por Estela Sánchez Viamonte.

Es claro entonces, que con esta teoría se intenta fijar al ser humano como el centro de todo el universo, al cual la naturaleza le debe ser útil. Todas las decisiones con respecto a la naturaleza se tomarán en base al exclusivo beneficio del hombre y de su protección, más no porque el medio ambiente merezca ser conservado. Esto ha generado que en un análisis de ponderación de derechos y bienes jurídicos que cuando se ha tratado de tomar una decisión con consecuencias ambientales, siempre se ha preferido al desarrollo económico por sobre la conservación, con lo cual, se ha generado un acelerado deterioro ambiental.

2.1.3.- TEORIA ECOCENTRICA Y LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS:

Como contrapartida se empezó a generar una corriente, que poco a poco ha ido creciendo, en la cual se coloca al ambiente y a la naturaleza como el eje central de las cuestiones ambientales.

La Carta de la Naturaleza de la Naciones Unidas ya en 1982 establecía que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y materias nutritivas, que toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y que con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral.

Esta posición que fue en principio estrictamente ecológica, lo que busca es reconocer el valor intrínseco de la Naturaleza y que se mire al ser humano como parte del ecosistema. En este sentido, la Convención sobre Diversidad Biológica recoge lo señalado por la Carta de la Naturaleza cuando en el Preamble reconoce el valor intrínseco de la diversidad biológica, de sus valores asociados y de sus componentes.

Ferry define tres categorías o niveles del ecologismo; el primero sería el menos dogmático y más humanista, el ecologismo democrático, en el que el hombre es el centro y sólo él debe ser considerado sujeto de derecho. Esta concepción se inscribiría dentro de la tradición liberal y, según ella, los animales y la naturaleza quedarían al servicio del hombre por lo que agredir a alguno de ellos es condenable porque supone atentar contra derechos del hombre, el de propiedad fundamentalmente. Por ello, las leyes protectoras que se basan en esta visión suelen considerar que es falta o delito el maltrato de los animales si se trata de los domésticos, o en espectáculos públicos porque en este caso se atenta contra la dignidad del hombre. Las otras dos categorías del ecologismo rompen con la concepción "antropocentrista" de la primera y, en la segunda, los animales son reconocidos como sujetos de derecho, alcanzando este reconocimiento la naturaleza o incluso la totalidad del universo en la tercera categoría. Hoy en día, el segundo nivel, el que sirve de fundamento para el movimiento de "liberación animal", está más extendido en el mundo anglosajón, mientras que el ecologismo "ecocéntrico" o "biocéntrico", la llamada ecología profunda, domina en los movimientos alternativos y antiglobalizadores de Estados Unidos y Alemania.⁴⁷

Esta corriente ecocentrista poco a poco se ha ido trasladando de la ecología a otras esferas como el derecho y la legislación ambiental. En efecto, tradicionalmente, como hemos analizado, por definición el Derecho corresponde al hombre en tanto ser humano o a sus creaciones denominadas personas jurídicas y como la naturaleza no es persona entonces sólo podría ser objeto del derecho más no sujeto del mismo. Con este análisis supuestamente el debate había llegado a su fin, pero por los graves problemas ambientales contemporáneos como el cambio climático así como por la propia evolución del pensamiento jurídico el tema relativo a otorgar derechos a la naturaleza como sujeto de determinadas relaciones jurídicas con el fin de conseguir

⁴⁷ http://www.libertaddigital.com/ilustracion_liberal/articulo.php/387

que los seres humanos frenen el proceso de devastación en contra de la naturaleza., se ha puesto en vigencia.

Según Alberto Acosta⁴⁸, la Naturaleza y las especies vivientes son consideradas como objeto de propiedad o simples “recursos” naturales. No consideran a la Naturaleza como un todo, sino que reconocen sus elementos en tanto tienen una utilidad inmediata para la ganancia y el consumismo sin límites, que hace de todo una mercancía. A lo largo de la historia jurídica, cada ampliación de los derechos y las leyes conexas fue anteriormente impensable. La emancipación de los esclavos o la extensión de los derechos civiles a los afroamericanos, a las mujeres, a los niños y niñas fueron resistidas por las autoridades que las consideraban un absurdo jurídico, ya que los consideraban como objetos de protección.⁴⁹

La teoría de subjetivizar a la naturaleza surge doctrinariamente con Christopher D. Stone, juez estadounidense que escribió un ensayo sobre los árboles Secuoyas⁵⁰. El problema surgió cuando una empresa tuvo la intención de cortar estos árboles que se encontraban dentro del Mineral King Valley, para construir un parque de diversiones. En este ensayo sostiene Stone que, los árboles Secuoyas son árboles que debían ser preservados por sí mismo y que son sujeto de derechos. Postura que fue redefinida por el mismo autor, señalando que para proteger a la naturaleza antes que reconocer su calidad de sujeto de derechos, se debe imponer deberes a los seres humanos. El profesor Stone planteó que los árboles deberían tener derecho a representación legal y cuando sean objeto de daño también deberían tener derecho a la reparación.

⁴⁸ Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador que consagró los derechos de la naturaleza.

⁴⁹ <http://www.peripecias.com/ambiente/477AcostaNaturalezaDerechos.html> Publicado en la página de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador el 29 de febrero de 2008. Reproducido en el semanario Peripecias N° 87 el 5 de marzo de 2008.

⁵⁰ Jurisprudencia norteamericana: caso Sierra Club vs. Morton

Otro defensor de los derechos de la naturaleza Godofredo Stutzin manifiesta que este mundo que ahora reclamamos como nuestro medio ambiente tenía ya más de dos mil millones de años de existencia cuando apareció el primer homínido y que la biosfera, que sólo miramos como fuente de recursos para la vida humana, constituye también la esfera de la vida para una infinidad de especies que nada deben al hombre. Agrega que es preciso abandonar nuestra miope y cómoda posición antropocéntrica y avanzar hacia una comprensión del mundo en que la naturaleza recupere su dignidad frente al hombre y sea reconocida por éste como su maestra y socia mayoritaria en vez de ser tratada como esclava sin voz ni voto.⁵¹

El escritor uruguayo Eduardo Galeano en su artículo "La Naturaleza no es muda", manifiesta que es absurdo que suene extraño que la naturaleza tenga derechos y que suene de lo más normal que las grandes empresas disfruten de derechos humanos. En 1886, la Suprema Corte de Estados Unidos, modelo de la justicia universal, extendió los derechos humanos a las corporaciones privadas. La ley les reconoció los mismos derechos que a las personas, derecho a la vida, a la libre expresión, a la privacidad y a todo lo demás, como si las empresas respiraran.⁵²

Según Cormac Cullinan, autor del libro "Wild Law: A Manifesto for Earth Justice" el mundo científico se ha dado cuenta que no hay un aspecto de la naturaleza que se pueda entender sin mirarlo en el contexto de los sistemas de los cuales forma parte. Sin embargo, este concepto no ha sido trasladado al mundo de las leyes y las políticas, ni a la sociedad en general.

⁵¹ Stutzin, Godofredo, El Arrayán, 1992

⁵² <http://laventana.casa.cult.cu/modules.php?name=News&file=print&sid=4179>

2.1.4.- LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL ECUADOR:

En el Ecuador, en el año 2008, luego de un proceso extremadamente controvertido, se dictó una nueva Constitución de la República en la cual se consagró a la naturaleza como sujeto de derechos. Respecto a ello, Eduardo Galeano advierte que por primera vez en la historia universal se reconocen los derechos de la naturaleza.⁵³

En efecto, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 10 inciso segundo, estableció que “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que establezca la Constitución”. Es decir, por un lado se entregó derechos subjetivos a la naturaleza y por otro lado, se estableció una reserva constitucional para su creación.

El artículo 14 de este mismo cuerpo constitucional, por su parte, consagró el derecho de las personas y colectivos a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, con lo cual aparente aunque no realmente, se generaría un conflicto, pues la naturaleza tendría un doble carácter de sujeto y objeto al mismo tiempo, lo que generó amplias discusiones en el foro jurídico ecuatoriano.

Se sostuvo, por un lado, que la que la naturaleza no es un pleno sujeto de derecho, ya que el sistema jurídico ecuatoriano sólo regula derechos de personas no de objetos, que la naturaleza no goza de capacidad de ejercicio, porque no puede realizar actos jurídicos por sí misma, ni iniciar acciones legales para su protección a nombre propio y que adicionalmente no puede contraer obligaciones. Por otro lado, se sostuvo que la naturaleza era un sujeto pleno de derechos.

Un análisis jurídico respecto al doble carácter de la naturaleza como sujeto u objeto de derechos, supera esta controversia, pues revisando el articulado constitucional nos encontramos que la redacción del texto es clara al establecer que la naturaleza es

⁵³ <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/es-la-naturaleza-un-sujeto-de-derechos-317015.html>

sujeto de los derechos previstos constitucionalmente. Naturalmente, para cualquier otro efecto, esta misma naturaleza, continua siendo un objeto de la relación jurídica.

Los derechos de la naturaleza se encuentra en el régimen del “buen vivir”, o “sumak kawsay”, la cual para el Dr. Mario Melo, es una categoría simbólica que denota, en la cosmovisión de numerosos pueblos ancestrales, un conjunto de valores que dan sentido a la existencia en el plano individual y colectivo. Vida en armonía que conjuga la relación con el entorno natural, la “tierra sin mal” y con la cultura o “sabiduría de los ancestros.”⁵⁴

Ahora bien, los derechos que la Constitución Política de la República del Ecuador reconoce al sujeto de la relación jurídica naturaleza son cuatro:

2.1.4.1.- EL DERECHO A LA CONSERVACION INTEGRAL:

Consagrado en el artículo 71⁵⁵ en virtud del cual la naturaleza tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Es importante entender este derecho, puesto que no dejaron de escucharse voces en el Ecuador que manifestaban que con el otorgamiento de este derecho a la naturaleza se afectaría la vida cotidiana de los ecuatorianos, por ejemplo, en el consumo de recursos de esta naturaleza necesarios para su propia vida. Es importante entonces precisar que este derecho busca la protección integral del ecosistema, es decir que este permanezca integro, lo cual no se opone al hecho de que de conformidad con el

⁵⁴http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/Buen%20vivir,%20naturaleza%20y%20nacionalidades%20en%20la%20nueva%20Constituci%C3%B3n-1.doc

⁵⁵ La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

artículo 64 de la Constitución Política, pueda utilizarse un determinado componente de la naturaleza para satisfacer las necesidades del ser humano, como por ejemplo la alimentación, con especies renovables, siempre que dicho consumo no afecte a la conservación integral de la naturaleza como un todo.

2.1.4.2.- EL DERECHO A LA RESTAURACIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL O REPARACION IN NATURA:

Previsto por el artículo 72 de la Constitución de la República,⁵⁶ va de la mano con la finalidad que tiene el derecho ambiental. Esta restauración será independiente del derecho de las personas o comunidades a ser indemnizados por el daño ambiental, lo cual se corrobora con lo dispuesto por el artículo 397 de la Constitución de la República.

Este derecho es fundamental, puesto que se genera la obligación de quien produce un impacto ambiental negativo de lograr la restauración de la propia naturaleza, lo cual no es reemplazable con indemnizaciones a personas o colectivos, en efecto, se estableció claramente que uno es el daño ambiental producido a la naturaleza, el cual se resarce con la restauración y otro es el daño a los individuos y colectividades derivados del daño ambiental producido por el evento ambiental negativo, quienes deberán demostrar efectivamente un daño a su patrimonio o a su moral derivado de ese evento ambiental para recibir una indemnización pecuniaria. Con ello, también se ha logrado que las demandas por eventos ambientales dañosos tengan que dirigirse a buscar la restauración a favor de la naturaleza y no como ocurría anteriormente, en que era

⁵⁶ La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

común ver a personas naturales buscar indemnizaciones a favor propio tomando como pretexto el daño ambiental.

Consideramos, que el lograr efectivamente la restauración requiere pasar por tres etapas, la mitigación, la remediación y finalmente las actividades propias de restauración.

2.1.4.2.1.- LA MITIGACION:

Se denomina así al conjunto de procedimientos a través de los cuales se busca bajar a niveles no tóxicos y/o aislar sustancias contaminantes en un ambiente dado.

La mitigación ha sido definida también como aquellas medidas inmediatas que se toman para evitar un daño mayor como por ejemplo, en caso de un evento ambiental dañoso la excavación de zanjas para evitar la dispersión de contaminantes, otro ejemplo es el tratamiento de hidrocarburos insolubles más livianos que el agua. En este caso se procede a instalar un pozo en el que se harán dos tipos de bombeo, uno inferior para crear un cono de depresión en el agua y uno superior para retirar al hidrocarburo. Se contará, además, con un detector que indica la presencia y espesor del hidrocarburo a tratar.

El artículo 21 de la Ley de Gestión Ambiental ecuatoriana, establece que previa al otorgamiento de una licencia ambiental, entre otros requisitos, el proyecto debe contar con adecuados planes de contingencia y mitigación.

2.1.4.2.2.- REMEDIACION Y RESTAURACION O REPARACION

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, restaurar es reparar, renovar o volver a poner algo como estaba antes, por su parte el término remediación no ha sido incluido en las definiciones de los diccionarios de la lengua española, pero como derivación de remediation se ha venido utilizado para significar limpieza de sitios contaminados. Remediar entonces es enmendar una cosa, poner remedio a un daño.

Los términos analizados se utilizan conjuntamente, puesto que el primero hace relación a una actuación más bien estética o superficial que no ataca la contaminación, pero que en ocasiones puede ser muy efectiva, por ejemplo, cuando se coloca una gran cantidad de tierra y una capa vegetal sobre un derrame pequeño de hidrocarburos. El segundo en cambio hace relación a retirar los elementos contaminantes pero que no necesariamente recupera el valor estético del sitio afectado por el evento ambiental. Por esta razón un adecuado manejo de los daños producidos por el ambiente requiere de la conjunción de estas dos acciones.

En el Ecuador la Ley de Gestión Ambiental ha utilizado el término restauración pero definiéndolo como el retorno a su condición original de un ecosistema o población deteriorada y el término reposición como la acción de reponer el medio ambiente o uno de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o reestablecer sus prioridades básicas.

“Para poder comprender exactamente qué es la Restauración Ambiental, nos remitimos al concepto de Jesús Conde Antequera que nos explica: “la restauración ambiental desde una perspectiva ecológica habrá de definirse así como la restauración de la interacción o interrelación ecológica, de la funcionalidad ambiental que los elementos ambientales dañados han dejado de aportar a consecuencia del daño. Restauración que consistiría, en la devolución, en la medida posible, al suelo, aire y agua, a la fauna, flora y condiciones ambientales de desarrollo de tales especies, de

las propiedades que se hubieran perdido o alterado, de tal forma que los recursos deteriorados y el sistema ecológico recuperan su funcionalidad alterada.”⁵⁷ De este concepto podemos comprender que la restauración no implica la mera eliminación del agente dañoso que provoca el deterioro al medio ambiente. El concepto de la restauración ambiental va mucho más allá, establece que no solo se debe remover ese mal, sino que se debe rehabilitar a la naturaleza por así decirlo. Se deben tomar todas las acciones posibles con la finalidad de devolver al ambiente todas sus funciones y dejarlo exactamente como se encontraba. Esto quiere decir que los niveles de cada componente en el agua, suelo y aire deben volver a ser los mismos que antes de producirse el daño; y si hay especies de animales o plantas que a causa de un evento contaminante desaparecen de un ecosistema; parte de la restauración consistirá en obtener plantas o animales de la misma especie y plantarlas o reinsertarlas según sea el caso, a ese medio. El concepto que nos da este autor resulta bastante preciso pues detalla cada uno de los componentes del medio ambiente que deben volver a su estado anterior y nos menciona por ejemplo el agua, el aire, los animales y plantas. Por otro lado existen algunos autores que llegan al extremo de considerar que la restauración incluye la recuperación de los paisajes como tales.”⁵⁸

2.1.4.3.- DERECHO A LA PRECAUCION Y A LA NO INTRODUCCION DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS:

Este se refiere al derecho a que el Estado aplique medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales, incluida la prohibición de que se introduzcan elementos que puedan alterar de manera

⁵⁷ Antequera, Jesús Conde. El deber jurídico de restauración ambiental. Granada, Editorial Comares. Pág. 94.

⁵⁸ Perrone Mariela. Tesis, El Derecho de la Naturaleza a la Restauración. PUCE, 2010.

definitiva el patrimonio genético nacional. Este derecho está previsto por el artículo 73 de la Constitución.⁵⁹

El principio precautorio está establecido en el principio 15 de la Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en la siguiente forma “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.” Encuentra su fundamento en una presunción a favor de la naturaleza en el sentido de que es preferible equivocarse en tomar medidas que equivocarse en no tomarlas.

Dada la complejidad en la restauración del ambiente, lo que se busca en primer lugar es evitar el daño pero existen ciertas actividades sobre las cuales no existe evidencia de su carácter dañoso, pero que por ser potencialmente dañosas deben ser controladas a fin de evitar sus efectos adversos.

2.1.4.4.- NO APROPIACION DE SERVICIOS AMBIENTALES:

El derecho a que nadie, ni siquiera el Estado se apropie de servicios ambientales se encuentra previsto por el artículo 74 de la Constitución.⁶⁰

⁵⁹ El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

⁶⁰ Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

Es importante reiterar que según nuestro análisis, en la Constitución Política del Ecuador, a pesar de reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, también la considera un objeto, en efecto, el artículo 64 de la propia Constitución del Ecuador establece que “Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir”. Esto ratifica el hecho comentado de que únicamente para los derechos antes referido la naturaleza es un sujeto de derechos y para las restantes relaciones jurídicas continua siendo un objeto.

Considero que la Constitución ecuatoriana ha dado un paso jurídico trascendental al reconocer derechos a la naturaleza,⁶¹ lo importante ahora es lograr normas jurídicas de aplicación, que permitan que el sujeto de derechos naturaleza exista armónicamente con las otros sujetos de derechos que contempla o reconoce el ordenamiento jurídico, es decir, que el ser humano pueda seguir desarrollando su existencia pero en armonía con el nuevo sujeto naturaleza quien tiene derecho también a su existencia integral. También es importante generar normas jurídicas administrativas, civiles y procesales que permitan que se haga efectivo el derecho a la restauración cuando este nuevo sujeto de derechos tenga alguna contingencia, de lo cual no está exento, como tampoco lo estamos ninguno de los otros sujetos del ordenamiento jurídico.

⁶¹ La Constitución ha mejorado muchos aspectos en cuanto a protección ambiental y ha consagrado derechos a favor de la naturaleza, sin embargo en otros pasajes es muy ambigua, un ejemplo de aquello se encuentra en el artículo 407, en el que se “prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas”, aunque más adelante se incluye como excepción a la regla de explotación “la petición fundamentada de la Presidencia de la República, previa declaratoria de interés nacional”, con lo cual el Presidente con el consentimiento de la Asamblea o por consulta popular puede lograr que se realicen actividades extractivas en zonas protegidas, es decir, se deja a este nuevo sujeto de derechos sometido al arbitrio del Gobierno de turno.

2.2.- NORMAS CONSTITUCIONALES RELATIVAS AL DAÑO AMBIENTAL:

Afirma Martínez que “El reconocimiento de los derechos de la naturaleza plantea simultáneamente el tema de titularidad y la tutela. La titularidad tiene que ver con la condición de ser sujeto de derechos propios, y tutela con quien representa o hace aplicables los mismos. Esto plantea un cambio de visión, pues la naturaleza ya no sería un objeto que puede ser propiedad de las personas, sino un sujeto con derechos propios”. Complementa la autora que: “el sistema de tutela de los derechos de la Naturaleza puede y debe ser compartida entre los individuos y colectividades que tienen derecho a interponer.”⁶²

En el Ecuador este problema jurídico se solucionó no sin controversia, dotando de legitimación activa a cualquier persona para que represente a la naturaleza, esta persona recibirá como premio el diez por ciento de lo efectivamente ordenado pagar a la persona que presentó la demanda conforme al artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental.

En efecto el artículo 397 de la Constitución regula este tema dentro del acápite sobre la legitimación y consagra el derecho de cualquier ciudadano para acudir a los jueces competentes para demandar por daños ambientales aunque no se tenga interés directo. La excepción del interés directo se sustenta en el hecho de que lo que se reclama son derechos colectivos, difusos o de la naturaleza que no corresponden solo a la víctima sino a todo el conglomerado social.

El referido artículo constitucional en la parte pertinente dispone: “Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: 1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los

⁶² Martínez, Esperanza, 2008. Los Derechos de la Naturaleza. Nueva Arma de Lucha Frente a las Actividades Petroleras en los Países Amazónicos. Maippa. Pág. 11.

órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio.”

En cuanto a la responsabilidad, la Constitución en su artículo 396 consagra indiscutiblemente y con rango constitucional la responsabilidad objetiva por daño ambiental en los siguientes términos: “La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.” Este artículo parecería que distingue el daño ambiental per se, consagrando un sistema de responsabilidad objetiva sin ningún eximente para su juzgamiento y el daño ambiental continuado y, así mismo, parecería que por ello consagra la posibilidad de que sin perjuicio de las sanciones por el daño ambiental puro, además se indemnice a los individuos o colectividades directamente afectados por el evento ambiental dañoso. Sin embargo, la precisión respecto a estos temas es una tarea pendiente para la justicia ambiental en el Ecuador.

Por otro lado, el numeral 1 del artículo 397 de la Constitución antes ya referido en cuanto al principio procesal aplicable a la valoración de la prueba relativo a su carga, señala: “La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.” Es preciso destacar que la inversión de la carga de la prueba a la que se refiere este artículo es exclusivamente para el daño, pero continúa correspondiendo al actor la prueba del acontecimiento y del nexo causal con el daño y por lo mismo no es una inversión de la carga probatoria absoluta.

Hay que aclarar también que no se trata de una excepción a la regla general de la presunción de inocencia que consta en el número 2 del artículo 77 de la Constitución, cuando al tratar sobre los principios del debido proceso indica: “2. Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal mientras no se declare su

responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.”, puesto que este principio es aplicable al derecho penal mientras la inversión referida es aplicable al Derecho Civil.

En cuanto a los aspectos procesales es preciso señalar finalmente que en virtud del artículo 396 de la Constitución de la República se consagró en el Ecuador la imprescriptibilidad de las acciones por daño ambiental y al igual que respecto a la responsabilidad objetiva se requerirá que las normas de la nueva justicia ambiental y especialmente la jurisprudencia ambiental determinen si esta norma se refiere al daño ambiental per se exclusivamente o si también abarca al daño ambiental continuado.

2.3.- RESPONSABILIDAD POR UN EVENTO AMBIENTAL:

Un evento ambiental puede generar tres tipos de perjuicios a un individuo a una comunidad o a los derechos difusos y a la propia naturaleza. Los dos últimos constituyen el verdadero daño ambiental conocido en doctrina como daño ambiental per se y los primeros constituyen el daño ambiental continuado.

2.3.1.- EL PRINCIPIO RECTOR EL QUE CONTAMINA PAGA:

El principio rector que rige el daño ambiental es el denominado “el que contamina paga” Jaime Santos Briz sobre este principio, señala: “El principio de que “el que contamina paga” preside la normativa en este ámbito en sus diversas manifestaciones. Consiste dicho principio, según Vercher Noguera, en la imputación del coste de los daños al contaminador como consecuencia lógica de que éste ha elegido no evitar la contaminación. Y si decide no descontaminar estará obligado a afrontar la reparación

correspondiente o la indemnización derivada de los daños que cause al medio ambiente.”⁶³

Es preciso destacar que este principio abarca dos dimensiones, la primera y fundamental, la esfera de internalización de los costos ambientales para los generadores de impactos; y, la segunda, que debe ser entendida únicamente como supletoria (pues el principio esencial en materia ambiental es la prevención) la dimensión de sanción, en virtud de la cual se establecen las responsabilidades en las esferas, administrativas, civiles y penales. Respecto a esta segunda dimensión Patricia Jiménez de Parga y Maseda manifiesta que “en una primera interpretación, puede entenderse que supone una exigencia dirigida al contaminador para que asuma todas las consecuencias derivadas del daño ambiental. En esta primera acepción, este principio se traduce en la obligación de reparar todos los daños o perjuicios.”⁶⁴

La Constitución del Ecuador en el artículo 396 inciso tercero consagra este principio, en efecto, manifiesta: “Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control permanente.”

2.3.2.- CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL:

La Real Academia de la Lengua Española ha definido ambiente como el conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos. Lo dicho nos permite afirmar que las definiciones dominantes de “medio ambiente” lo ponen en relación con el hombre o

⁶³ Santos Briz, Jaime, La Responsabilidad Civil Derivada de la Protección del Medio Ambiente. Sección: Sumario, La Responsabilidad Civil, Temas Actuales, 2001.

⁶⁴ Jiménez de Parga y Maseda, Patricia, El Principio de Prevención en el Derecho Internacional de Medio Ambiente, España, Editorial La Ley, Pág. 72.

con la vida, asumiendo un antropocentrismo necesario, indispensable para entender adecuadamente estos conceptos. Antropocentrismo que, por lo demás ha sido abandonado en la Constitución Ecuatoriana la cual ha pasado a un sistema mixto eco antropocentrista, en efecto, se otorgaron ciertos derechos a la naturaleza, pero se conservó el derecho de los seres humanos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

El daño, por su parte es detrimento o destrucción, según la conceptualización dada por la misma Real Academia de la Lengua Española. Analizando las definiciones antes referidas de “medio ambiente” y “daños”, se puede decir que el “daño ambiental” es el detrimento causado sobre el medio ambiente.

Sin embargo, deberemos precisar también, que un evento ambiental dañoso puede afectar al ambiente y adicionalmente por un efecto “de rebote” a los individuos y colectivos que se benefician del ambiente. En efecto, la doctrina no es unánime en precisar que se entiende por daño ambiental y si este abarca o no daños patrimoniales sean estos individuales o colectivos; o si, inclusive, también abarca el daño moral. Es preciso mencionar, sin embargo, que la posición más recurrida ha sido distinguir el daño ambiental per se, es decir el daño a la naturaleza y al ambiente, del daño ambiental continuado que es el daño producido a intereses individuales o colectivos con ocasión del evento ambiental, los cuales, sin embargo, tienen más características de daño civil que de ambiental, juntándolos para efectos de su reparación, pero distinguiéndoles de aquellos daños y perjuicios o discusiones puramente civiles. “Al hablar de derecho ambiental, se ve la necesidad de diferenciar lo que son los derechos de las personas de lo que son los derechos de la naturaleza, con miras a entender su alcance y, para no cometer el error de homologar la acción ambiental, con la acción civil patrimonial, individual o colectiva, de pago por daños y perjuicios.”⁶⁵

⁶⁵ Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental. Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano Frente a la Constitución Vigente. Pág.105.

2.3.2.1.- EL DAÑO AMBIENTAL PER SE Y EL DAÑO AMBIENTAL CONTINUADO.

Para Ghersi el daño ambiental es toda actividad humana individual o colectiva que ataca los elementos del patrimonio ambiental y causa un daño social por afectar los produciendo una afectación o incidencia colectiva. El interés difuso proyecta sus efectos como tal, antes de que se haya producido lesión alguna en la esfera jurídica particular.

Por su parte, para Nestor Cafferata, El daño así ocasionado es llamado por algunos autores “daño ecológico”, pero en realidad es más apropiado llamarlo “daño ambiental”. Por consiguiente, el daño ambiental es aquel que recae sobre cualquiera de los componentes del medio ambiente, sostiene lo mismo cuando afirma que el daño ambiental no sólo es el daño que recae sobre el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de “impacto ambiental”, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y legítima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación, resarcimiento o perjuicio patrimonial o extra patrimonial que le ha causado.

José Cattáneo dice “no se trataría, como en el daño civil, de la reparación personal de la víctima, sino de recomponer o indemnizar de manera prioritaria a la naturaleza; la indemnización resultante del hecho dañoso deberá ser íntegra, comprensiva tanto del daño material efectivo sobre el ambiente, como de los sufridos en consecuencia por los individuos, entendiéndose por estos los padecidos tanto en la salud física, como síquica, el daño económico y el daño moral.”⁶⁶

⁶⁶ Cuadernos de Época: Reparación Ambiental, Hernán López, Buenos Aires, Madrid, Daño Ambiental, José Cattáneo, Pág. 99.

La Ley de Gestión Ambiental dentro de su Glosario determina: “Daño Ambiental.- Es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos”⁶⁷. A pesar de contar con esta definición consideramos necesario referirnos a aquellas características que deben darse para poder hablar de daño ambiental en términos generales. Héctor Bibiloni, en su obra “El Proceso Ambiental”⁶⁸ señala como algunas de estas características:

- a. Las consecuencias del acto que genera el daño, se dan a una gran velocidad, es decir de una manera rápida y brusca.
- b. Los efectos y la lesión como tal al medio ambiente, a pesar de partir de un evento que se da en un punto focalizado, se expanden a otros ecosistemas y por lo tanto no están contenidos o limitados a un área.
- c. Esta lesión afecta a un gran número de seres vivos (sin limitarse a los seres humanos).
- d. Es relativo, pues no serán iguales los efectos que genere un mismo evento contaminante en ecosistemas diferentes. Por ejemplo, el nivel de gravedad para considerar el daño ambiental no es el mismo si se da un evento contaminante en el campo que si se da dentro de una reserva ecológica. Esto se debe a que existen ecosistemas que por sus condiciones son más sensibles.
- e. Es atemporal pues los efectos del daño no se contienen a un solo momento.
- f. Una de las más importantes características, es que el daño ambiental es, en muchos casos, irreversible. Si bien un daño pequeño podría ser subsanado por la naturaleza, el daño ambiental al que nos referimos, por lo general resulta difícil o imposible de ser recuperado.

⁶⁷ Ley de Gestión Ambiental. Publicada en el Registro Oficial S-418, el 10 de Septiembre de 2004.

⁶⁸ Bibiloni, Héctor Jorge, El Proceso Ambiental, Editorial Lexis Nexis, Argentina, Pág. 85-100.

Lugo explica que daños a través del ambiente “son aquellos que por un impacto ambiental luego derivan en daños a personas o a bienes individuales.”⁶⁹

Por su parte Jesús Conde Antequera⁷⁰ distingue el daño civil del daño ambiental por lo siguiente: a) A diferencia del daño civil, el daño ambiental no debe necesariamente ser cierto y real pues difícilmente se puede tener certeza sobre la magnitud o el alcance del mismo, b) El daño ambiental es social y no siempre afecta a los derechos de manera individual, por lo cual es considerado también como un daño difuso, c) Económicamente, el daño ambiental no puede ser valorado con exactitud, debido al tipo de interés y bienes que se hayan comprometidos. Son justamente estas características las que hacen que el daño ambiental sea tan complejo, y que tratadistas hayan buscado métodos diferentes para el tratamiento de los daños en esta materia.

“Walsh y Preuss distinguen el daño a las personas o a las cosas por alteraciones al medio ambiente (daño a través del medio ambiente) y dicen que este supuesto es el del derecho clásico. Que si bien recibe la atención doctrinaria bajo el rótulo de daño ambiental, se resuelve a través de las reglas clásicas de atribución de responsabilidad.”⁷¹ Partiendo del presupuesto mencionado, existirá un perjuicio a nivel personal, mismo que será típicamente resarcido de manera pecuniaria. Por lo tanto este tipo de daño es cuantificable en la mayoría de ocasiones y en consecuencia indemnizable. “Los daños al ambiente en sí mismos, son aquellos que no dependen de la afectación concreta a la salud, vida o bienes de los seres humanos. En cambio los daños que por reflejo de ese ambiente deteriorado se transmiten y representan como

⁶⁹ Bibiloni, Héctor Jorge. El Proceso Ambiental. Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis Argentina, Pág. 107.

⁷⁰ Antequera, Jesús Conde, El Deber Jurídico de Restauración Ambiental, Editorial Comares, España. Pág. 29.

⁷¹ Pastorino, Leonardo, El Daño al Ambiente, Editorial Lexis Nexis, Argentina, Pág. 153.

daños concretos en las personas y en sus bienes son aquellas alcanzados por la legislación civil clásica.”⁷²

Néstor Cafferatta citando a Gomis explica: “Gomis Cátala dice que la definición de daño al medio ambiente se encuentra actualmente afecta a dos categorías distintas en función de que el medio ambiente dañado atente a la salud y a los bienes de las personas o al medio natural en cuanto tal. En el primer supuesto, el daño al medio ambiente se integraría a la categoría en lo comúnmente denominado daños personales, patrimoniales o económicos, a saber los daños a la salud y a la integridad de las personas (por ejemplo, asma provocada por la contaminación atmosférica), los daños a sus bienes (por ejemplo, el medio ambiente propiedad de un individuo) y los daños al ejercicio de actividades económicas (por ejemplo, la pesca), todos ellos sometidos al ámbito del Derecho privado, donde a priori parece tener perfecta cabida el mecanismo clásico de la responsabilidad civil.”⁷³

En vista de que el daño a través del ambiente afecta al patrimonio del individuo, Leonardo Fabio Pastorino⁷⁴ aclara que una indemnización para repararlo implicará un pago por concepto de: 1) daño emergente, es decir aquel daño que se ha sufrido efectivamente (que no se limita a la propiedad, sino abarca también por ejemplo daños a la salud de la persona, etc.); 2) el lucro cesante, aquello que se deja de recibir o ganar a causa del daño. Todo ello sin perjuicio del daño moral que eventualmente pudiera haber sufrido el individuo o la colectividad, como consecuencia de la contaminación ambiental.

⁷² Morales Lamberti, Alicia, *Gestión y Remediación de Pasivos Ambientales, Políticas y Atribución de Responsabilidad*, Instituto de Derecho Ambiental y de la Energía. Volumen 1, Número 1, Pág. 12.

⁷³ Cafferatta, Néstor. *Introducción al Derecho Ambiental*. Coordinación Editorial Raúl Marcó del Pont Lalli, México, Pág. 65

⁷⁴ Pastorino, Leonardo. *El Daño al Ambiente*. Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis Argentina, 2005. Págs. 172-175.

Jesús Conde Antequera explica: “Será un daño ambiental aquel que se causa a bienes, elementos o recursos integrantes del medio ambiente como bien jurídico colectivo, que carecen de un titular específico y aquellos que se producen sobre bienes patrimoniales de un particular, que, forman parte del medio ambiente por su naturaleza y por la función que desempeñan y que no dejan de ser bienes ambientales o recursos naturales por el mero hecho de que su titularidad corresponda a un particular.”⁷⁵

Walsh y Preuss, autores con los cuales concuerda Leonardo Fabio Pastorino en su obra “El daño al ambiente” señalan que en este tipo de perjuicios no se estará ante el típico caso de daño civil que podría ser resarcido pecuniariamente, sino por el contrario, deviene un deber de remediar a la naturaleza. Como sabemos el daño al medio ambiente no puede ser subsanado con una suma de dinero, pues como lo señala Albert Ruda González: “falta un método comúnmente aceptado para llevar a cabo la valoración de recursos naturales. Suelen manejarse criterios antropocéntricos, que no reflejan el valor ecológico de los recursos en cuestión.”⁷⁶ Es por ello que el daño al ambiente no puede ni debe ser compensado con una suma de dinero, sino con acciones consistentes en dejar a la naturaleza libre de ese daño, es decir eliminar el agente contaminante, remediar el medio, restaurarlo, etc.

Para distinguir esta doble esfera de daños derivados de un evento ambiental dañoso, se ha distinguido lo que es el daño ambiental per se, es decir aquel que afecta exclusivamente a la naturaleza y ambiente sin consideración a ninguna titularidad individual o colectiva de derechos y, por otro lado, el daño ambiental continuado que es aquel que afecta los intereses y derechos individuales y colectivos, pero con ocasión

⁷⁵ Antequera, Jesús Conde. El Deber Jurídico de Restauración Ambiental, Editorial Comares, España, Pág. 26.

⁷⁶ Ruda González, Albert. El Daño Ecológico Puro, La Responsabilidad Civil por el Deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, Pamplona, Editorial Aranzadi, España, Pág. 441.

del evento ambiental. Naturalmente, por otro lado se encontrarán los daños y perjuicios puramente civiles, es decir aquellos que no derivan del evento ambiental dañoso sino de otros orígenes aunque afecten a los mismos derechos individuales y patrimoniales.

De otro lado, es importante determinar también que es imposible la contaminación cero puesto que todas las actividades que realiza el ser humano afectan al ambiente. Por ello, para entender claramente el concepto de daño ambiental se debe determinar que existen actividades no reguladas ni limitadas por normas ambientales, las cuales pueden ser realizadas libremente. Adicionalmente, nos encontramos ante actividades reguladas, las cuales requieren de una autorización administrativa para ser realizadas. En el Ecuador, esta autorización consisten en permisos ambientales y en licencias ambientales otorgadas luego de un proceso de evaluación de impactos ambientales en el cual se realiza una valoración de los estudios de impacto ambiental propuestos por los promotores de una inversión obra o proyecto.

Evidentemente, las actividades que se realizan en cumplimiento de la licencia, si bien afectan al ambiente, no pueden ser consideradas como daño ambiental pues son actividades previstas por el Estado dentro de su política ambiental, por el contrario toda actividad realizada por encima de esos límites es lo que se entiende por daño ambiental y debe ser materia de la indemnización, compensación y restauración.

Jesús Conde Antequera a esta afectación ambiental lícita la considera como “daño causado por actividades que cuenten con las preceptivas licencias o autorizaciones administrativas para su funcionamiento, reguladas por el Derecho Administrativo y que, además no se produzca a consecuencia de la infracción de la normativa protectora”.⁷⁷

La normativa ambiental entonces, se formula en base a límites permisibles o tolerables de contaminación. En el Ecuador estos límites se encuentran fundamentalmente en

⁷⁷ Antequera, Jesús Conde. El Deber Jurídico de Restauración Ambiental. Granada, Editorial Comares, Pág. 26.

general en el Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria del Ministerio de Ambiente, en los Anexos del Libro VI, denominado “De la Calidad Ambiental”⁷⁸, además los encontramos en cierta normativa específica en relación a la materia, por ejemplo, para temas petroleros, los límites los encontramos en el Reglamento Sustitutivo Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas. Dentro de estos límites nos encontramos frente al daño permitido.

Por otro lado tenemos a la tolerabilidad de las actividades que pueden afectar al ambiente, es decir a la contaminación que todos debemos soportar por formar parte de la sociedad. “No hay ninguna duda de que la idea de tolerabilidad, como límite por debajo del cual no cabe reparación, surge con la finalidad esencial de no multiplicar los litigios y de permitir la viabilidad económica de las empresas. El razonamiento de que la tolerabilidad representa esa parte del daño que debe ser soportada por la víctima por el mero hecho de formar parte de la sociedad y beneficiarse de sus ventajas es válido y cierto mientras nos movamos en un esquema de responsabilidad clásica.”⁷⁹

Por lo tanto el daño tolerable es el que la sociedad debe soportar, mientras que el daño permitido es “aquel aceptado por el Estado, dentro de los parámetros que el mismo determine, y que dependerá de la política ambiental que aquel fije y nos indicará cuál es la lesión máxima aceptada, el qué, cómo, cuándo y dónde del daño que se le permite producir al operador.”⁸⁰

⁷⁸ Ver límites para cada elemento en los anexos al Libro VI del Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria: Anexo 1: Norma De Calidad Ambiental y de Descarga de Efluentes : Recurso Agua; Anexo 2 : Norma de Calidad Ambiental del Recurso Suelo y Criterios de Remediación para Suelos Contaminados; Anexo 3: Normas de Emisiones al Aire desde Fuentes Fijas de Combustión; Anexo 4 : Norma de Calidad del Aire Ambiente; Anexo 5: Límites Permisibles de Niveles de Ruido Ambiente para Fuentes Fijas, Fuentes Móviles y para Vibraciones.

⁷⁹ Mosset Iturraspe, Jorge y otros. Daño Ambiental, Tomo II. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999. Pág. 52 y 53.

⁸⁰ Mosset Iturraspe, Jorge y otros. Daño Ambiental, Tomo II. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999. Pág. 50.

2.4.- NORMAS PROCESALES EN MATERIA AMBIENTAL EN EL ECUADOR:

2.4.1.- ANALISIS DE LOS ARTICULOS 28 Y 41 DE LA LEY DE GESTION AMBIENTAL:

El artículo 41 de la Ley de Gestión Ambiental determina: “Con el fin de proteger los derechos ambientales individuales o colectivos, concédese acción pública a las personas naturales, jurídicas o grupo humano para denunciar la violación de las normas de medio ambiente, sin perjuicio de la acción de amparo constitucional⁸¹ previsto en la Constitución Política de la República”.

En el mismo sentido, en el artículo 28, sobre los mecanismos de participación social, dispone: Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicios de la responsabilidad civil y penal por acusaciones maliciosas formuladas.”

En realidad y no obstante el efecto jurídico diferenciado de ambos términos, tanto “acción pública” como “acción popular” se están empleando, en las mencionadas disposiciones, como sinónimos, cuya implicación, de forma más técnica, equivale a una denuncia o facultad de queja y no a la “acción popular”.

⁸¹ En el año 2008 se aprobó la Constitución de la República, en la cual de forma expresa en la disposición derogatoria se establece que “se deroga la Constitución Política de la República publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”, Por ello y dado que el recurso de amparo fue eliminado, la normativa del artículo 41 debería ser reformada a fin de que se refiera a la acción de protección.

La diferencia de la acción popular y la acción pública está en que por la primera se es parte del proceso que se promueve mientras que por la segunda lo que se procura es que el competente, para llevar adelante un proceso, obtenga la información, pues el denunciante no es parte del proceso.

2.4.2.- ANALISIS DEL ARTICULOS 42 DE LA LEY DE GESTION AMBIENTAL:

El artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental determina que “toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, que se inicien por infracciones de carácter ambiental, aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos. El Presidente de la Corte Superior⁸² del lugar en que se produzca la afectación ambiental, será el competente para conocer las acciones que se propongan a consecuencia de la misma. Si la afectación comprende varias jurisdicciones, la competencia corresponderá a cualquiera de los presidentes de las cortes superiores de esas jurisdicciones.”

Este artículo dispone entonces que toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos que se inicien por infracciones ambientales, sean estos penales, civiles o administrativos, a pesar de que no hayan sido vulnerados sus propios derechos. Al respecto, se debe determinar, por un lado que es una infracción ambiental para la ley y, por otro lado, indicar que la ley es obscura al no precisar si se otorga posibilidad de accionar a toda persona natural, jurídica o grupo humano es decir si se otorga acción popular o simplemente formaran parte del proceso para ser escuchadas, es decir si se trata de una acción pública.

Respecto al primer aspecto, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la infracción como “transgresión, quebrantamiento de una ley, pacto o tratado,

⁸² Actualmente son Presidentes de las Cortes Provinciales por disposición del Código Orgánico de la Función Judicial.

o de una norma moral, lógica o doctrinal⁸³; Cabanellas, por su parte define a la infracción como “transgresión, quebrantamiento, violación, incumplimiento de una ley, pacto o tratado. La infracción de lo obligatorio permite reclamar la ejecución forzosa; y, cuando no quepa lograrla, se traduce en el resarcimiento de daño y perjuicios en lo civil, o en la imposición de una pena, si el hecho constituye delito o falta.”⁸⁴

Por otro lado, respecto al segundo aspecto, el tenor literal indica que las personas naturales, jurídicas o grupos humanos solo podrán ser escuchadas, lo cual, en principio significa que no tienen el carácter de sujetos activos dentro del litigio. Sin embargo, esta imprecisión legal fue superada por la Constitución de la República al “permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo.”⁸⁵

Otro aspecto importante dentro del análisis de este artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental, es el relativo a la competencia⁸⁶ por fuero territorial excluyente⁸⁷ que se asigna al Presidente de la Corte Provincial del lugar en donde se produjeron los daños.

⁸³ Diccionario Real Academia Española, <http://www.rae.es/rae.html>

⁸⁴ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Argentina, Tomo II, Pág. 380.

⁸⁵ Artículo 397 numeral primero de la Constitución.

⁸⁶ Según Couture la Competencia es la atribución legítima de un juez u otra autoridad para el conocimiento resolución de un asunto y es entendida como la medida de la jurisdicción asignada a un órgano del poder judicial a efectos de la determinación genérica de los asuntos en que es llamado a conocer por razón de la materia, de la cantidad y del lugar. El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano diferencia la Jurisdicción de la Competencia claramente: Art. 1.- “La jurisdicción, esto es el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados o jueces establecidos por las leyes. Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados. Tratando de conceptualizar el término competencia, Vescovi afirma que en principio son los tribunales quienes tienen a su cargo a potestad jurisdiccional del Estado, pero existiría un caos si no se asimila la órbita jurídica dentro de la cual se puede ejercer el poder público de cada uno de esos tribunales o del órgano correspondiente, y citando a Mattiolo sustenta que: “competencia es la medida en que la jurisdicción se divide entre las diversas autoridades judiciales y la medida de la función pública

Al respecto cabe destacar que esta norma forma parte del título VI, del capítulo I, denominado “responsabilidad ambiental”, lo que podría llevar a la conclusión, tal como está redactada la Ley de Gestión Ambiental que solo las acciones ambientales tienen este fuero especial, lo cual se corroboraría con el hecho de que el siguiente artículo, es decir el 43 de la Ley de Gestión Ambiental se encuentra en el capítulo II del Título VI que se denomina, “acciones civiles” y este artículo utiliza únicamente la frase “juez competente”, lo que genera una severa duda respecto al hecho de si las dos acciones deben ser conocidas por el Presidente de la Corte Provincial.

Por otro lado, el término “donde se produzca la afectación ambiental” puede resultar un poco general para efectos de determinar la competencia, por ejemplo, un evento ambiental como un derrame de hidrocarburo que se desplaza por cursos de agua puede generar efectos en varias provincias, con lo cual cualquier Presidente de Corte Provincial podría conocer el juicio, aún cuando no necesariamente sea el mejor Juez por estar lejos del sitio en donde se produjo el evento. Considero que una norma más adecuada debería fijar la competencia en el lugar en donde se encuentra el foco de contaminación. Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia al resolver este asunto en juicio de competencia a determinado que la competencia si bien es excluyente para el lugar en donde se produce la afectación, si ella se produce en varias provincias, en

que desempeña cada órgano.’ De esto se concluye que competencia ambiental es la atribución para juzgar las infracciones relacionadas al medio ambiente dentro de cada área.

⁸⁷ Se crea un nuevo fuero excluyente distinto de los previstos por el artículo 31 del Código de Procedimiento Civil, en materia ambiental que reemplaza al tradicional concurrente del lugar en donde se producen los daños junto al del domicilio del demandado previsto por el artículo 29 del mismo cuerpo legal. Naturalmente, como en cualquier materia, es factible la prorrogación de la competencia en razón del territorio por acuerdo de las partes, la misma que se puede dar expresamente o en forma tácita si no se plantea en el término de deducir excepciones la declinatoria de competencia o se concurre ante el juez propio para que la entable y se forme un juicio de competencia. En este juicio, el demandado presenta demanda ante juez competente, éste le remite un oficio anunciándole la competencia, en el término de tres días, el juez incompetente tiene que aceptar o rechazar la competencia. Si rechaza la competencia, remite el proceso a la Corte Provincial, al juez provocante, período de prueba de cuatro días para dictar sentencia, de la que cabe recurso de casación y de la sentencia que resuelve este cabe acción o recurso extraordinario de protección.

cambio es concurrente entre los diversos Presidente y será competente aquel que radica la competencia por haber recibido primero la demanda en los términos del Código Orgánico de la Función Judicial.

Podría entonces decirse que la intención del legislador en los artículos 41 y 42 fue regular la acción pública que protege los derechos ambientales, si es que queremos encontrar una lógica al conjunto de estos dos artículos con el artículo 397 de la Constitución de la República.

2.4.3.- ANALISIS DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY DE GESTION AMBIENTAL:

Ahora bien, los aspectos oscuros de las normas antes analizadas podrían ser aclarados por el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, sin embargo el análisis de este artículo genera aún más conflicto.

En efecto, en el Capítulo I denominado por el legislador como “De las Acciones Civiles”, que forma parte del Título VI “De la Protección de los derechos ambientales” se estipula el artículo analizado lo siguiente: “Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.

Sin perjuicio de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago, que por reparación civil corresponda, se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley.

En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.

Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.”

La redacción, en primer lugar, daría lugar a interpretar que se habla de acción de grupo cuando se establece que “las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente acciones por daños y perjuicios.”

La acción de grupo es aquella interpuesta por un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas y que se ejerce exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnizaciones de los perjuicios.

Lo característico de la acción de grupo, que se puede apreciar en la norma del artículo 43 tiene relación la legitimación activa y el carácter indemnizatorio de la acción.

Esta redacción daría lugar a entender que se faculta a las personas naturales y jurídicas a solicitar indemnizaciones de daños y perjuicios por sí mismas e individualmente, es decir a demandar daños ambientales continuos, sin embargo si se lee adecuadamente, se nota que luego del término o grupos humanos se coloca una

coma⁸⁸ y luego la frase vinculados por un interés común, lo que lleva a la conclusión de que el legislador pretendía regular estas acciones de grupo y por lo tanto buscaba que las personas naturales, las jurídicas y los grupos humanos siempre tengan un interés común para demandar.

Sin embargo, más adelante, parece en cambio, que se trata de una acción popular cuando se establece que “el juez competente⁸⁹ además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que representa la indemnización a favor del accionante.”

Las acciones populares son los remedios procesales colectivos frente a los agravios y perjuicios públicos, mediante las cuales cualquier persona perteneciente a un grupo de la comunidad está legitimada procesalmente para defender al grupo afectado por unos hechos o conductas comunes, con lo cual, simultáneamente, protege su propio interés, obteniendo en ciertos casos el beneficio adicional de una recompensa que, en determinados momentos, otorga la ley

Lo característico de la acción popular, que se puede apreciar en la norma del artículo 43 tiene relación con la condena al pago de un premio al accionante, es decir, podría existir un solo accionante miembro del grupo vinculados por un interés común. Más adelante detalla la norma: “El juez determinará en sentencia ... el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada (estableciendo) además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.”

⁸⁸ Esta coma integra la frase que consta a continuación “vinculados por un interés común”, con la redacción anterior “personas naturales, jurídicas o grupos humanos” y por lo mismo no puede leerse grupos humanos vinculados por un interés común. Es decir, al estar vinculados no es una característica solo de los grupos humanos, sino también de las personas naturales y jurídicas quienes naturalmente, no podrán iniciar acciones solas si no agrupadas con otros vinculados.

⁸⁹ No habla de Presidente de la Corte Superior (Provincial) sino de juez competente, lo que da lugar a interpretaciones respecto a la competencia.

La norma pudo haber tomado una posición respecto a la acumulación de daños ambientales per se y daños ambientales continuados. Efectivamente, la norma (y esto se lo aprecia con mayor claridad en el proyecto de Ley) pudo haber sido clara en tutelar el daño ambiental per se y el daño a los individuos a través del ambiente, esto es, un daño al ambiente y un daño a las personas o sus cosas por un menoscabo ambiental, para lo cual debió además permitir expresamente la acumulación de acciones y de esta forma efectivamente tutelar los dos derechos: En la órbita del derecho clásico de daños, el daño civil producido por un menoscabo ambiental; y, en la nueva teorización del Derecho Ambiental, el daño ambiental colectivo, que supone una no existencia de daños a particulares.

Sin embargo a pesar de la obscuridad en la redacción, la norma viabiliza la acción de grupo, esto es: que el accionante defienda fundamentalmente la obligación de los particulares o entes públicos responsables, de recomponer el daño ambiental colectivo (de ahí la razón del premio); y que el accionante defienda, complementariamente, el pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y de la cual el grupo (las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa) es parte.

Es preciso determinar, además, que el bien jurídico que se protege es “la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad⁹⁰ con sus elementos constitutivos”, es decir, la norma se refiere al daño ambiental per se o puro, es decir, “aquello que se ha caracterizado regularmente las afrentas al medio ambiente es que no afectan

⁹⁰ La Ley de Gestión Ambiental define a la Diversidad Biológica o Biodiversidad como “el conjunto de organismo vivos incluidos en los ecosistemas terrestres, marinos, acuáticos y del aire. Comprende la diversidad dentro de cada especie, entre varias especies y entre los ecosistemas”.

especialmente a uno u otra persona determina, sino exclusivamente al medio natural en si mismo considerado, es decir las cosas comunes.”⁹¹

De otra parte, es preciso destacar que este análisis no sería completo si no se refiere a la Constitución de la República, la cual en su artículo 397 prevé como legitimado para interponer la acción civil para lograr la reparación de la naturaleza, a cualquier persona sin que necesariamente tenga un interés directo, en efecto manifiesta que: “Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: 1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental.”

Esta norma, tampoco aclara los aspectos relativos a la acumulación de acciones por daños ambientales per se y daños ambientales continuados. En efecto, utiliza el término sin perjuicio, es decir, manifiesta que se permite a cualquier persona accionar en defensa de la naturaleza y el ambiente, sin que por ello se les impida iniciar juicios por su propios daños. Lastimosamente, no se establece ante qué autoridad se debe acudir con cada una de las acciones y en tal virtud, debería acudirse al texto legal para determinar la competencia. Considero que la acción para demandar daños y perjuicios civiles es la vía ordinaria y, por otro lado, la acción para demandar por intereses de grupos vulnerados y la restauración ambiental debe regirse por el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental.

Al contrario Jesús Conde de Antequera (sin referirse a la legislación ecuatoriana) considera que la restauración puede derivarse de la responsabilidad civil: “como medida reparadora de carácter civil cuando la restauración del bien ambiental dañado

⁹¹ Henao, Juan Carlos, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado de derecho colombiano y francés, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Pág. 6.

sea la forma adecuada de reparar el daño causado a otro particular o cuando la satisfacción de la pretensión particular suponga la necesidad de la adopción de una medida que conlleve la restauración ambiental.”⁹²

Sin embargo, “Debemos señalar que la obligación de restaurar, en los juicios por daño ambiental, en que se persiga la restauración del medio ambiente, deberá ser impuesta por el Juez competente, que por disposición del artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental, es el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del lugar en el cual se generó el daño al ambiente. Es él quien deberá tomando en cuenta la pretensión del actor, determinar en sentencia el monto de la restauración, quién debe pagar por ella (quien es el responsable), y quién debe llevar a cabo las medidas de remediación y restauración, que por lo general deberá ser una entidad especializada en el tema. Por otro lado, debemos tomar en cuenta que en el caso ecuatoriano no se puede ordenar la restauración solamente como una forma de reparar al individuo, como lo señala Jesús Conde de Antequera; sino que podría ordenarse como medida principal la remediación y restauración del ambiente toda vez que se le ha reconocido el derecho a la restauración a la naturaleza.”⁹³

2.4.4.- ANALISIS DE LA ACUMULACION DE ACCIONES EN RELACION A LA VIA VERBAL SUMARIA PREVISTA POR EL ARTÍCULO 43 DE LA LEY DE GESTION AMBIENTAL:

El análisis del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental no se vería completo si no se precisa que la vía por la cual debe tramitarse esta acción civil por daños al medio ambiente es la verbal sumaria, vía escogida por el legislador que genera aún más problemas de carácter procesal.

⁹² Antequera, Jesús Conde. El Deber Jurídico de Restauración Ambiental. Granada, Editorial Comares, Pág. 104.

⁹³ Perrone, Mariela, Tesis: El Derecho de la Naturaleza a la Restauración, PUCE 2010.

En efecto, la Ley de Gestión Ambiental, no hace ninguna exclusión de la prohibición expresa de acumular autos (y por ende acciones) en la vía verbal sumaria prevista por el artículo 110 del Código de Procedimiento Civil, que establece: “No se decretará la acumulación: 2.- En el juicio ejecutivo y en los demás juicios sumarios.”

Un análisis de estas dos normas antes citadas nos lleva a la conclusión de carácter procesal y ambiental de que no se pueden acumular pretensiones en esta vía, cuando para las acciones ambientales debería preverse justamente lo contrario, es decir la acumulación.

Por ello, si la intención del legislador fuese la de permitir que se demande el daño ambiental continuado es decir el provocado a los particulares, junto con el daño ambiental puro o per se, debería optarse por hacer una exclusión específica al artículo 110 del Código de Procedimiento Civil o determinar la vía ordinaria para este tipo de juicios. Además debería hacerse una exclusión en temas ambientales de la aplicación del artículo 72 del Código de Procedimiento Civil⁹⁴ que permite la litis consorcio activa únicamente cuando los derechos pretendidos tienen la misma causa u origen. Es evidente que si se junta el daño ambiental per se y el daño ambiental continuado los derechos materia de la acción no tendrían la misma causa inmediata sino únicamente la mediata que sería el evento ambiental dañoso.

Considero, sin embargo, que esa no es la mejor solución (a pesar de haber sido adoptada por algunos países) sino que se debe tender a que una sea la autoridad encargada de condenar a la remediación y restauración es decir a resolver sobre el daño ambiental puro y otra sea la autoridad para determinar los daños y perjuicios

⁹⁴ No podrán demandar en un mismo libelo dos o más personas, cuando sus derechos o acciones sean diversos o tengan diverso origen. Tampoco podrán ser demandadas en un mismo libelo dos o más personas por actos, contratos u obligaciones diversos o que tengan diversa causa u origen.

ocasionados a los particulares con ocasión de ese mismo evento ambiental dañoso, esto generará como consecuencia que las personas accionantes den prioridad a lograr la restauración y remediación que beneficie a la naturaleza, al ambiente y a la colectividad y no ha obtener una indemnización de daños y perjuicios que únicamente beneficiaría a estas personas.

Es en este sentido que en España mediante la Ley de Responsabilidad Medio Ambiental, en su artículo 5, se ha determinado lo siguiente: “1. Esta ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se registrarán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación.”

2.4.5.- ANALISIS DE LA PRESCRIPCION DE LOS DAÑOS AMBIENTALES

La Constitución Política de la República establece en el inciso final del artículo 396 “Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales será imprescriptible”

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

Considero que la Constitución de la República no resolvió este aspecto pues simplemente se refiere al daño ambiental, pero no precisa si se refiere solo al puro o si abarca también la imprescriptibilidad al daño ambiental continuado.

Considero que el daño ambiental per se es imprescriptible, pero que el daño ambiental continuado debe tener la prescripción normal relativa a los daños de cuatro años, pero contados estos desde que se descubre la afectación.⁹⁵

2.4.6.- RESPONSABILIDAD OBJETIVA CON INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA:

El artículo 396 de la Constitución establece que “la responsabilidad por daño ambiental es objetiva” y en el numeral 1 del artículo 397 de la Constitución dispone que “para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: 1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.” En definitiva, se consagra la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba exclusivamente respecto al daño.

⁹⁵ Lo que permitiría que una persona, grupo humano o colectividad que ha sido afectada, tenga el suficiente tiempo (cuatro años) para presentar su demanda una vez descubierto el daño, por ejemplo, si se presenta una afectación a la salud luego de quince años con ocasión de algún evento contaminante, una vez descubierto el daño, se iniciaría recién el tiempo de cuatro años de prescripción.

La responsabilidad objetiva es aquella en la cual no interesa si el causante del perjuicio actuó con dolo, culpa, negligencia, impericia o imprudencia, lo que interesa es la generación del daño. Considero que la Constitución resulta limitada en cuanto a la consideración de si este tipo de responsabilidad se aplica únicamente al daño ambiental per se o si se aplica también al daño ambiental continuado y respecto a las causales eximentes de responsabilidad. Respecto a este segundo aspecto se debe precisar que “En cuanto a la responsabilidad objetiva hay dos maneras de conceptualizarla a) Una extrema en la que se va directamente a condenar y b) una limitada, cuando hay limitaciones, fuerza mayor, caso fortuito que intervienen en el análisis de la responsabilidad”⁹⁶ Goldenberg y Cafferatta manifiestan que “se ha dicho que funciona una presunción de causalidad, con el añadido de que no exime al contaminante la autorización administrativa para el ejercicio de la actividad y sí, únicamente, el caso fortuito externo.”⁹⁷

Por otro lado, es preciso destacar que la inversión de la carga de la prueba en contra del demandado, no se refiere a toda la carga probatoria, sino únicamente respecto del daño el cual se presume. Naturalmente continúa para el actor la carga sobre el acontecimiento y el nexo causal entre acontecimiento y daño.

Hutchinson, en sentido contrario manifiesta que también “cabría proponer una especie de presunción de causalidad, decidiéndose que si una instalación, dadas las circunstancias del caso particular, es apropiada para originar el daño producido, se presume que el daño ha sido causado por esa instalación”⁹⁸, estableciendo lo que denomina como “presunción de causalidad”, lo cual no ha adoptado el Ecuador en donde solo se presume el daño por mandato expreso del artículo 397 de la Constitución. Sin embargo, es preciso destacar que, siguiendo este criterio, existen

⁹⁶ Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano Frente a la Constitución Vigente. CEDA. Pág. 107.

⁹⁷ Goldenberg, Isidro H; Cafferatta, Néstor, Daño Ambiental, Problemática de su determinación causal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 41.

⁹⁸ Hutchinson, Tomás; Daño Ambiental, Argentina, Pág. 75.

expertos que sostienen que la presunción del daño no solo invierte la carga de la prueba respecto a este elemento de la responsabilidad sino que en este artículo de la Constitución de la República se encuentra implícita la inversión de la carga probatoria también respecto al nexo causal.

2.5.- LA VALORACION DEL DAÑO AMBIENTAL

La valoración del daño ambiental resulta una tarea compleja por la dificultad en asignar un costo a bienes que tradicionalmente han tenido costo cero a pesar de ser valiosos, como por ejemplo el aire. Se sostiene que “En el daño al ecosistema, la evaluación del daño emergente debe incluir al menos una compensación por el daño ecológico - el ecosistema degradado o destruido, y lo que cuesta su recuperación, restauración o reposición y el daño económico que experimentan los afectados directos. Igualmente, la evaluación del lucro cesante debe volver a tomar en consideración el daño ecológico. No obstante, como ya se señaló, una evaluación de ecosistemas destruidos y lo que esto significa en el futuro para el ser humano, o de especies comerciales y no comerciales que se extinguen, es sumamente difícil de establecer en términos monetarios. El daño económico incluirá como lucro cesante lo que dejan de percibir los individuos o comunidades que aprovechan de esas especies o dependen del ecosistema. Tampoco debe olvidarse el daño, incalculable en términos económicos, infringido a la comunidad entera por la pérdida del medio ambiente libre de contaminación en que tenía derecho de vivir.”⁹⁹

“Para la valoración económica de un daño ambiental, es necesario tomar en cuenta los valores de uso de ese bien y otros valores. Dentro de estos últimos, normalmente se suelen incluir valores estéticos o de recreación y valores inherentes (como fuente de protección de cuencas, por ejemplo, relevantes para el calentamiento del planeta)... La

⁹⁹ Pérez, Efraín. Derecho Ambiental. Santafé de Bogotá, Colombia, McGraw-Hill Interamericana, S.A., Pág. 130.

conservación del medio ambiente como un bien jurídico digno de tutela, la paralización de las causas de degradación ambiental, la consagración de Los derechos de tercera generación, Son cuestiones que dentro de la economía clásica no fueron consideradas, pero que Actualmente tiene consecuencias económicas visibles dentro de los sectores productivos porque los costos que habría que comprometer para evitar esos deterioros o los que implica la reparación de los daños, son montos que en varias legislaciones deben ser justificados en la Contabilidad que cada compañía lleva.... La valoración de los bienes ambientales deteriorados y la respectiva cuantificación económica debe recoger además de las pérdidas patrimoniales, todos los costos sociales. Colectivos, sociológicos, culturales, psicológicos, esto al decir de Gherzi es un análisis epistemológico económico de los daños al ecosistema que permite la cuantificación desde una proyección social y no meramente individual o empresarial. Las políticas ambientales se perfeccionan en sus instrumentos entre los que la doctrina menciona: estructuras normativas, eco impuestos privilegios tributarios, permisos de desechos negociables, licencias ambientales. Los mercados regulados por la oferta y la demanda padecen de ciertas deficiencias que toman difícil la cuantificación económica de los bienes ambientales pero la economía ecológica ha concebido su valoración a partir de tres premisas: el valor de opción, valor de legado y valor de existencia, que juntos determinarán el valor económico total del elemento del medio ambiente. El valor de opción es el costo que el agente contaminante ha de pagar por los bienes ambientales de que priva a la sociedad presente y sobre todo a la futura, por la desaparición de alguna especie de biodiversidad, la importancia radica en los riesgos que puede conllevar la no existencia del bien para los usos futuros el valor de legado está íntimamente relacionado a las generaciones futuras.”¹⁰⁰

¹⁰⁰ Narváez, María José, Tesis, PUCE 2007.

2.6.- LA GESTION AMBIENTAL EMPRESARIAL Y SU RELACION CON LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL:

Las actividades que realiza el ser humano producen afectación ambiental, la cual puede ser tolerada por el Estado dentro de ciertos límites permisibles impuestos legal y reglamentariamente por el Estado y fuera de los cuales nos encontramos frente al daño ambiental. Por ello, para la empresa es fundamental la implementación de un adecuado manejo que le permita la prevención y control de los impactos ambientales a fin de que estos se ubiquen dentro de los límites tolerables, lo cual generará poca vulnerabilidad a la formulación de acciones por daño ambiental continuado o por se, por el desarrollo de sus actividades.

En este sentido, la Gestión Ambiental empresarial pretende que se logre un adecuado manejo de las empresas dentro del marco de adecuadas políticas públicas para lograr el desarrollo del ser humano pero con un adecuado manejo ambiental. La idea es encontrar un punto de equilibrio entre los recursos que existen en la tierra y la utilización de éstos para poder obtener un crecimiento económico donde los niveles de vida aumenten constantemente. En el Ecuador se encuentra vigente la Ley de Gestión Ambiental, que según lo dispone su artículo 1 “establece los principios y directrices de política ambiental, determina las obligaciones, responsabilidades, niveles de participación de los sectores públicos y privados en la gestión ambiental y señala los límites permisibles, controles y sanciones en esta materia.”

Una adecuada gestión ambiental se debe sujetar a los principios de solidaridad, cooperación, coordinación, reciclaje y reutilización de desechos, utilización de tecnologías alternativas ambientalmente sustentables y respecto a las culturas y prácticas tradicionales, además se orientará según los principios de desarrollo sustentable contenidos en la Declaración de Río de Janeiro del año 1992.

En Ecuador a través del Decreto 3399 de 31 de marzo del 2003 se publicó, en forma integral, el Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, el cual, en su libro VI, sobre Calidad Ambiental, regula dos aspectos trascendentales, en primer lugar, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; y, por otro lado, la Prevención y Control de Contaminación.¹⁰¹

¹⁰¹ El objetivo del Reglamento Para la Prevención y Control de la Contaminación es determinar, los límites permisibles para las descargas, la calidad y la remediación para un recurso afectado. Las competencias se descentralizan a entidades del régimen seccional autónomo entre otras atribuciones para: fijar directamente las tasas por vertidos y otros cargos; controlar y mantener registros de las descargas, emisiones, y vertidos que se hagan al ambiente; sancionar las infracciones aplicando el procedimiento del Código de la Salud; e iniciar las acciones administrativas y legales por infracciones. El Reglamento ratifica que toda obra, que pueda causar contaminación, deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental, que incluirá un plan de manejo ambiental y que un año después de entrar en operación el regulado deberá realizar una Auditoría Ambiental de Cumplimiento con su plan de manejo ambiental y con las normativas ambientales vigentes; y que esta es requisito para la obtención y renovación del permiso de descarga, emisiones y vertidos. La entidad ambiental de control puede realizar inspecciones para verificar los resultados del informe de auditoría y cuando lo considere pertinente, debe solicitar, la realización de una nueva auditoría ambiental. En caso de incumplimiento se podrá: Autorizar prórrogas para el cumplimiento de las actividades previstas o modificaciones al plan, b) Revocar las autorizaciones administrativas otorgadas y proceder a sancionar, y c) disponer la ejecución de las medidas de remediación necesarias, e iniciar las acciones civiles y penales. El Reglamento también establece un sistema para el muestreo y método de análisis de las emisiones, descargas y vertidos. Si se determina que un regulado no cumple con las normas ambientales se le impondrá una multa entre los 20 y 200 salarios básicos unificados. En caso de reincidencia, se retirarán las autorizaciones particularmente el permiso de Descarga, Emisiones y Vertidos. Si el incumplimiento obedece a fallas a cargo del regulado, el permiso se condicionará por el tiempo que requieran los ajustes, a la restauración de los recursos naturales afectados y a la indemnización. Si el regulado informa dentro de las 24 horas, no será sancionado por una ocasión con la multa prevista. Las organizaciones que recolecten o transporten desechos peligrosos o especiales, brinden tratamiento a las emisiones, descargas, vertidos o realicen la disposición final de desechos provenientes de terceros, deberán obtener las autorizaciones administrativas ambientales correspondientes de parte de la entidad ambiental de control. El productor o generador deberá responder conjunta y solidariamente. El regulado para la obtención del permiso de descargas a cuerpos de agua o sistemas de alcantarillado, de emisiones al aire, y vertidos o descargas al suelo, seguirá el siguiente procedimiento: Declarar o reportar sus descargas, emisiones y vertidos; Obtener la aprobación de su Plan de Manejo Ambiental por parte de la entidad que emite el permiso; Pagar la tasa bianual de descargas, emisiones y vertidos, a la municipalidad correspondiente; y, Reportar el cumplimiento de las acciones establecidas en el Plan de Manejo Ambiental vigente, mediante la ejecución de Auditorías Ambientales de cumplimiento. Sobre la base de los estudios ambientales presentados por el regulado, la entidad que emite el permiso de descargas, emisiones y vertidos determinará la obligación o

La Evaluaciones de Impacto Ambiental constituyen un procedimiento participativo para la ponderación anticipada de las consecuencias ambientales que generará una inversión, obra o proyecto. El glosario de términos de la Ley de Gestión Ambiental Ecuatoriana manifiesta que la Evaluación de Impacto Ambiental es el procedimiento administrativo de carácter técnico que tiene por objeto determinar obligatoriamente y en forma previa, la viabilidad ambiental de un proyecto, obra o actividad pública o privada. Tiene dos fases; el estudio de impacto ambiental y la declaratoria de impacto ambiental. Su aplicación abarca desde la fase de prefactibilidad hasta la de abandono o desmantelamiento del proyecto, obra o actividad pasando por las fases intermedias. Según la misma ley, Estudios de Impacto Ambiental son estudios técnicos para la predicción e identificación de los impactos ambientales (alteración del medio ambiente) y describen las medidas para prevenir, controlar, mitigar y compensar las alteraciones ambientales. Nuestro Sistema Único de Manejo Ambiental se encuentra muy apegado a los estándares internacionalmente aceptados para la Evaluación de Impacto Ambiental; esto quiere decir que contempla las etapas de evaluación inicial, definición del alcance, ejecución de la evaluación, revisión y decisión de la autoridad y seguimiento.

no que tiene el regulado de obtener el mismo. Si cuenta con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado, no requerirá el permiso durante el primer año de operación. Transcurrido el primer año de operación deberá el regulado obtener el permiso de descarga, emisiones y vertidos. El Reglamento también regula el sistema de Normas de Calidad Ambiental que serán elaboradas mediante procesos participativos de discusión y análisis en el Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental. Estas normas serán dictadas mediante acto administrativo de la autoridad ambiental competente. Las Normas Técnicas Ambientales son: 1. Norma de Calidad Aire Ambiente; 2. Norma de Emisiones al Aire desde Fuentes Fijas de Combustión; 3. Límites Máximos Permisibles de Niveles de Ruido Ambiente para Fuentes Fijas y para Vibraciones; 4. Norma de Calidad Ambiental del Recurso Suelo y Criterios de Remediación para Suelos Contaminados; 5. Norma de Calidad Ambiental y de Descarga de Efluentes: recurso agua; 6. Norma de Calidad Ambiental para el Manejo y Disposición Final de Desechos Sólidos No- peligrosos.

La Norma Reglamentaria se ha visto complementado normativamente por la Ley de Gestión Ambiental 13¹⁰², que contiene también otras normas fundamentales en la materia en lo referente a: marco institucional, mecanismos de coordinación interinstitucional y los elementos del sub-sistema de evaluación de impacto ambiental, así como los procedimientos de impugnación, suspensión, revocatoria y registro de licencias ambientales, estableciendo el conjunto de elementos mínimos que constituyen un sub-sistema de evaluación de impactos ambientales a ser aplicados en las instituciones integrantes del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental.¹⁰³

Las empresas, entendiendo la trascendencia de las buenas prácticas ambientales y la necesidad de implementarlas para generar un sistema de evidencia de cumplimiento de límites permisibles y por lo mismo constancia de que las actividades empresariales realizadas generan únicamente impactos ambientales tolerados¹⁰⁴ adoptan voluntariamente regulaciones de carácter privado. Entre estas regulaciones encontramos los ecoetiquetados, como por ejemplo los sellos de calidad ISO.¹⁰⁵

Las siglas ISO pertenecen a la International Organization for Standardization, cuya traducción al español sería Organización Internacional para la Estandarización, la cual fue creada el 23 de febrero de 1947, después de la segunda guerra mundial y nace como el organismo encargado de estandarizar normas de producción y seguridad a

¹⁰² Ley de Gestión Ambiental, Ley No. 37, publicada en el R.O. 245 de 30 de julio de 1999.

¹⁰³ Es un mecanismo de coordinación transectorial, interacción y cooperación entre los distintos ámbitos, sistemas y subsistemas de manejo ambiental y de gestión de recursos naturales. Es presidido por la autoridad ambiental nacional, el Ministro de Medio Ambiente, pero está compuesto también por varias Instituciones del Estado que tienen competencia ambiental, como lo son los Consejos Provinciales y los Municipios, los cuales según el Art. 13 del mismo cuerpo legal, dictarán las políticas ambientales seccionales con sujeción a la Constitución.

¹⁰⁴ Reduciendo al mínimo la contingencia de acciones por daño ambiental per se y continuado.

¹⁰⁵ En Europa se destaca el sello EMAS.

nivel mundial. La conforma una red de institutos en más de 157 países, su sede es en Ginebra, Suiza y en ella se desarrollan los procesos de coordinación.

En 1992 y dado a los continuos esfuerzos por desarrollar herramientas necesarias que permitan luchar contra la problemática ambiental y buscando estandarizar todas las normas ambientales de los diferentes países en el mundo, la ISO fue invitada a la Cumbre de la Tierra, en Río de Janeiro y se comprometió a diseñar y crear normas internacionales que busquen garantizar una producción mas limpia y amigable con el medio ambiente, las ISO 14000.

Todo Sistema de Gestión Ambiental es un proceso en el cual se interrelacionan conceptos de planificación, implantación, revisión y mejora de los procedimientos que las organizaciones mantienen, los cuales deberán garantizar los objetivos ambientales que se tienen, por lo que la certificación establecerá, que la institución ha cumplido todos los elementos de un Sistema de Gestión Ambiental.

Los beneficios empresariales que se obtienen consisten en: mejorar competitivamente, el desarrollar procesos amigables con el medio ambiente; mejorar la imagen empresarial; competir en nuevos mercados para los productos o servicios; servir a una organización que basa sus actividades en normas internacionales; y, estandarizar su producción y ofrecer mejores productos.

Actualmente, las empresas se encuentran implementando la Norma de Responsabilidad Social o ISO 26000, la cual tiene por objetivo asistir, apoyar, promover y analizar a las organizaciones en materia de responsabilidad social. La Responsabilidad Social es la capacidad de respuesta que tienen las organizaciones humanas para enfrentar las consecuencias de sus acciones sobre los distintos miembros de su comunidad y va más allá del cumplimiento estricto de la normativa vigente, pues tiende a superarlas, ya que el cumplimiento de la norma es simplemente

una obligación de toda persona por el hecho de vivir en sociedad. Incluye una nueva línea de gestión empresarial que combina la dimensión económica social y ambiental, buscando la excelencia empresarial sin olvidar el aspecto social, mejoramiento de condiciones de trabajo, protección al medio ambiente, apoyo a la comunidad, etc.

En definitiva, una adecuada Gestión Ambiental que permita a la empresa el cumplimiento de límites permisibles para emisiones, descargas y vertidos y, aún más, la obtención de eco etiquetados, generará la evidencia de un manejo responsable de la actividad que incidirá definitivamente en la menor vulnerabilidad a acciones por daño ambiental per se o continuado que puedan originarse con ocasión de la actividad empresarial.

CAPITULO III: LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL PER SE Y CONTINUADO EN EL DERECHO COMPARADO

3.1.- ANALISIS EN DERECHO COMPARADO RESPECTO A NO ACUMULAR DAÑOS AL INDIVIDUO Y A LA NATURALEZA EN UN MISMO PROCESO:

3.1.1.- ANALISIS DE LEGISLACION DE CHILE:

La legislación chilena ha realizado una distinción entre las acciones que persiguen la indemnización y las que persiguen la reparación del ambiente. Rafael Valenzuela manifiesta que existen dos acciones que se pueden iniciar como consecuencia de un evento ambiental dañoso: a. “Mediante la acción indemnizatoria puede impetrarse el resarcimiento económico de los perjudicados derivados del daño ambiental. Nada tiene que ver, pues, esta acción, de índole estrictamente patrimonial, con un eventual derecho subjetivo genérico y autónomo sobre el medio ambiente. b. Mediante la acción ambiental, en cambio, puede exigirse la reparación del medio ambiente dañado, entendiéndose por “reparación”, a estos efectos, “la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”¹⁰⁶, sin embargo, en la práctica existen trabas para interponer la acción ambiental, por ejemplo, la segunda acción no puede proponerse por cualquier persona, sino que debe hacerlo quien tenga un interés directo en la causa. “Parecería ser, con todo, que el Estado y las municipalidades pueden ejercer la acción ambiental bajo el solo supuesto de que se haya producido daño ambiental.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ Valenzuela, Rafael. Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, PNUMA. Seminario sobre la Responsabilidad por el Daño Ambiental. www.pnuma.org.doc. Pág. 82.

¹⁰⁷ Valenzuela, Rafael. Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, PNUMA. Seminario sobre la Responsabilidad por el Daño Ambiental. Pg. 82. www.pnuma.org.doc.

De lo dicho entonces, la acción por daño ambiental solo puede proponerse por el Estado o por quienes han sufrido un perjuicio como consecuencia del evento ambiental.

3.1.2.- ANALISIS DE LEGISLACION DEL REINO DE ESPAÑA:

La Ley de Responsabilidad Ambiental¹⁰⁸ regula la responsabilidad medioambiental exclusivamente y responde a la iniciativa de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental.

El artículo 1 dispone: “Esta ley regula la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución y con los principios de prevención y de que quien contamina paga”¹⁰⁹. Es claro que únicamente regula la prevención y reparación de daños ambientales, lo que se reafirma en el artículo 5.1 de la misma Ley que manifiesta: “1. Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación.”¹¹⁰

Resulta evidente que en la Unión Europea y específicamente en el Reino de España se ha reconocido expresamente que el daño ecológico puro debe perseguirse por una vía y que los daños continuados se deben perseguir por otra vía.

¹⁰⁸ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. España.

¹⁰⁹ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. España.

¹¹⁰ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, España.

La Ley de Responsabilidad Medioambiental española, únicamente para daños ambientales puros consagra responsabilidad objetiva, en efecto, establece: “1. Esta ley se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III¹¹¹, aunque no exista dolo, culpa o negligencia. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo.”¹¹²

Considero que esta es una forma adecuada de abordar la inclusión legislativa de la responsabilidad objetiva. En efecto, la regla general es la subjetiva, pero por excepción y en virtud de la teoría del riesgo se deben establecer la responsabilidad objetiva o sin culpa, pero el legislador debe ser lo suficientemente prolijo para determinar específicamente que actividades tienen este tipo de responsabilidad de preferencia enumerándolas como lo ha hecho la legislación española en el anexo III. Además al incluirse la responsabilidad objetiva se debe determinar cuáles son las eximentes de responsabilidad (fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima), lo cual no ha ocurrido en el Ecuador en donde únicamente se ha dispuesto que la responsabilidad por daño ambiental es objetiva.¹¹³

La Ley española, de otra parte, establece responsabilidad subjetiva para otro tipo de actividades, en efecto manifiesta: “2. Esta ley también se aplicará a los daños

¹¹¹ Entre las actividades a las que hace referencia el anexo III de esta Ley están por ejemplo gestión de residuos, cierto tipo de explotación de instalaciones y otras actividades que se ha considerado que por su naturaleza generan o pueden generar un riesgo.

¹¹² Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, España.

¹¹³ Dado que en el artículo 396 de la Constitución de la República se han dejado sin regular importantes aspectos, corresponde a la legislación secundaria que se dicte regular todos los aspectos relativos a la aplicación de responsabilidad objetiva en materia ambiental en el Ecuador.

medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III, en los siguientes términos: a) Cuando medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención, de evitación y de reparación. b) Cuando no medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención y de evitación.”¹¹⁴

La Ley de Responsabilidad Medioambiental española, en el artículo 20¹¹⁵ establece un procedimiento¹¹⁶ a seguirse para lograr la reparación y faculta a la autoridad a tomar medidas de carácter cautelar frente a un evento de contaminación ambiental.¹¹⁷

¹¹⁴ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. España.

¹¹⁵ Ley de Responsabilidad Medioambiental española Art. 20. “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, cuando se hayan producido daños medioambientales, el operador, sin demora y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo: a) Adoptará todas aquellas medidas provisionales necesarias para, de forma inmediata, reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados (...). Asimismo, informará a la autoridad competente de las medidas adoptadas. b) Someterá a la aprobación de la autoridad competente, de acuerdo con lo establecido en el capítulo VI, una propuesta de medidas reparadoras de los daños medioambientales causados elaborada conforme a lo previsto en el anexo II, sin perjuicio de los criterios adicionales que con el mismo objetivo establezcan las comunidades autónomas. 2. Cuando ello fuera posible, la autoridad competente habilitará al operador para que éste pueda optar entre distintas medidas adecuadas o entre diferentes formas de ejecución. 3. Cuando se hayan producido varios daños medioambientales, de manera tal que resulte imposible que todas las medidas reparadoras necesarias se adopten al mismo tiempo, la resolución fijará el orden de prioridades que habrá de ser observado. A tal efecto, la autoridad competente tendrá en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza, el alcance y la gravedad de cada daño medioambiental, así como las posibilidades de recuperación natural. En todo caso, tendrán carácter preferente en cuanto a su aplicación las medidas destinadas a la eliminación de riesgos para la salud humana.”

¹¹⁶ Poner en conocimiento de la Autoridad Ambiental sobre la contaminación ocurrida; realizar todas las actividades necesarias en el momento del incidente, a fin de controlar la contaminación, etc. Avisar a la autoridad sobre las medidas inmediatas que han sido tomadas; y, realizar un plan de reparación del ambiente, que debe ser sometido a aprobación de la Autoridad Ambiental para ser ejecutado.

¹¹⁷ Exigir información sobre el evento, adoptar medidas urgentes, decidir qué medidas y procedimientos debe tomar el operador y cuáles no debe seguir ejecutando, e incluso le da la posibilidad de realizar directamente las actividades de reparación cuando sea necesario.

3.1.3.- ANALISIS DE JURISPRUDENCIA ARGENTINA:¹¹⁸

Beatriz Silvia Mendoza y otras presentaron una demanda contra el Estado, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de Buenos Aires, por omisión en el deber de policía ambiental y cuarenta y cuatro empresas por daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la contaminación del río Matanza- Riachuelo, por haber arrojado desechos tóxicos y no tóxicos. Pretenden los accionantes, por una lado, que se repare por los daños causados, reparación que los demandantes fijan en la suma de 5.161.500 pesos; y, “que se resarza el daño infringido al medio ambiente y la recomposición de éste.” Para ello manifiestan que el “art. 27 de la ley 25.675 diferencia el daño ambiental per se del daño a los individuos a través del ambiente; y que, en consecuencia, el juez debe meritarse los daños perpetrados y adoptar las medidas, que también solicitan, teniendo en cuenta si el daño ambiental ocasionado es irreversible o no.”

El Tribunal analiza la Ley 25.675 que en su artículo 7, determina que la Corte es competente para conocer casos: “cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales”, lo que ocurre en el caso analizado, por otro lado decide que “no hay razones suficientes para que el Tribunal tome intervención sobre la base de una acumulación subjetiva de pretensiones como la promovida por los demandantes, en ejercicio de una facultad de carácter discrecional por la cual, mediante una respetable estrategia procesal, han optado por agrupar en un solo proceso a todos los estados que consideran responsables comunes de los daños cuyo resarcimiento persiguen y, de este modo, generar un supuesto de competencia originaria... declara la competencia originaria del Tribunal que prevé el art. 117 de la Constitución Nacional con respecto a las pretensiones contenidas en el punto 7 del escrito de demanda...en cambio, no se extiende a la pretensión que tiene por objeto la

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1569. XL. ORIGINARIO autos "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).

indemnización de los daños individuales que los demandantes invocan sufrir en sus derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.”

En definitiva, la Corte Argentina asume la competencia para el daño ambiental puro, pero no asume competencia para el daño ambiental continuado.

Respecto a la parte sustancial, Nestor Cafferatta define en un comentario que realizó sobre la sentencia que se trata de una sentencia colectiva atípica, de carácter declarativa y de ejecución, ya que contiene una condena general, que recae sobre la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "igualmente responsables en modo concurrente", por el cumplimiento del programa establecido en la resolución, "que debe perseguir tres objetivos simultáneos: 1) la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) la recomposición del ambiente en la Cuenca en todos sus componentes (agua, aire, y suelos) y 3) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción."¹¹⁹

Establece de manera amplia los "criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada", cual es, recomponer el bien ambiental dañado, mejorar la calidad de vida de toda la gente que vive en la cuenca de los ríos Matanza Riachuelo y alrededor de la misma y prevenir daños al ambiente, y que necesariamente demanda tiempo o un lapso prolongado, así como también se inhibe de conocer los daños de los particulares por no ser competente y determina que: “a) Declarar la incompetencia del Tribunal para conocer en su jurisdicción originaria con respecto a la reclamación que tenía por objeto el resarcimiento de la lesión sufrida en bienes individuales por parte de los demandantes que invocaban la causación de daños a la persona y al patrimonio ocasionados como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente.”

¹¹⁹ http://www.csjn.gov.ar/documentos/expedientes/cons_expe.jsp

En definitiva “La sentencia dictada es declarativa de la existencia del derecho ambiental en crisis, contiene un mandato de condena, que impone en cabeza de la ACUMAR y Estado Nacional y de la Cuenca, el cumplimiento de prestaciones (de dar, hacer o no hacer)”¹²⁰ y se decidió “mantener la tramitación de la causa ante esta Corte en lo atinente a la reparación del daño colectivo” y “diferir el pronunciamiento sobre las costas hasta tanto se dicte sentencia con respecto a la pretensión cuyo trámite prosigue ante esta Corte.”¹²¹

¹²⁰ Sentencia Colectiva Ambiental en el Caso Riachuelo, comentario de Néstor A. Cafferatta del 17 de julio de 2008.

¹²¹ http://www.csjn.gov.ar/documentos/expedientes/cons_expe.jsp

CAPITULO IV.- ANALISIS DE JURISPRUDENCIA ECUATORIANA EN RELACION AL DAÑO AMBIENTAL

4.1.- ANALISIS DE AUTOS Y SENTENCIAS REFERENTES A COMPETENCIA.

El artículo 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República señala que “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básica. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

Por su parte el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil dispone que “Toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante su juez competente determinado por la ley” y el artículo 29 del mismo Código, en su numeral 5, en relación a los fueros concurrentes establece que “Además del juez del domicilio, son también competentes. 5. El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de estos.”

De otro lado el artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental, en la parte relativa a la competencia señala: “El Presidente de la Corte Superior del lugar en que se produzca la afectación ambiental, será el competente para conocer las acciones que se propongan a consecuencia de la misma. Si la afectación comprende varias jurisdicciones, la competencia corresponderá a cualquiera de los presidentes de las cortes superiores de esas jurisdicciones.”

Las normas legales antes citadas han provocado conflictos de competencia, en efecto la compañía Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A., demandada por Red Amazónica por la Vida y otras personas, ante el Presidente de la entonces Corte Superior de Sucumbíos, bajo el argumento de que la demanda contenía pretensiones civiles y no ambientales planteo el juicio de competencia No. 149-2005 ante el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, autoridad judicial que anunció la competencia al Presidente de la Corte de la Provincia de Sucumbíos quien en el juicio No. 1-2005 dictó la correspondiente providencia en la cual no cedió la competencia bajo el argumento de que “En el presente caso la competencia se encuentra determinada en el razón del territorio donde supuestamente se han cometido las afectaciones ambientales conforme al contenido del ya citado artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental...” Este conflicto fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia asignando la competencia al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Sucumbíos y estableciéndose que el artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental prevé un fuero excluyente a favor de los Presidentes de las Cortes Superiores, hoy Cortes Provinciales del lugar en donde se han producido las afectaciones ambientales.

Una vez clarificado este aspecto en relación al fuero especial excluyente se han presentado controversias de competencia respecto al alcance del término “en donde se han producido las afectaciones ambientales.

En efecto, con ocasión del derrame del oleoducto de crudos pesados ocurrido el 25 de febrero de 2009 en la parroquia Santa Rosa, cantón El Chaco, provincia de Napo, Red Amazónica por la Vida han interpuesto una demanda verbal sumaria ante el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Sucumbíos. Alegan en su demanda que dicho derrame ha ocasionado afectaciones en su Cantón y han fundamentado su demanda en el artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental.

La compañía Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A., presentó un juicio de competencia ante el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, alegando

que esta autoridad es quien debe conocer esta causa, ya que es en esta provincia donde se produjo la rotura del oleoducto y por ello es en esta provincia en donde efectivamente se produjo la afectación y el hecho de que las afectaciones se hayan producido también en Sucumbíos era una mera especulación no demostrada.

Anunciada la competencia el Presidente de la Corte de Sucumbíos no cedió y en tal virtud la Corte Nacional de Justicia al resolver el conflicto de competencia decidió que en aplicación del artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental “Si la afectación comprende varias jurisdicciones, la competencia corresponderá a cualquiera de los presidentes de las cortes superiores de esas jurisdicciones.” y en tal virtud “serían competentes para conocer dicha demanda verbal sumaria los Presidentes de las Cortes Supremas de Napo y Orellana (recién posesionados); y entendiéndose que dicho derrame también afecta a la provincia de Sucumbíos (no existe detalle en la demanda en análisis pero si en documentación adjunta) el Presidente de la Corte Superior de Sucumbíos” En tal virtud, cualquiera de los tres jueces de la jurisdicción a la que corresponden podría ser competente.

En virtud de ello, se decidió entonces que dentro del fuero excluyente otorgado a favor del Presidente de la Corte Provincial en donde se produjeron los daños ambientales, pero a su vez, si estos daños ambientales abarcan varias provincias existiría jurisdicción preventiva a favor del Juez que primero recibió la demanda.

Se considera que la resolución de la Corte Nacional de Justicia y la Ley de Gestión Ambiental no ha considerado el hecho de que la afectación ambiental, al ser esencialmente difusa, puede producirse en todo el país e inclusive en el exterior. Por ello, sería más lógico la atribución de la competencia al juez competente del lugar en donde se encuentra el foco de la afectación ambiental.

4.2.- ANALISIS DE SENTENCIAS RESPECTO A DAÑO AMBIENTAL PER SE Y CONTINUADO:

4.2.1.- NELSON ALCIVAR Y OTROS CONTRA OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A.:¹²²

Los actores presentaron su demanda teniendo como fundamento de hecho la construcción del oleoducto de crudos pesados, el cual, según ellos, había generado daños ambientales. Por ello pretendían el pago de daños y perjuicios a ellos como propietarios de los inmuebles por donde atravesó el ducto, al Ministerio de Ambiente por el daño ambiental y el pago del diez por ciento de la condena conforme al artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental.

La Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Nueva Loja interpretó el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental en la siguiente forma: “En cuanto a la afirmación de la demandada de la existencia de una inepta acumulación de acciones ambientales y civiles, debe considerarse que en esta causa solo cabe la discusión de los reclamos de carácter ambiental, porque sólo estos pueden ventilarse vía verbal sumaria y en primera instancia ante el Presidente de la Corte Provincial, de conformidad a lo ordenado en los artículo 42 y 43 de la Ley de Gestión Ambiental.”

Adicionalmente, realiza un diferenciación clara entre el daño ambiental per se y el daño ambiental continuado, asumiendo la competencia únicamente para el primero, en efecto han resuelto que “La acción ambiental para solicitar el resarcimiento de daños, no puede homologarse de ninguna manera a la acción civil de daños y perjuicios. Los dos protegen bienes jurídicos de relevancia totalmente diferentes” La acción ambiental: “protege un bien común indispensable para la existencia misma de la humanidad, de

¹²² Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja. Resolución al Recurso de Apelación, dictado dentro de la causa 218-2008-S-CSJNL, el 29 de Julio de 2009, dentro del juicio por daños y perjuicios seguido por Nelson Domingo Alcívar Cadena y Ab. Ernesto García Fonseca, Procurador Judicial de los señores José Amaguay y otros en contra de Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A.

ahí que tenga sentido que en la actual Constitución, no se tenga previsto un plazo para su prescripción” La acción para el resarcimiento de daños y perjuicios: “busca proteger el patrimonio de un individuo que siendo importante, no se compara con un bien que es de propiedad de todos, por esa razón, el plazo de prescripción de la acción civil de resarcimiento de daños es en cambio limitado.”

Esta es la primera resolución en el Ecuador en que se realiza un pronunciamiento expreso respecto a la acumulación de daño ambiental per se y daño ambiental continuado y se ha decidido que esto no es posible. Se debe esperar para determinar si esta es la posición que definitivamente asume la jurisprudencia ecuatoriana o no. Sin embargo considero que independiente de la decisión que se adopte es la única manera de lograr un verdadero progreso en la implementación de una autentica justicia ambiental.

Es preciso destacar que la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja, no ha sido la única en realizar esta interpretación, en efecto, Jorge Bibiloni considera que: “en definitiva las acciones que con ese fin se promuevan (preservar la naturaleza) no tendrán por objeto el resarcimiento de los perjuicios que hubieren sufrido personas determinadas, sino precaver los riesgos y eventualmente afrontar los costos de la recomposición del ambiente.”¹²³ “la indemnización se logra con obligaciones de hacer o con dinero para cumplir las obligaciones de hacer, que en el caso solo pueden apuntar a recomponer el medio ambiente dañado.”¹²⁴

¹²³ Bibiloni, Héctor Jorge, *El Proceso Ambiental*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, Argentina, 2005, Pág. 177.

¹²⁴ Henao, Juan Carlos, *El Daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado de Derecho Colombiano y Francés*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Pág. 9.

4.2.2.- LEONARDO CABEZAS MIRANDA CONTRA ALBERTA ENERGY LTD.¹²⁵

En este caso que se resolvió a través de la vía ordinaria¹²⁶ el actor manifestó que se destruyó su propiedad “causándole daños materiales a la misma y daño ambiental y ecológico a su terreno.”

La Segunda Sala de la ex Corte Suprema de Justicia, resolvió que: “ya que se ha comprobado debidamente y consta en autos, el daño ambiental real ocasionado al actor por parte de la demandada por contravenir expresas normas constitucionales.”

Este razonamiento resulta por demás extraño puesto que la Corte no distingue entre daño ambiental per se y daño ambiental continuado, sino que, por el contrario confundiéndolos ordena el pago de daños y perjuicio a una persona particular por daño ambiental causado a esa persona y no a la naturaleza o al ambiente.

4.2.3.- MARCELO FRANCO BENALCAZAR CONTRA OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A.:¹²⁷

Este proceso fue planteado por los actores por afectaciones a sus propiedades con la construcción del oleoducto de crudos pesados. En la sentencia se resuelve respecto al tema ambiental lo siguiente: “Se ha alegado como una de las excepciones en este proceso la falta de derecho de los actores para pretender resarcimiento por daños ambientales; al respecto tiene que insistirse en que este no es un proceso ambiental, de allí que nunca se tramitó de esta forma y menos en la vía verbal sumaria

¹²⁵ Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en la resolución del recurso de casación dictada el 31 de octubre de 2007, en el juicio 53-2007 seguido por Leonardo Cabezas Miranda contra Alberta Energy Ltd.

¹²⁶ En la cual es factible la acumulación de autos si los procesos se encuentran en la misma instancia o si de continuar separadamente los procesos se produciría cosa juzgada, litis pendencia o se dividiría la continencia de la causa.

¹²⁷ Sentencia dictada el 26 de enero de 2010 por el Juez Vigésimo Segundo de lo Civil de Pichincha.

establecida en el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental ni ante el Presidente de la entonces Corte Superior como lo contempla el artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental últimamente citada. Tampoco la parte actora pretende el resarcimiento de daños y perjuicios por afectación de bienes ambientales, sino lo que serían supuestas disminuciones en su patrimonio producidas por la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados dentro de su propiedad, todo lo cual demuestra que estamos frente a una pretensión civil y no ambiental.”

Este análisis es importante por el Juez que resuelve esta causa, realiza una distinción entre acciones civiles y ambientales, estableciendo que las primeras deben ser conocidas en juicio ordinario por un Juez de lo Civil y las ambientales si en vía verbal sumaria ante el Presidente de la Corte Provincial donde se produjo la afectación.

4.3.- ANALISIS DE OTRAS SENTENCIAS DICTADAS EN EL ECUADOR CON CONTENIDO AMBIENTAL:

4.3.1.- UNIDOS SOMOS MAS CONTRA OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS OCP ECUADOR S.A.:¹²⁸

En esta sentencia la Corte Provincial de Justicia de Nueva Loja resolvió en el sentido de determinar que una actividad ha sido decidida por el Estado ecuatoriano y cuando se han pagado las correspondientes indemnizaciones a los perjudicados no proceden juicios de daños y perjuicios si no existe otro daño. En efecto manifiesta: “Es evidente que el gobierno de turno a nombre del Estado ecuatoriano autorizó la construcción del oleoducto de crudos pesados, para lo cual exigió el cumplimiento de todos los requisitos necesarios, todo lo cual los demandados han presentado en abundante y fundamentada documentación misma que ha sido materia de revisión y análisis, al

¹²⁸ Sala Única de la Corte Provincial de Napo. Resolución dictada en el juicio No. 80-2007.

respecto debemos anotar que entre tantos requisitos y documentos exigidos, aparece uno que se refiere a la auditoría ambiental y es justamente el que se refiere a la procedencia o no de un trabajo a realizarse como el de la OCP, mismos que en base a estudios de orden técnico y científico, concluyen que procede la autorización en base a parámetros que no constituyen atentatorios al convivir humano y natural del sector, sin con esto querer decir de ninguna manera que no puede existir en algún modo perjuicio, según los informes del Ministerio de Energía y Minas dice que los sistemas de manejo ambiental incluirán estudios de línea base, evaluación del impacto ambiental, evaluación de riesgos, planes de manejo, sistemas de monitoreo y podrán ser evaluados en cualquier momento a solicitud del Ministerio o de personas afectadas. En las escrituras de constitución de servidumbre, en las cláusulas cuarta, sexta, octava y décima segunda, consta que los pagos que se realizan por ocupación y daños y perjuicios que resulten y el uso permanente del terreno, dice que el daño puede ser presente o futuro.”

Es importante destacar que esta sentencia realiza una diferenciación entre el impacto ambiental tolerado y el verdadero daño ambiental, lo que para el profesor Leonardo de Benedictis permite lograr que el derecho ambiental se torne efectivo.¹²⁹

4.3.2.- COMITÉ PRO MEJORAS DELFINA TORRES VIUDA DE CONCHA EN CONTRA DE PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL Y PETROPRODUCCIÓN:¹³⁰

Es preciso citar este caso puesto que a pesar de no referirse expresamente a la responsabilidad ambiental si aplica la teoría de la responsabilidad subjetiva y analiza la

¹²⁹ Propuesta formulada en el Octavo Encuentro de la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas, Lima 2009.

¹³⁰ Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. Resolución juicio Comité Pro Mejoras Delfina Torres viuda de Concha contra Petroecuador de 29 de octubre de 2002.

responsabilidad objetiva, la misma que según el artículo 396 de la Constitución Política es aplicable en el Ecuador para el daño ambiental.

En la sentencia, como ya se ha referido, se analiza que la responsabilidad civil extracontractual es esencialmente subjetiva y que requiere culpabilidad para nuestra legislación ecuatoriana, pero en la colombiana, por ejemplo, se acepta que ni siquiera haya culpabilidad pues al ser estos hechos perjudiciales para el colectivo necesitan de protección.

En cambio analiza que en la actividad civil extracontractual por actividades riesgosas la culpa se presume y releva a la víctima de aportar los medios de prueba de la negligencia, imprudencia o impericia, para ello es necesario que exista un daño o perjuicio material o moral (presente o futuro), Una culpa demostrada o preexistente; y, un vínculo de causalidad entre uno y otro

De otra parte la sentencia analiza expresamente la teoría del riesgo y resuelve que quién utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brinden beneficios, genera a través de ellos riesgos sociales y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el provecho que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios

Manifiesta también que la responsabilidad objetiva es muy poco aceptada en las legislaciones, se considera mayormente la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable.

Respecto a la inversión de la carga de la prueba se da porque la mayoría de las veces es casi imposible o muy difícil para la víctima probar la culpa en las actividades de explotaciones peligrosas o en el manejo de una cosa que conlleva peligro. En virtud de esta inversión, el actor debe probar la existencia real del daño y el nexo de causalidad

entre el hecho acaecido y el daño para que prospere su acción indemnizatoria y el demandado debe probar que todo sucedió por caso fortuito, fuerza mayor, por intervención de un elemento extraño o por culpa exclusiva de la víctima.

En la aclaración de la sentencia se resolvió que el estado por razones de orden práctico ha organizado empresas especializadas que se encarguen de la explotación, industrialización y comercialización de los recursos naturales del subsuelo, como los hidrocarburos, a estas empresas se las ha otorgado personalidad jurídica. Desde este punto de vista, el estado ecuatoriano como persona jurídica es distinta de las personas jurídicas que integran el sector público, pero esto no significa que los recursos naturales del subsuelo hayan dejado de ser del estado y de todos los ecuatorianos. En ninguna parte del fallo, se declara que el Estado ecuatoriano, como persona jurídica tiene responsabilidad extracontractual por aquellos daños ni le condena a pagar indemnizaciones, por lo cual el fallo no traslada o transfiere responsabilidad civil extracontractual de la persona jurídica llamada estado a las personas jurídicas llamadas Petroecuador, Petroindustrial y Petrocomercial.

Por otro lado aclara que la reparación a la que tiene derecho a la parte afectada, consiste en que ingrese en el patrimonio individual del damnificado un valor igual al del que ha sido privado. El equivalente suele consistir en una suma de dinero, porque solo el dinero posee un valor en cambio absoluto, que permite compensar el daño padecido, porque deja a la víctima en la posibilidad de procurarle los bienes o las satisfacciones más adecuadas para reemplazar lo que haya perdido. Pero nada impide que el damnificado manifieste su voluntad de que las indemnizaciones que le correspondan se reduzcan en beneficio para la comunidad. En la demanda la actora pide expresamente que las indemnizaciones por daño que le corresponden se efectivicen en obras de infraestructura en beneficio de la comunidad. En la obligación condenatoria e la sentencia el sujeto activo o acreedor es la persona jurídica llamada Barrio Delfina Torres viuda de Concha. Los sujetos pasivos o deudores solidarios, son las personas jurídicas llamadas Petroecuador, Petroindustrial y Petrocomercial. El

objeto de la prestación es el pago de la indemnización por un monto de once millones de dólares que por voluntad del acreedor adopta una modalidad en beneficio de la comunidad.... En la sentencia se fija únicamente el monto total que deben invertir Petroecuador, Petroindustrial y Petrocomercial, en obras de infraestructura, que se harán conforme a las necesidades vitales de la comunidad, que no serán en beneficio exclusivo de los moradores del barrio sino de toda la comunidad que comprende más barrios.

En el foro, como ya se refirió, existió la duda respecto a si se había aplicado en esta sentencia la teoría de la responsabilidad objetiva o la subjetiva tradicional pero con una inversión de la carga de la prueba, lo cual se aclaró en la sentencia dictada en el Juicio ordinario No. 290-2003 que por daños y perjuicios sigue Medardo Luna contra Aeroservicios Ecuatorianos C. A. AECA en la que se manifestó que "Por regla general, en la responsabilidad subjetiva la carga de la prueba de que el autor del daño ha obrado con dolo o negligencia, pesa sobre la víctima o damnificado. Sin embargo, hay daños que se producen por actividades peligrosas o de alto riesgo, en que prácticamente es imposible al damnificado probar la existencia de la culpa o dolo antedichos. La doctrina, para no dejar a la víctima sin la tutela de la reparación por los daños sufridos, ha encontrado solución a dicho problema al revertir la carga de la prueba, y dejar que sea el agente del daño el que tenga que demostrar que ha observado todo el cuidado y precauciones necesarias para que no se produzca el accidente que ha ocasionado tal daño, sino que éste ha sido el efecto de fuerza mayor o caso fortuito (definido en el artículo 30 del Código Civil). En otras palabras se presume (*iuris tantum*) culpa en el agente del daño. Justamente, esta Sala acogió esta doctrina en el fallo dictado en el juicio ordinario de daños y perjuicios No. 31-2002 seguido por los representantes del barrio "Delfina Torres Vda. de Concha" en contra de Petroecuador y sus filiales, publicado en el R.O. 43 de 19 de marzo del 2003. En este fallo, declara categóricamente que los demandados incurrieron en responsabilidad subjetiva y, con ese fundamento, fueron condenadas al pago de indemnizaciones, por cuanto, dentro del proceso, no probaron que los daños causados a las víctimas fueron

el efecto o consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito; es decir, se aplicó la presunción de culpa de los demandados. En la responsabilidad objetiva, mientras tanto, al individuo señalado como responsable se le impone la obligación de indemnizar a la víctima, independientemente de la previsión o intención que aquel haya podido tener del daño resultante del accidente. En otras palabras, ya no será únicamente responsable quien obró con malicia, negligencia o impericia, sino también el individuo que creó la actividad peligrosa o utilizó el bien riesgoso.”

Con esta resolución se estableció claramente que la teoría aplicada fue la de la responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba. Esta sentencia definitivamente constituyó un gran avance en el desarrollo de la responsabilidad extracontractual en el Ecuador, sin embargo como se ha manifestado en materia de daño ambiental actualmente rige la teoría de la responsabilidad objetiva con presunción del daño, por expreso mandato constitucional la cual sin embargo, como se ha analizado, debe ser regulada adecuadamente por la normativa secundaria y desarrollada a través de la jurisprudencia a fin de que se genere la requerida seguridad jurídica necesaria para el desarrollo de nuestro país.

V.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.- CONCLUSIONES:

- a. La responsabilidad extracontractual encuentra su fuente de obligaciones en los cuasidelitos. Estas instituciones han sido desarrolladas a lo largo de la historia y actualmente se puede definir a la responsabilidad como la obligación de responder por la culpa o dolo o por mandato de la ley, por un daño producido a un tercero o a su propiedad.
- b. En el Ecuador se distingue el acto unilateral ilícito civil del acto unilateral ilícito penal, por la presencia o ausencia de tipicidad en una ley penal. Ya en la esfera civil en cambio encontramos, por un lado, actos unilaterales ilícitos dolosos a los cuales se los conoce como delitos civiles; y, por otro lado, actos unilaterales ilícitos culposos, negligentes, imprudentes o imperitos, los cuales constituyen cuasidelitos civiles.
- c. En materia ambiental constituyen principios rectores el preventivo y el precautorio en virtud de los cuales se busca reducir al mínimo los impactos ambientales principalmente a través de un sistema de permisos administrativos, cuya principal herramienta es el proceso de evaluación de impacto ambiental. Sin embargo, no siempre se puede asegurar que no se producirán eventos ambientales dañosos, en cuyo caso se hace aplicable el principio el que contamina paga, pero no en su principal dimensión de internalización de costos ambientales, sino en el aspecto de sanción.
- d. Las sanciones por un evento contaminante pueden ser de carácter administrativo, penal y civil. Respecto de este último tipo de responsabilidad, es decir de la civil, existen dos teorías a efectos de conceptualizarla.
- e. La responsabilidad civil subjetiva es la responsabilidad tradicional y la que debe ser aplicada de forma general. Esta responsabilidad exige la presencia de cuatro elementos fundamentales: Un acontecimiento producido por una

persona, sus dependientes o su propiedad; que este acontecimiento se haya producido por dolo, culpa, negligencia, impericia o imprudencia; que exista un daño; y, que ese daño sea el resultado directo del acontecimiento doloso, culposo, negligente, imperito o imprudente, es decir que exista un nexo causal entre estas características del acontecimiento y el daño.

- f. En el Ecuador, en casos importantes como los seguidos en contra de Petroecuador y sus filiales y en contra de Aeroservicios Ecuatorianos C.A. AECA, dada la actividad riesgosa y el beneficio económico obtenido por el ejercicio de esa actividad riesgosa por parte de los demandado, se ha invertido la carga de la prueba en contra de ellos y se ha determinado que les corresponde probar la inexistencia de daño o la no presencia de dolo, culpa, negligencia, imprudencia o impericia en los acontecimientos que generaron el daño, por ejemplo acreditando fuerza mayor o caso fortuito.
- g. La responsabilidad civil objetiva, en cambio, es excepcional y tiene su fundamento en la teoría del riesgo. Bajo esta teoría dejan de tener trascendencia el dolo, la culpa, la negligencia, la impericia o la imprudencia y basta la existencia de un acontecimiento que provoque un daño para que se haga necesaria el resarcimiento. Esta teoría ha sido denominada también responsabilidad sin culpa o de lege ferenda y es la asignada al daño ambiental en el Ecuador por expresa disposición constitucional.
- h. El Ecuador ha sido el pionero a nivel mundial en consagrar derechos a la naturaleza en su Constitución, la misma que sin embargo continúa manteniendo el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y el derecho de los seres humanos a aprovechar de los recursos de la naturaleza en cuanto sean necesarios para su vida. Por ello, considero que la Constitución ha adoptado un posición mixta eco y antropocéntrica. Es ecocéntrica para las relaciones jurídicas en las cuales la naturaleza es sujeto y continúa siendo antropocéntrica para las restantes relaciones jurídicas.
- i. Los derechos de la naturaleza son la conservación integral, la restauración, la no introducción de organismos genéticamente modificados y la no apropiación

de servicios ambientales. Además, se ha manifestado en el foro que existe un derecho adicional adjetivo, que sería el derecho a accionar a través de cualquier persona o colectivo, el fundamento para sostener esta posición es el artículo 397 numeral 1 de la Constitución de la República.

- j. En doctrina se ha conceptualizado que un evento ambiental dañoso genera un doble efecto, en primer lugar, el daño a la naturaleza y al ambiente; y, en segundo lugar, por un efecto de rebote, un daño a los individuos. A los primeros los llama daño ambiental per se y a los segundos daño ambiental continuado. Esta distinción, sin embargo no ha sido aún desarrollada a profundidad ni por la ley ni por la jurisprudencia ecuatoriana.
- k. La Constitución de la República ha establecido una serie de normas procesales tales como: La responsabilidad objetiva para daño ambiental, la presunción del daño, la imprescriptibilidad del daño ambiental y la posibilidad de que cualquier persona o colectivo presente acciones en defensa de la naturaleza. Sin embargo, no ha precisado si el término daño ambiental abarca solo al daño per se o si se extiende al daño continuado.
- l. Los artículos 28 y 41 de la Ley de Gestión Ambiental consagran la posibilidad de que cualquier persona pueda ser oída en procesos ambientales. El artículo 42 de la Ley de Gestión establece, dentro del capítulo responsabilidad ambiental, la competencia del Presidente de la Corte Superior (Actualmente Cortes Provinciales) del lugar en donde se produjeren las consecuencias dañosas, a fin de que conozca los procesos. Por su parte el artículo 43 de esa misma ley en el capítulo responsabilidad civil establece la vía verbal sumaria para estos juicios.
- m. El artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental tiene una redacción oscura y aparentemente no permite demandas individuales de daños y perjuicios sino únicamente las demandas de individuos, comunidades o grupos humanos que estén vinculados por un interés común y únicamente para reclamar por ese interés común vulnerado. Consagra, además, el derecho del accionante de percibir el diez por ciento de lo que se haya ordenado pagar en sentencia. La

obscuridad en la redacción de la norma ha generado también la interpretación de que se puede demandar individualmente por daños ambientales continuados.

- n. En la legislación chilena, en la jurisprudencia argentina y especialmente en la Ley de Responsabilidad Medioambiental española, se ha establecido que no se pueden acumular los daños ambientales per se y los daños continuados sino que, por el contrario, es saludable que los casos los conozcan jueces distintos atendiendo a la naturaleza de las pretensiones.
- o. En el Ecuador una de las principales dificultades que existe para acumular daños ambientales per se y continuados consiste en la prohibición expresa de acumular autos en juicio verbal sumario y la prohibición expresa de acumular acciones a través de una litis consorcio activa si la causa inmediata de la demanda no es la misma. Esto provoca que en los juicios en que se pretenda la referida acumulación se plantee la excepción dilatoria “inepta acumulación de acciones”
- p. En el Ecuador existen fallos distintos respecto a la acumulación de daño ambiental per se y continuado. En efecto, en alguna sentencia se ha llegado a confundir el daño civil y el daño ambiental ordenándose pagar daños ambientales a un individuo por daño a su propiedad, al contrario existen sentencias en las cuales se ha realizado una separación manifestando que el Presidente de la Corte Provincial es competente para conocer acciones ambientales y que los daños civiles deben ser resueltos por el Juez de lo Civil.
- q. La falta de normativa clara y la existencia de fallos contradictorios no solo provoca inseguridad jurídica sino que, además, impide que se ponga en marcha un derecho ambiental eficaz que ayude a la solución de los graves problemas ambientales del Ecuador y del mundo,

5.2.- RECOMENDACIONES:

- a. El Ecuador debe proyectarse a aprobar un cuerpo normativo que ponga en vigencia una verdadera justicia ambiental.
- b. Se debe determinar, a través de normas jurídicas claras, las competencias de autoridades y jueces para resolver los conflictos de daño ambiental per se y continuado.
- c. Considero que el daño ambiental per se debe ser juzgado por una autoridad que abandone la tradicional posición de imparcialidad propia de los jueces y por el contrario, debe adoptar una posición proactiva en defensa del ambiente.
- d. La autoridad encargada del juzgamiento de daño ambiental per se debe estar investida de autoridad y contar con un procedimiento claro para disponer medidas cautelares en búsqueda de la protección de la naturaleza y el ambiente.
- e. El daño ambiental per se debe ser juzgado en base a los principios de la responsabilidad objetiva y sin eximentes de responsabilidad y el juzgamiento debe consistir en la implementación de adecuados programas de remediación de los efectos de un evento ambiental dañoso. Para ello, la autoridad competente debe dictar resoluciones que deben consistir fundamentalmente en obligaciones de hacer tendientes a la prevención, mitigación, remediación y restauración.
- f. El daño ambiental per se es imprescriptible y así lo consagra la Constitución, esta imprescriptibilidad se basa en la imposibilidad física de la naturaleza de demandar por si misma y en la necesidad de que el demandado no se libere nunca de su responsabilidad por imperio de esta institución procesal y por el contrario pueda ser conminado a restaurar la naturaleza y el ambiente siempre.
- g. El daño ambiental continuado, por el contrario, considero que debe seguir la vía tradicional, es decir la vía de cualquier juicio de daños y perjuicios sin acumularse al juicio de daño ambiental per se. Esta consideración la fundamento en el hecho de que una persona que demanda sus propios daños

va a pretender luchar por ellos principalmente antes que luchar por los derechos de la naturaleza, los cuales podrían verse afectados por una actuación así.

- h. En el Ecuador se debe dictar con urgencia una norma adjetiva ambiental que, por un lado, implemente la normativa procesal constitucional en materia de ambiente y por otro lado establezca claramente los aspectos procesales que los artículos 41, 42 y 43 de la Ley de Gestión Ambiental no han podido delimitar.

BIBLIOGRAFIA

- Alessandri Arturo, Tratado de las Obligaciones, Editorial Jurídica Chile.
- Antequera José, Historia de la Legislación Española, España, Ediciones de la Universidad Central.
- Antequera, Jesús Conde, El Deber Jurídico de Restauración Ambiental, Editorial Comares, España.
- Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Harla, México.
- Bibiloni, Héctor Jorge, El Proceso Ambiental, Editorial Lexis Nexis, Argentina.
- Cabanellas Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Argentina, tomo III.
- Cafferatta, Néstor, Introducción al Derecho Ambiental. Coordinación Editorial Raúl Marcó del Pont Lalli, México.
- Capitant Henry, Vocabulario Jurídico, Ediciones Depalma, Argentina.
- Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental. Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano Frente a la Constitución Vigente, 2010.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Corral Talciani, Hernán, Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual.
- Diccionario Real Academia Española, <http://www.rae.es/rae.html>
- Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 2.
- Gaceta Judicial, Serie XVII. No. 10.
- Gaceta Judicial, Serie XVII. No. 7.
- Goldenberg, Isidro H, Cafferatta, Néstor, Daño Ambiental, Problemática de su determinación causal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- Henao, Juan Carlos, El daño: Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado de Derecho Colombiano y Francés, Editorial de la Universidad Externado de Colombia.
- Hutchinson, Tomás, Daño Ambiental, Argentina.
- Jiménez de Parga y Maseda, Patricia, El Principio de Prevención en el Derecho Internacional de Medio Ambiente, España, Editorial La Ley.
- Larrea Holguín, Juan, Manual de Derecho Civil del Ecuador, Volumen I. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, España.

- Ley de Gestión Ambiental, publicada en el Registro Oficial S-418, el 10 de Septiembre de 2004.
- López, Hernán, Cuadernos de Época: Reparación Ambiental, Buenos Aires, Madrid.
- Manasevich Abeliuk René, Las Obligaciones, Tomo 1, Editorial Temis.
- Martínez Esperanza, 2008. Los Derechos de la Naturaleza. Nueva Arma de Lucha Frente a las Actividades Petroleras en los Países Amazónicos. Maippa.
- Mazeaud, Jean, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil, traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte Segunda, Volumen 11, Argentina.
- Morales Lamberti, Alicia, Gestión y Remediación de Pasivos Ambientales, Políticas y Atribución de Responsabilidad, Instituto de Derecho Ambiental y de la Energía. Volumen 1, Número 1.
- Mosset Iturraspe, Jorge y otros. Daño Ambiental, Tomo II. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- Narváez María José, Tesis, PUCE 2007.
- Néstor A. Cafferatta, comentario de 17 de julio de 2008 sobre la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia Colectiva Ambiental en el Caso Riachuelo,
- Noguera Vercher Antonio y Giménez Picaso Gema, Responsabilidad Ambiental, Penal, Civil y Administrativa, Editorial La Ley.
- Pastorino, Leonardo, El Daño al Ambiente, Editorial Lexis Nexis, Argentina.
- Pérez, Efraín. Derecho Ambiental. Santafé de Bogotá, Colombia, McGraw-Hill Interamericana S.A.
- Perrone Mariela. Tesis, El Derecho de la Naturaleza a la restauración. PUCE, 2010.
- Resolución al recurso de apelación dictado dentro de la causa 218-2008-S-CSJNL, el 29 de Julio de 2009, dentro del juicio por daños y perjuicios seguido por Nelson Domingo Alcívar Cadena y Ab. Ernesto García Fonseca, Procurador Judicial de los señores José Amaguay y otros; en contra de Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja.
- Resolución de 29 de octubre de 2020 dictada por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. Resolución juicio Comité Pro Mejoras Delfina Torres viuda de Concha contra Petroecuador.
- Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. 1569. XL. originario autos "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/

daños y perjuicios por daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo.

- Resolución del expediente No. 189-2000, Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.
- Resolución del expediente No. 334-99, Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.
- Resolución del expediente No. 781-94. Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.
- Resolución del juicio No. 15-2001, Tercera Sala de lo Civil de la Corte Suprema.
- Resolución del juicio No. 20-2004, Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.
- Resolución del recurso de casación dictada el 31 de octubre de 2007, en el juicio 53-2007 seguido por Leonardo Cabezas Miranda contra Alberta Energy Ltd.
- Resolución dictada el 26 de enero de 2010 por el Juez Vigésimo Segundo de lo Civil de Pichincha.
- Resolución dictada en el juicio No. 80-2007 por la Sala Única de la Corte Provincial de Napo
- Resolución jurisprudencia norteamericana: caso Sierra Club vs. Morton
- Rodríguez Graciela, Responsabilidad y Reparación, Un Enfoque de Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, México.
- Ruda Gonzáles, Albert. El Daño Ecológico Puro, La Responsabilidad Civil por el Deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, Pamplona, Editorial Aranzadi, España.
- Santos Briz, Jaime, La Responsabilidad Civil Derivada de la Protección del Medio Ambiente. Sección: Sumario, La Responsabilidad Civil. Temas actuales.
- Stutzin, Godofredo, El Arrayán, 1992.
- Trazegnies Fernando, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo I, Colombia.
- Valenzuela, Rafael. Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, PNUMA. Seminario sobre la Responsabilidad por el Daño Ambiental. www.pnuma.org.doc.

INDICE

Pág. 1:	INTRODUCCION
Pág. 4:	CAPITULO I RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA Y OBJETIVA
Pág. 4:	LA RESPONSABILIDAD.- DEFINICIÓN
Pág. 5:	LA RESPONSABILIDAD CUASICONTRACTUAL Y LOS DAÑOS COMO FUENTES DE OBLIGACIONES
Pág. 5:	ANTECEDENTES HISTORICOS
Pág. 9:	EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL ECUADOR.- LOS DELITOS CIVILES Y PENALES Y LOS CUASIDELITOS
Pág. 9:	LOS DELITOS CIVILES Y PENALES
Pág. 11:	LOS CUASIDELITOS CIVILES
Pág. 12:	CLASES DE RESPONSABILIDAD
Pág. 12:	RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA
Pág. 13:	RESPONSABILIDAD SANCIONATORIA
Pág. 13:	RESPONSABILIDAD CIVIL O REPARADORA
Pág. 13:	RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
Pág. 14:	LA RESPONSABILIDAD CIVIL TRADICIONAL O SUBJETIVA
Pág. 15:	ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA
Pág. 15:	HECHO JURIDICO
Pág. 16:	PERJUICIO O DAÑO
Pág. 17:	CLASES DE PERJUICIO O DAÑO
Pág. 17:	PERJUICIO O DAÑO MATERIAL
Pág. 19:	PERJUICIO O DAÑO MORAL
Pág. 21:	LA CULPA Y EL DOLO
Pág. 21:	LA CULPA
Pág. 23:	EL DOLO
Pág. 26:	NEXO CAUSAL
Pág. 27:	ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA TRADICIONAL
Pág. 28:	RESPONSABILIDAD SUBJETIVA CON INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA
Pág. 31:	ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA CON INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA
Pág. 36:	TEORÍA OBJETIVA, TEORÍA DEL RIESGO, "DE LEGE FERENDA" O NEGACIÓN DE LA CULPA
Pág. 38:	ANALISIS DE JURISPRUDENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL OBJETIVA NACIDA DE LA TEORÍA DEL RIESGO
Pág. 42:	CAPITULO II RESPONSABILIDAD DERIVADA DE UN EVENTO AMBIENTAL EN EL ECUADOR
Pág. 42:	LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS

- Pág. 42: EL SUJETO DE DERECHOS
- Pág. 43: TEORIA ANTROPOCENTRICA
- Pág. 45: TEORIA ECOCENTRICA Y LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS
- Pág. 49: LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL ECUADOR
- Pág. 50: EL DERECHO A LA CONSERVACION INTEGRAL
- Pág. 51: EL DERECHO A LA RESTAURACION
- Pág. 52: LA MITIGACION
- Pág. 53: REMEDIACION Y RESTAURACION O REPARACION
- Pág. 54: DERECHO A LA PRECAUCION Y A LA NO INTRODUCCION DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS
- Pág. 55: NO APROPIACION DE SERVICIOS AMBIENTALES
- Pág. 57: NORMAS CONSTITUCIONALES RELATIVAS AL DAÑO AMBIENTAL
- Pág. 59: RESPONSABILIDAD POR UN EVENTO AMBIENTAL
- Pág. 59: EL PRINCIPIO RECTOR EL QUE CONTAMINA PAGA
- Pág. 60: CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL
- Pág. 62: EL DAÑO AMBIENTAL PER SE Y EL DAÑO AMBIENTAL CONTINUADO.
- Pág. 69: NORMAS PROCESALES EN MATERIA AMBIENTAL EN EL ECUADOR
- Pág. 69: ANALISIS DE LOS ARTICULOS 28 Y 41 DE LA LEY DE GESTION AMBIENTAL
- Pág. 70: ANALISIS DEL ARTICULO 42 DE LA LEY DE GESTION AMBIENTAL
- Pág. 73: ANALISIS DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY DE GESTION AMBIENTAL
- Pág. 78: ANALISIS DE LA ACUMULACION DE ACCIONES EN RELACION A LA VIA VERBAL SUMARIA PREVISTA POR EL ARTÍCULO 43 DE LA LEY DE GESTION AMBIENTAL
- Pág. 80: ANALISIS DE LA PRESCRIPCION DE LOS DAÑOS AMBIENTALES
- Pág. 81: RESPONSABILIDAD OBJETIVA CON INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA
- Pág. 83: LA VALORACION DEL DAÑO AMBIENTAL
- Pág. 85: LA GESTION AMBIENTAL EMPRESARIAL Y SU RELACION CON LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL
- Pág. 91: CAPITULO III LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL PER SE Y CONTINUADO EN EL DERECHO COMPARADO
- Pág. 91: ANALISIS EN DERECHO COMPARADO RESPECTO A NO ACUMULAR DAÑOS AL INDIVIDUO Y A LA NATURALEZA EN UN MISMO PROCESO
- Pág. 91: ANALISIS DE LEGISLACION DE CHILE
- Pág. 92: ANALISIS DE LEGISLACION DEL REINO DE ESPAÑA
- Pág. 95: ANALISIS DE JURISPRUDENCIA ARGENTINA
- Pág. 98: CAPITULO IV.- ANALISIS DE JURISPRUDENCIA ECUATORIANA EN RELACION AL DAÑO AMBIENTAL
- Pág. 98: ANALISIS DE AUTOS Y SENTENCIAS REFERENTES A COMPETENCIA
- Pág. 101: ANALISIS DE SENTENCIAS RESPECTO A DAÑO AMBIENTAL PER SE Y CONTINUADO
- Pág. 101: NELSON ALCIVAR Y OTROS CONTRA OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A.
- Pág. 103: LEONARDO CABEZAS MIRANDA CONTRA ALBERTA ENERGY LTD.
- Pág. 103: MARCELO FRANCO BENALCAZAR CONTRA OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A.
- Pág. 104: ANALISIS DE OTRAS SENTENCIAS DICTADAS EN EL ECUADOR CON CONTENIDO AMBIENTAL

Pág. 104: UNIDOS SOMOS MAS CONTRA OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS OCP ECUADOR S.A.

Pág. 105: COMITÉ PRO MEJORAS DELFINA TORRES VIUDA DE CONCHA EN CONTRA DE
PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL Y PETROPRODUCCIÓN

Pág. 110: V.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Pág. 116: BIBLIOGRAFIA