



Facultad de Derecho

La Responsabilidad por Daños y Perjuicios en los Derechos Difusos.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar al título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República
del Ecuador

Profesor Guía:

Dr. René Bedón Garzón

Autor:

Jhonny Marcelo Enríquez Espinoza

2011

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

Dr. René Bedón Garzón
Doctor en Jurisprudencia
1709661322

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

Jhonny Marcelo Enríquez Espinoza.

100256068-6

AGRADECIMIENTOS.

Para aquellos que con su ejemplo y sabiduría se constituyeron en la luz que ilumina y guía mi camino dentro de esta noble e imperiosa pasión, el Derecho, expresión imperecedera de Justicia, anhelo y fin de toda la humanidad. Gracias a ustedes maestros que inculcaron en mí el amor por la Justicia antes que por las normas. Con esta investigación cumplo rendirles un sentido homenaje. Les ratifico mi fe en que la verdad es el benjamín de las sociedades.

DEDICATORIA:

Con mis obras, con mi vida, con mi esfuerzo, con mi dedicación, así como con este bello trabajo, refrendo mi inconmensurable gratitud, admiración y homenaje a mi Madre, mujer valiente y ejemplo de vida, razón y motivo de mi inspiración, pero sobre todo de progreso. Gracias Madre por incendiar con fuego de amor mi corazón y por germinar en mi alma la solidaridad, la justicia, la paz y la fortaleza, pero ante todo gracias por revelarme el derrotero de la felicidad y hacer de este mi prioridad.

Para mi familia, mi novia, mis amigos, y aquellos que ya trascendieron de esta vida, que de una y mil formas han contribuido en mi desarrollo humano y profesional, irreductiblemente son el andamiaje y los rasgos que han definido las texturas de mí ser.

¡El orgullo que provocan en mí, es el testimonio de mi mayor deuda!

RESUMEN

La responsabilidad en el quehacer jurídico fue y será una de las instituciones que mayor preocupación y atención ha merecido de parte los juristas y estudiosos del derecho, lo cual es comprensible, en razón que dentro de un orden coactivo como es el derecho, regulador de conductas y comportamientos, tanto en la vida individual de la persona, como de la que desarrolla en función de la colectividad a la que se asimila, es inescindible enlazar los hechos materializados -que no son otra cosa que la exteriorización de individualidad de cada persona- a la misma, de manera que sea posible cotejar sí estos comportamientos se encuentran o no dentro de los parámetros de conducta generalmente aceptados, esto es dentro de los presupuestos de la norma jurídica.

La responsabilidad jurídica, es por tanto la obligación de responder que tiene toda persona por sus actos y de rendir cuenta de los mismos frente a terceros. Estos actos pueden estar encasillados en una amplia gama de posibilidades, sin embargo, los que ocupan a la presente investigación son aquellos que producen o infieren daño a otros y que en consecuencia deben ser reparados y proscritos por principio de justicia, toda vez que es la garantía básica que ofrece el vivir bajo un régimen de derecho a la sociedad en su conjunto. Mas la técnica jurídica ha establecido paradigmas concretos para que estos actos lesivos devenidos en desmedro de otros le sean atribuibles a una determinada persona y por ende le obliguen respecto de ellos al deber inexcusable de repararlos de conformidad a los criterios legales estatuidos. Estos criterios de manera tradicional en casi todas las familias de derecho han sido que para que se verifique la existencia de responsabilidad de un individuo por los daños y perjuicios provocados a terceros, es imprescindible la concurrencia de la culpa o de dolo en este actuar nocivo, es decir que la responsabilidad está ligada a consideraciones subjetivas como son las de conducta, esta corriente que es la que ha sobresalido en el Derecho Civil, ha sido motivo de sentencias como la siguiente “no existe responsabilidad sin culpa”, lo cual se consideró como una certeza jurídica insoslayable hasta la actualidad.

Sin perjuicio de lo precedente y bajo los nuevos paradigmas de la época contemporánea, la misma que se encuentra marcada por un prodigioso y vertiginoso desarrollo de la humanidad en las distintas aristas de la vida (destacando el social, económico, político y tecnológico), se han puesto en amenaza o bajo un riesgo sin parangón en la historia, a los Derechos Humanos que con mayor frecuencia son menoscabados y cada vez se vuelve más difícil identificar a los responsables de los mismos, en razón de que personas jurídicas de proporciones inconmensurables e impersonales entran en escena como sujetos de interrelación, espacios donde prima la participación tecnológica y que tienen influencia masiva los cuales además por el solo ejercicio de su actividad han creado riesgos inmensos que ponen en peligro a grupos humanos indeterminados (por citar pequeños ejemplos), son argumentos suficientes para modificar la cosmovisión del derecho y por supuesto de los criterios de responsabilidad que por razones más que obvias se volvieron obsoletos. Es pues una verdad incontrovertible que los criterios de responsabilidad tradicionales se han visto sobrepasados e incapaces frente a las nuevas realidades, por lo que el criterio de la responsabilidad ya no debe basarse en valoraciones de conducta solamente, sino en cuestiones objetivas (fácticas), para cambiar el principio jurídico tradicional citado en líneas precedentes por el de “no existe daño sin responsable”, es una manera eficiente de no ser permisible a la impunidad, en un mundo donde resulta muy complejo singularizar conductas.

Finalmente aquella es la perspectiva actual de responsabilidad jurídica en el derecho, la que de forma inexorable se encuentra íntimamente vinculada a la sanción que también debe tornarse peculiar en determinadas situaciones.

ABSTRACT

The legal responsibility for the task was and is one of the institutions that concern and has received attention from lawyers and legal scholars, which is understandable, given that within a coercive order as the law regulating conduct and behavior, both in individual life of the person, such as that developed on the basis of the community to which we digest, is inseparable link the events materialized, which are nothing else than the manifestation of individuality of each person the same, so it is possible to compare whether these behaviors are or are not within the generally accepted standards of conduct that is within the budgets of the rule of law.

Legal liability, is therefore the duty of every person to answer for their actions and accountable for them against third parties. These acts may be encased in a wide range of possibilities, however, employing this research are those that make or infer harm to others and therefore must be repaired and proscribed by the principle of justice, since it is basic warranty offers live under the rule of law to society as a whole. But the legal technique has established specific paradigms for these wrongful acts now turned to the detriment of others will be attributable to a particular person and therefore they will require for the necessary duty of repair in accordance with statutory criteria statues. These criteria traditionally in almost all families of law has been that in order to verify the existence of an individual's responsibility for damages caused to third parties, it is imperative the concurrence of the guilt or malice in the act harmful ie that the responsibility is related to subjective considerations such as the behavior, this trend is that has excelled in the Civil Law has been the subject of sentences like this "no liability without fault", which was considered unavoidable legal certainty to the present.

Notwithstanding the foregoing, under the new paradigms of contemporary times, the same is marked by a prodigious and rapid development of mankind in different corners of life (emphasizing the social, economic, political and technological), the have been under threat or risk unprecedented in history, the

Human Rights most often are undermined and increasingly becomes more difficult to identify those responsible for them, because of legal persons and impersonal immeasurable proportions enter the scene as subjects of interaction, participation spaces premium technology and massive influence which also by the mere exercise of their activities have created huge risks that threaten human groups indeterminate (to quote small examples) are arguments sufficient to change the worldview of law and of course the responsibility criteria for obvious reasons that were obsolete. It is therefore an incontrovertible truth that the traditional responsibility criteria have been overwhelmed and unable to meet the new realities, so that the standard of liability and should not be based on behavior ratings alone, but on objective questions (factual) to change the traditional legal principle cited in the preceding lines of "no harm without charge", is an efficient way to not be permissible to impunity, in a world where it is very complex to single behaviors.

Finally this is the current perspective of legal liability in the law, which is inexorably intertwined with the sanction must also become peculiar in certain situations.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
1. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN.....	3
1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA.	3
1.1.1 IUS NATURALISMO.....	3
1.1.2 IUS POSITIVISMO.....	6
1.2 LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA.....	10
1.3 EL NEOLIBERALISMO.	11
1.4 LA GLOBALIZACIÓN.....	13
CAPÍTULO II	18
2. LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN.	18
2.1. CARACTERIZACIÓN GENERAL.	18
2.1.2. DERECHO DIFUSO	19
2.2. CARACTERIZACIÓN ESPECÍFICA.	20
2.3. DENOMINACIONES COMUNES A LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN.....	21
2.4. ENUNCIACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DIFUSOS.....	22
2.4.1. DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO.	22
2.4.2. DERECHO AL DESARROLLO	24
2.4.3. DERECHO AL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD	29
2.4.4. DERECHO A LA PAZ.....	31
2.4.5. DERECHO A LA ASISTENCIA HUMANITARIA.....	34

2.4.6. DERECHO A LA INFORMACIÓN.....	37
2.4.7. DERECHOS DEL CONSUMIDOR.....	41
CAPÍTULO III.....	45
3. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LOS DERECHOS DIFUSOS.	45
3.1. LA RESPONSABILIDAD, DEFINICIONES Y ACEPCIONES.....	45
3.2. Clases de Responsabilidad.....	48
3.2.1. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.	48
3.2.2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	50
3.3. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA.	51
3.3.1. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA.....	51
3.3.2 LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA CON INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	53
3.3.3. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	54
3.4. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LOS DERECHOS DIFUSOS, DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	55
CAPÍTULO IV.....	69
4. LA SANCIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LOS DERECHOS DIFUSOS.	69
4.1. LA SANCIÓN, CARACTERÍSTICAS.	69
4.2. LA SANCIÓN PUNITIVA.....	71
4.3. LA SANCIÓN REPARATIVA.....	72
4.4. LA SANCIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS RESPECTO	

DE LOS DERECHOS DIFUSOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	74
CAPÍTULO V.....	82
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	82
5.1 CONCLUSIONES.....	82
5.2 RECOMENDACIONES	86
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

En un mundo sujeto a múltiples y vertiginosos cambios, merced de los portentosos avances en todas las facetas del conocimiento, que han sido razón para que a la sociedad contemporánea se la conozca como la sociedad del conocimiento y donde la constante es el desarrollo tecnológico, económico y social principalmente, es ineludible la evolución a la par del derecho que es la entelegia que debe regular la conducta social dentro de las realidades del momento. Las nuevas dinámicas que rigen la sociedad han hecho que nos replanteemos nuevas garantías y técnicas jurídicas para el efectivo goce de los derechos en particular de los “Derechos Humanos” que así como se han servido de los progresos, también se encuentran amenazados por nuevas y complejas formas de violentarlos.

La presente investigación de titulación asume en una primera fase el trajinar evolutivo de los derechos humanos a través de la historia y como éste se ha consolidado en acuerdo a las circunstancias coyunturales características de cada momento en la historia. Particularmente se estudia que condiciones propiciaron el advenimiento de una nueva categoría de derechos humanos, (derechos difusos o derechos de solidaridad) que no es otra cosa que una garantía más amplia de protección del hombre frente al voluble entorno en el que se desarrolla.

En una segunda fase se desarrolla la estructura y esencia de cada uno de los derechos difusos, con la finalidad de delimitarlos, puntualizarlos y enjuiciarlos, de manera que se conozca cual es el ámbito de protección de los mismos. Para esto ha sido imperativo remitirse a la Constitución de la República vigente, cuerpo jurídico que es muy generoso en el reconocimiento de derechos y garantías de las personas, así como de los principales Acuerdos y Tratados Internacionales que reconocen y contienen a los derechos humanos aquí aludidos.

Los objetivos fundamentales de la investigación se encuentran contenidos en la tercera y cuarta fase del trabajo de titulación, en los que lleva a cabo la empresa de estudiar la institución de la Responsabilidad jurídica como tal y sus modalidades, en relación a los daños y perjuicios ocasionados a los derechos difusos, concluyendo cual ha de ser la responsabilidad más optima para conseguir la plena vigencia de los derechos y su seguridad jurídica, considerando sus particularidades, así como afirmando la necesidad de imponer sanciones, en apego a la capacidad coactiva del Estado, que hacen perdurable y justo cualquier sistema jurídico, sin mencionar que es el aval básico para el desenvolvimiento de la vida en sociedad.

CAPÍTULO I

1. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN.

1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

La evolución histórica de los derechos de tercera generación llamados así por finalidades de tipo pedagógico, de clasificación y del momento histórico en que resaltaron, pues no existe otra motivación para definirlos de esta manera ya que todos los derechos humanos son de igual valía y trascendencia. Encuentran su génesis en el arduo desarrollo social del hombre, sin embargo, no nos podemos sustraer de las distintas corrientes de tipo filosófico tan necesarias para llegar a feliz término en esta difícil empresa, por lo que es menester abordar la doctrina ius naturalista como la ius positivista, las mismas que aún cuando se tornan antagónicas son inexorablemente la luz y el andamiaje de los derechos fundamentales.

1.1.1 IUS NATURALISMO.

El derecho natural es patrimonio de los romanos, es en esta cultura en la que inclusive se instituye el término derecho como tal y se le atribuye el carácter semántico con el que hasta nuestros días se le identifica. Los romanos definieron al "*ius naturale*" como aquellos derechos intrínsecos al individuo por el solo hecho de su calidad de humano, los cuales son anteriores a cualquier construcción del hombre y han existido siempre de forma absoluta, además se encuentran ajenos a influencias de cualquier índole, sean estas de carácter político, religioso, cultural, étnico y socioeconómico de las personas. Son impermeables a la intervención del hombre, estos no pueden ser modificados, sino mentados. Cabe resaltar que el derecho natural como antes se expone, ha sido producto de grandes debates y de evoluciones, pues en principio, a pesar de que ya se los reconocía se lo hacían de manera sesgada, se los consagraba solo para ciertos grupos eran de cierta manera derechos corporativos o selectivos, debido a las características de la sociedad romana que no dejaba lugar al humano como sujeto singular sino dentro del orden objetivo de la sociedad, debido que agrupaciones como la familia, el linaje, las corporaciones profesionales eran el centro de la organización estamental y el

individuo solo en la medida que se pertenecía a estas, es decir los derechos de estos dependían de su estatus en la organización y la de esta en la ciudad estado, esto sin desentenderse de sectores como las mujeres y los esclavos que no poseían la calidad de ciudadanos lo que prestaba asidero a los detractores de Roma, que la niegan como cuna de los derechos individuales ya que no se puede hablar de derechos humanos sino de clase y de grupo.

Obviamente en esta institución jurídica se puede reconocer el origen material de lo que hoy conocemos como “*derechos humanos*” lo que no quiere decir que no existieron antes pues apropiándonos de los preceptos de la misma doctrina se puede inferir que los “*derechos fundamentales*” son tan antiguos como las interrelaciones de los seres humanos.

“Los romanos no son los inventores de los derechos humanos, sino quienes lo descubrieron”¹.

Para un mejor entendimiento de esta corriente se puede echar mano de varios tratadistas que apoyan esta tesis, por supuesto haciendo un paréntesis de su vinculación histórica con Roma, pues es de entenderse que doctrinariamente trascendió de la territorialidad, el tiempo y se convirtió en objeto de análisis filosófico.

Un aporte importante en esta materia es el criterio jurídico de, Hugo Grocio, quién divorcia el derecho natural de la religión y lo vincula más bien a la razón, él considera que el hombre es un ser social por naturaleza siguiendo la línea clásica en especial a Aristóteles y afirma que por la necesidad del hombre de vivir en sociedad deben existir normas básicas de convivencia que son producto de la realidad y de la razón del hombre, además deben tener carácter inmutable y ser objeto del positivismo, pero no susceptibles de discusión y sobre la base de estas crear leyes que de acuerdo al grado de relación guardado con estos principios abstractos serán justas o injustas.

¹ Tomado de III PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS, Dictado por la Universidad de la Américas.

Alberto Natale, *“la existencia de un orden jurídico anterior y superior al derecho positivo, constituye una antigua creencia dentro del ámbito de la filosofía del derecho. Se trata de un orden que está por encima del derecho vigente, que no reconoce un legislador que lo haya originado y que el hombre conoce por medio de su razón. Para el derecho natural, sus disposiciones se imponen sobre las leyes de los hombres, que no crearían vinculaciones obligantes si estuvieran en contradicción con aquél”*.²

Locke, *Elevó la defensa de los derechos naturales a la categoría de principio fundamental de legitimación del gobierno y fin básico de la sociedad civil*.³

Del Vecchio *“El derecho natural es el criterio que permite valorar al derecho positivo midiendo su justicia intrínseca. El derecho natural reside en la naturaleza misma del ser humano, que necesariamente es anterior al derecho y al estado”*.⁴

Es categórica la influencia del derecho natural en los derechos humanos toda vez que existe una clara postura por defender garantías que revisten al hombre de un blindaje con respecto del estado y de cualquier sistema jurídico, limitando los alcances de los últimos a los principios fundamentales propios de cada individuo, lo que no es otra cosa que el reconocimiento de derechos primarios de tinte supra estatal a los que hoy conocemos con el nombre de “derechos humanos”. Por otro lado es preciso anotar que el derecho natural hace de suyo a la justicia como principio básico y pilar fundamental para el desarrollo de cualquier sistema jurídico, es decir que este último es solo consecuencia de la búsqueda necesaria de la justicia, empero entendida ésta en su forma más diáfana. En definitiva es el alfa y omega del derecho y por tanto la horma del mismo a lo deseable.

² Nahim Emén Kalil. Derechos Difusos, Editorial Jurídica Míguez&Mosquera Ecuador 2006. Pág. 23

³ *Ibidem*. Pág. 23

⁴ *Ibidem*. Pág.24

De todas formas no se puede desconocer la congruencia de otros factores que han nutrido de una y otra manera el vasto campo de la institución que nos ocupa.

1.1.2 IUS POSITIVISMO

El ius positivismo o el derecho positivo, es por excelencia la doctrina que propulsa la existencia del derecho a partir de su positivización y de ser la única norma con carácter jurídico y de validez en la esfera social, es la ley el instrumento que valida e instituye normas de obligatorio cumplimiento, además es el único medio idóneo por el cual se expresa la voluntad soberana del pueblo y esta la reviste de legitimidad y de juridicidad, por lo cual no existe y si lo hay no es necesario otro método para que las normas en sociedad trasciendan ya que la técnica instituida en el derecho es la ley.

Se disienten del derecho natural y de los derechos humanos, estigmatizándolos de estar henchidos de moralidad, utopía y de no ser realistas por desconocer el campo de lo pragmático. Por lo que desestimando la formulación a priori del derecho y protegiendo la empírica afirma que si bien estos contribuyen a la formulación del derecho no son tales hasta ser objeto de positivización. Por si solos no representan nada, cobran vida desde la incorporación a las legislaciones y solo desde entonces se vuelven exigibles.

Por otro lado esta corriente emancipa la justicia del derecho en razón que no necesariamente los consideran inmanentes y propugna que los sistemas jurídicos pueden o no ser justos, lo que en ningún caso impide o significa que el derecho como orden de regulación no sea legal, pues este encuentra justificación y legitimidad en sus estructuras mismas y en sus mecanismos de poder constituidos en una determinada sociedad.

Para clarificar esta postura es pertinente citar a un muy respetado exponente.

Hans Kelsen "El derecho sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre

el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho".⁵

El tecnicismo rotundo del derecho desde la perspectiva positivista, desconoce la congruencia de diversos factores que innegablemente lo consolidan de forma plena. El apareamiento de totalitarismos, desencadenó en un cúmulo de críticas hacia la postura positivista, alegando que esta se quedó sin piso y argumentos para contrarrestar los abusos y arbitrariedades de los que hicieron gala estos regímenes omnímodos al no poder criticar de manera axiológica los ordenamientos jurídicos que fueron concebidos dentro del amparo de los órganos estatales en desmedro de la dignidad humana.

La positivización de los derechos humanos es motivo de discusión porque en varias obras antiguas se puede distinguir indicios o génesis de los mismos, sin embargo, se descalifican a aquellas construcciones por el hecho de no incluir en ellos la palabra o concepto de derecho que se encontraba ajeno a su cultura, lo que no es totalmente válido debido a que la esencia de estos ordenamientos jurídicos son lo que concierne al análisis en curso y ciertas normas son lo que son independientemente de cómo se las conceptualizó. Lo que no quiere decir que sean la más clara materialización del derecho positivo con respecto a los derechos humanos en su concepción fundamental por cuestiones de carácter temporal históricas y de evolución de la materia, es decir existen construcciones jurídicas a las que se les pueden atribuir acertadamente la primera declaración de los derechos fundamentales.

A algunas normativas se les ha encontrado relación con los derechos humanos en la antigüedad y se las ha tomado como declaraciones precarias de derechos fundamentales, aún cuando no están ligadas al contexto histórico pertinente no se les puede desconocer su valor humanista y que de manera consciente o inconsciente rescataron aquellos principios básicos, verbigracia el Cilindro de Ciro del cual se ha dicho que es la primera declaración de derechos humanos. Uno de los documentos más antiguos que se han vinculado con

⁵ Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho. Segunda Edición, México 1986. Pág. 196 y 197.

estos derechos, contiene una declaración del rey persa Ciro el Grande tras su conquista de Babilonia en 539 a. C. Fue descubierto en 1879 y la Organización de Naciones Unidas, lo tradujo en 1971 a todos sus idiomas oficiales. Puede enmarcarse en una tradición mesopotámica centrada en la figura del rey justo, cuyo primer ejemplo conocido es el rey Urukagina, de Lagash, que reinó durante el siglo XXIV a. C., y donde cabe destacar también, Hammurabi, de Babilonia y su famoso Código, que data del siglo XVIII a. C. No obstante, el Cilindro de Ciro presenta características novedosas, especialmente en lo relativo a la religión. Ha sido valorado positivamente por su sentido humanista.

La Carta Magna inglesa, de 1215, y la mandinga Carta de Mandén, de 1222, se han asociado también a los derechos humanos. No obstante, estas protegían los derechos entre iguales, dejando de lado la igualdad formal de todos los seres humanos y la universalidad tan elemental en los derechos fundamentales.

La revolución liberal con antecedente en la declaración de derechos de Virginia, propiciadas por los burgueses, en contra del autoritarismo de los nobles y del clero que sustentaban el poder dentro del estado feudal en forma de monarquías, son el hito más importante para el surgimiento de los derechos del hombre, ya que cansados de ser excluidos del poder y no ser sujetos de derecho, sino meros objetos con los cuales se podía disponer arbitrariamente en todos los aspectos de la vida, decidieron revelarse de la opresión estatal preconizando e invocando la libertad en todas sus expresiones como patrimonio propio del individuo y superpuestas al estado. La motivación para aquello fue la corriente de la ilustración, que privilegiaba a la razón, la igualdad jurídica y la libertad, que a su vez se encontraban ligadas al derecho natural y claro sin desconocer la importancia económica que llegó a detentar la burguesía, lo que le dio pauta para pretender el poder político del que se encontraban excluidos.

Es así que se reivindica los derechos conculcados por la monarquía y se produce un cambio del feudalismo monárquico al capitalismo democrático y se declaran el 26 de Agosto de 1789, "los derechos del hombre y el ciudadano" los

mismos que garantizan bienes jurídicos básicos del ser humano en un orden especialmente subjetivo constriñéndole al estado a respetarlos.

He aquí sin dudas la primera positivización de los derechos fundamentales civiles y políticos, aquella que sirvió como base y ejemplo para occidente, desbordándose de fronteras, realidades culturales y sociales. Además fue el precedente para la positivización más importante, completa y actual de la materia, “la declaración universal de los derechos humanos” emitida el 10 de Diciembre de 1948, con alcance internacional.

El avance en las ciencias, como en la investigación y su posterior aplicación en las áreas de la tecnología, la salud y el transporte provocaron un fenómeno sin parangón en las estructuras socioeconómicas de Inglaterra y de los países a los cuales se extendió en primera instancia, aunque más tarde su influencia alcanzaría a todas las naciones del mundo ya sea de manera directa o indirecta, “la revolución industrial”. La industria se erigió rápidamente al ser aplicada a ella los avances tecnológicos entre otros, estimulando una súbita transformación de la producción manual a la mecánica lo que significó el incremento en la elaboración de productos y la optimización de recursos como de tiempo y por otro lado el remplazo de la persona por la maquina que por consiguiente representó desempleo. Su incidencia en lo social fue trascendente, ya que en este fenómeno se evidencia por vez primera una real división de clases, lo que más tarde provocaría una polarización radical entre el modos vivendi del sector burgués y el obrero, pues producto de esa relación de producción los obreros quedaron relegados de los beneficios de la riqueza. Y la educación, la salud, la cultura como la vida digna era privilegio de la naciente burguesía fruto de la acumulación de capital y la explotación del trabajador. En este contexto emergen movimientos sindicales y luchas obreras que reclaman la intervención del estado como un garante de mínimas condiciones de trabajo y de regulaciones de este, lo que implica que el estado asuma un papel activo en contraposición con los derechos civiles y políticos donde su papel es pasivo. Esto con la confluencia de otros elementos tales como; la publicación del manifiesto comunista; la de movimientos encaminados a permitir el sufragio

femenino, que lograron el voto de sectores de mujeres; independencias de algunas naciones del yugo de potencias colonialistas; el triunfo de minorías étnicas, religiosas, culturales y de identidad desembocaron en un fin inevitable que fue la declaración de los derechos económicos sociales y culturales en el año de 1966.

Es ineludible el concluir que tanto el concurso del *ius* naturalismo como el *ius* positivismo son necesarios y claves para la vigencia de los derechos humanos dentro de cualesquier sociedad, así como entender la necesidad recíproca de las dos doctrinas para auxiliarse y mantener los derechos fundamentales efectivos. Reconociendo claro está, que una es anterior a la otra.

1.2 LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA.

Se llama revolución tecnológica al fenómeno que acaece a mitades del siglo XX y se extiende hasta los albores del siglo XXI producto de la invención de tecnologías inteligentes, específicamente del desarrollo de la informática y su aplicación a todas las actividades humanas. Aquello ha motivado diversos y variados cambios en lo cultural, social y económico. Por ejemplo el empleo de la informática en los medios de producción apunta a un remplazo del cerebro por la computadora o por lo menos de una cada vez más extensa parte de sus funciones. Esta tendencia se acentúa tanto en la industria como en los servicios de manera muy precipitada incentivada por las investigaciones, descubrimientos e invenciones del mundo moderno que han contribuido al repunte de las telecomunicaciones, de los medios de transporte, de la información que al a postre han significado la desaparición de las distancias globales, permitiendo un acercamiento mundial.

La revolución tecnológica ha despertado la curiosidad de la sociedad y como es obvio existen detractores y posiciones que defienden el despliegue tecnológico del cual está siendo objeto la humanidad. Sin embargo, es estéril profundizar en aquel debate pues la tecnología “per se”, no es ni buena ni mala. Es el hombre quien con su discrecionalidad e intereses hace un uso adecuado o

inadecuado y a veces hasta inconsciente de la tecnología que la modernidad a puesto a sus servicios y es en él que ha de recaer la responsabilidad por el destino de esta. La historia será quien juzgue sobre ello. También es incontrovertible que ya se vislumbra el camino que ha tomado la tecnología en estos días y por lo tanto ya se puede evaluar cual ha sido su afección en la humanidad por ejemplo el incremento de la producción en las industrias merced de mejor tecnología ha desplazado del proceso al trabajo intelectual en ciertas aéreas, tal como la maquina lo hiciere a su tiempo con el trabajo físico esto ha favorecido al incremento en la explotación irracional de los recursos lo que por ende se traduce como contaminación en detrimento de la naturaleza. Otro aspecto a considerarse es la posesión de la tecnología, que ciertamente no es patrimonio común y su distribución no ha alcanzado a todos los sectores de la sociedad como tampoco a los países en desarrollo, al menos no en el sentido de lo deseado. En el ámbito de la medicina los logros son notables, han permitido mejorar la calidad y expectativa de vida en las personas, el desarrollo de la genética que tantos beneficios pero también dudas ha despertado. El apogeo de los medios de comunicación que permite conocer los por menores suscitados en cualquier lugar creando una total comunión del mundo, además de redes de información como internet que posibilitan el acceso fácil al saber, a la par que sirve de enlace comunicacional para los usuarios con todo lo que esto implica, la invención del celular, etc. Los medios de transporte han aprovechado la tecnología al máximo, de manera que el mundo entero está bajo su alcance y cada vez más, tiempo y espacio son vulnerados.

Para finalizar sin espacio a la duda la humanidad es cada vez más dependiente de la tecnología, a pesar de que lo ideal sería lo inverso.

1.3 EL NEOLIBERALISMO.

El neoliberalismo es un modelo político económico de carácter controversial debido a que no existe una definición exacta y los criterios al respecto son diversos en razón a la amplitud de filosofías políticas existentes y como estas han constituido verdaderos híbridos dependiendo de la confluencia de una y

otra doctrina que las hace particulares en su expresión y visión respecto del modelo en alusión, de todas maneras se puede rescatar factores comunes tanto de la teoría como de la práctica sirviéndonos de los estados que lo han implementado.

El neoliberalismo, es un neologismo que según los economistas no responde a ninguna escuela definida, en todo caso es incontrovertible que es una visión de carácter económico primordialmente pero también político de conducir el estado y en consecuencia a la sociedad. El término sugiere “nuevo liberalismo” y parece hacer referencia a las posturas del ultraliberalismo enunciadas principalmente por la escuela neoaustriaca en sus más destacados baluartes, Ludwig Von Mises, Friedrich Von Hayek, entre otros quienes imparten la teoría de un estado mínimo, descentralizado y con potestad jurídica para resguardar el libre intercambio además de proteger los derechos de propiedad que vale comentar son los únicos derechos existentes para esta corriente.

Se cimienta sobre la base del individualismo y la moral considerando que la superación personal y la consecución de los diferentes intereses por parte de cada particular a más de ser lo deseable es la mejor forma de progreso, ya que el crecimiento individual es motivante y el hombre como ser racional busca su felicidad, aquello es consecuencia de que el conglomerado busque su propio bienestar solo limitado por el derecho ajeno de esta manera se instaura la competencia entre todos por progresar y en suma todas estas realizaciones constituyen la felicidad de la mayor parte de una sociedad tal como lo enuncia el utilitarismo.

Económicamente sugiere como corolario el “laissez faire” (dejar hacer, dejar pasar) lo que significa total libertad de planificación, producción de bienes y servicios así como libertad de circulación de estos desmantelando las barreras ficticias que suponen las fronteras sobre todo en lo arancelario. Pero de manera más profunda este principio trata de oponerse a la planificación de la economía por considerarla inconveniente, pues es tan complejo el conocimiento del mercado que esta fuera del alcance del más sabio de los hombres por lo que lo ideal es que sea el mercado quien por intermedio de sus

leyes rija la economía y por ende los capitales privados nacionales como transnacionales en suma, de acuerdo a sus necesidades quienes planifiquen su producción lo que dio lugar a la sustitución del estado por el mercado, fragmentando la soberanía de manera significativa en lo económico como en lo político. Forma parte del neoliberalismo la política de reducción del estado – iniciativa a la que se le denominó “modernización del estado”- la que consiste en privatizar o vender las áreas estratégicas en el campo de la industria, de los bienes y servicios que eran monopolio del estado como las fuentes de energía, la educación, la salud, la cultura, vivienda, agua, transporte entre otras a capitales privados nacionales o multinacionales acompañada de una desregularización o flexibilización legislativa sobre todo en lo laboral, ambiental y tributario en desmedro de los derechos económicos sociales y culturales.

Se impulsa la anulación de los programas sociales y en general del gasto público, es por aquello que el neoliberalismo se le considera como una respuesta, un arremetimiento vehemente contra el estado intervencionista o de bienestar este modelo alcanza su apogeo después de concluida la segunda guerra mundial. En los años cincuenta y sesenta, se agudiza el capitalismo financiero con la debacle de los regímenes socialistas soviético; y de Europa oriental en los noventa con la caída del muro de Berlín lo que consolida el modelo por la carencia de alternativas económicas que garanticen la justicia social y en cierta forma un contrapeso al desarrollo de los más aptos, que provoco diferenciaciones marcadas y desigualdades entre unos y otros sectores.

1.4 LA GLOBALIZACIÓN.

La globalización es un fenómeno de amplia gestación a través del tiempo y la historia. Es resultado de la evolución del hombre y las sociedades en todos los campos. Así por ejemplo para hablar de un mundo integrado no podemos perder de vista el descubrimiento de América, pero de forma más esencial y cíclica, el desarrollo entre las fases que contienen el amplio espectro de

elementos que constituyen este fenómeno, por ejemplo están las etapas del desarrollo capitalista:

La primera fase se habría dado con el mercantilismo, por la aceleración del intercambio de mercancías, dinero y gente entre dos o más países (internacionalización); la segunda correspondería a la transferencia de recursos de una economía a otra, consiste en el establecimiento de capacidades de producción (multinacionalización) ; y la tercera ya completaría los procesos anteriores, como consecuencia del establecimiento de una multiplicidad de encadenamientos e interconexiones complejas entre estados y sociedades, entre corporaciones transnacionales y organismos multilaterales (globalización).⁶

Sin embargo es preciso comprender que todas estas etapas conllevan implícita la globalización en menor o mayor grado.

Los individuos y sociedades de diferentes latitudes impulsado por las transformaciones tecnológicas, comunicacionales y de información que no son nuevas, sino cada vez más eficientes desde la primera revolución industrial hasta la revolución tecnológica desembocan en el desvanecimiento de las distancias y la congruencia del mundo en una especie de comunidad mundial, esto producto de las telecomunicaciones que permiten una interacción directa entre las personas desde cualesquier lugar del mundo; de medios de transporte que posibilitan el traslado de bienes y personas a través del mundo; de redes cibernéticas que ofrecen un flujo para la información como para las transferencias del mercado financiero, las veinte y cuatro horas del día. De modo que tiempo y espacio tienen un carácter casi despreciable en la práctica y sin lugar a la duda nos encontramos en la presencia de un mundo más íntimo e interconectado entre sí, donde las personas así como los Estados empiezan a integrarse y buscar coincidencias más allá de las fronteras. Cabe agregar que de todas formas los temas más sensibles en este acercamiento mundial es el económico, social, cultural y político, aunque no son los únicos, pero de una u

⁶ Jürgen Schuldt. Globalización: Mito y realidad, Editorial Trama Social Ecuador 1998 Pág. 15

otra manera han trascendido por la importancia de estos en el desarrollo social y por los problemas que suponen para las naciones-estado y sus particulares modelos políticos, pues la globalización parece ser unísonamente compatible con el modelo neoliberal, en consecuencia aquello ha llevado a la homogeneización en la apertura y liberalización de la economía y de las fronteras sobre todo en los países en vías de desarrollo, que para poder acceder al tren de la globalización y que circulen libremente los capitales y los medios de producción se han visto constreñidos a la implementación de estas políticas, lo que en la posteridad ha sido motivo de una pérdida mayor de la soberanía en lo económico y lo político a beneficio de las grandes potencias económicas estatales y/o federales así como a las más poderosas transnacionales, que en gran medida trazan e influyen en los designios del mercado y de alguna manera han sido las que más provecho han obtenido de el fenómeno globalización, eso sí, despertando muchas fricciones y tensiones por la voraz competencia y la sequía de escrúpulos entre ellas y para con las demás naciones, sin que aquello signifique que los países con menor influencia en el nuevo orden mundial no puedan beneficiarse si aplican políticas adecuadas, pues la globalización no es un orden dado y estático, todo lo contrario es un proceso dinámico que inmiscuye a la humanidad en conjunto, a los estados, a las organizaciones regionales y universales, los mismos que tienen la posibilidad y el reto de injerencia en la evolución y destino de este fenómeno, que no es unitario ni unilateral, sino por el contrario múltiple y multilateral, (el reto es la multilateralidad en la arena internacional) como a la vez complejo, en palabras de Miguel Carbonell:

“La globalización, en singular, no existe. Se simplifica para abreviar, pero a poco que se repare, cualquiera se dará cuenta que, en realidad, no hay una sino varias globalizaciones, cada una de las cuales obedece a su propia lógica y a sus propios ritmos”.⁷ En acotación a la cita, cada una se encuentra más o menos desarrollada, así como, impronta cada una, consecuencias distintas, en las cuales todos tenemos responsabilidad. Verbigracia de aquello, la

⁷ Miguel Carbonel y Rodolfo Vásquez, Globalización y Derecho, Serie Justicia Derechos Humanos , Ecuador 2009, Pág. 20.

globalización comercial (bastante desarrollada) y en oposición, la globalización ciudadana (en desarrollo, pero todavía no en la medida de lo deseable, necesitamos un mundo más cosmopolita).

Sin embargo, esta congruencia del mundo por intermedio de sus civilizaciones, no solo acarrea prácticas de convergencia supranacionales, como el fenómeno lo sugiere a priori, sino también es escenario de divergencias domésticas en cada estado. Las primeras se constatan quizá como resultado de la aspiración o tendencia de simplificación connatural de los hombres, expuesto por el Dr. Pedro Fernández de Córdova quien manifiesta:

*Simplificación implica una reducción, una concentración de aquello que se encuentra disperso dentro del universo, que se presenta como heterogéneo, pero que, gracias a la observación, unas veces espontánea, otras ocasiones premeditada, se logra encontrar relaciones, parentescos entre los diversos objetos, lo cual permite, cuando menos intentar su homogenización, su unificación.*⁸

La tendencia de simplificación, se presenta en el campo de lo jurídico, donde la aspiración es, consolidar un solo derecho a escala global, un buen ejemplo de ello, es la declaración universal de los derechos humanos, que independientemente de la familia jurídica que ostenten los diferentes países de la comunidad internacional, la han acogido como un acuerdo mínimo y una base sobre la cual edificar su propio derecho.

Las últimas por su parte, se manifiestan, con reivindicaciones de minorías, comunidades y colectivos que propenden fortalecer su identidad como blindaje a las influencias externas, que cada vez son mayores.

Es decir, las globalizaciones, suponen una dinámica en doble flujo de forma ascendente pero también descendente, lo que las vuelve fenómenos complejos y nada sencillos de definir, si se lo asume con seriedad.

⁸ Pedro Fernández de Córdova Álvarez, Estudios de derecho Comparado, Corporación de Estudios y Publicaciones, Pág. 1

A todas luces es innegable, que uno de los efectos, de los tiempos actuales (globalización comercial), es el consumismo, el cual ha incrementado notablemente por la expansión del mercado, asistido por el marketing que crea un mercado de consumo de masas, que inclusive influye con patrones culturales en este aspecto y esto se ha evidenciado en una superproducción, la misma que empieza a dejar huellas marcadas en el ambiente y en los recursos no renovables. Efectos de incidencia global y que producen perjuicios a todos los pueblos de la humanidad, inclusive en ámbitos impensables. Esto es una prueba, de que, las preocupaciones y problemas también poseen tintes globales y como tales, ya no pueden ser asumidos desde una postura aislada o unilateral, sino conjunta y multilateral.

CAPÍTULO II

2. LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN.

2.1. CARACTERIZACIÓN GENERAL.

Como consecuencia de la especificidad postmoderna y de la evolución histórica actual de la humanidad surge la inevitable maduración y renovación del derecho bajo el tenor de aquella carrera frenética y perenne de esta materia por mantenerse a la par de las necesidades nacientes de la convivencia y vivencia del hombre a través de tiempo y espacio. Es así, que emergen como la luz del alba, los derechos humanos de tercera generación o derechos de los pueblos, y en particular los derechos difusos, que son motivo de la presente investigación, los mismos que llevan intrínseco una nueva savia de carácter colectivo, ajena a todas las concepciones de derechos humanos anteriores. Si los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales guardan como destinatario o titular de este derecho al individuo como tal o por su rol en sociedad respectivamente, estos nuevos derechos apuntan a colectividades no siempre fáciles de determinar tales como: pueblos, naciones, estados e inclusive la humanidad en virtud de una identidad o pertenencia en ésta de las personas, para ser sujetos activos y pasivos de esta relación, característica sui generis en la materia, amén de la complejidad propia que envuelve a esta categoría de derechos.

Sobre la base de que los derechos humanos se encuentran clasificados en generaciones muchos autores y doctrinarios han relacionado la aparición de cada una de estas, a los preceptos inspiradores de la “Revolución Francesa” *“apartando el concepto de libertad para los de primera generación, de igualdad para los de segunda y de fraternidad para los de tercera”*.⁹

Los derechos de tercera generación en efecto son derechos de fraternidad, por la carga enorme de solidaridad que llevan implícita para ser declarados, reconocidos, garantizados y puestos en práctica, pues proclaman un bagaje de

⁹ Teodoro Ribera Neumann y Hernan Viguera Figueroa. Los Derechos de la Tercera Generación, Boletín Informativo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. N° 182 junio del 2001.

derechos desinteresados, donde los seres humanos, actúen como verdaderos hermanos independientemente de las diferencias de conciencia, económicas y de nacionalidad, pues es imperativo la acción conjunta, interrelacionada y el auxilio de unos a otros para la realización eficaz de estos derechos, en definitiva el propósito es mitigar los graves problemas que en la actualidad nos aquejan como humanidad, *“el hombre es algo sagrado para el hombre” Seneca*. Es decir sin más interés que el de velar por un mundo mejor para la única raza existente, la humanidad.

2.1.2. DERECHO DIFUSO

Son derechos que se caracterizan por ser propios de un número de personas incuantificable o indeterminado por este hecho se denominan difusos, es decir por la complejidad de identificar a sus destinatarios, mas no por otras razones.

Acosta Estévez define interés difuso como “el interés propio jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos, desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales”.¹⁰

En términos del profesor español Francisco Fernández Segado, no se caracterizan ni se diferencian de los derechos colectivos e individuales en cuanto su contenido sino en cuanto sus titulares. Así, mientras respecto de los derechos colectivos se puede identificar el grupo que ejerce dichos derechos, y a los que afecta su vulneración, ello no ocurre respecto de los derechos difusos.¹¹ (pues se trata de un colectivo indeterminable y difícil de abarcar o delimitar, es un derecho disperso en muchas personas)

¹⁰ María Paz Ávila Ordoñez y María Corredores Ledesma, Los Derechos Colectivos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Pág. 307.

¹¹ Rafael Oyarte Martínez. La Acción de Amparo Constitucional. Fundación Andrade & Asociados, Ecuador 2006, Pág. 49.

El protagonismo y responsabilidad de los derechos difusos les corresponde a los países en vías de desarrollo o a los del sur y es tal vez por ello, que no se les ha concedido el énfasis necesario para que se encuentren en plena vigencia, toda vez que la influencia en el orden mundial, no les favorece y es aquello lo que precisamente por este medio se busca reivindicar, a pesar de que ya han sido declarados en unos y otros instrumentos por la Organización de Naciones Unidas, para citar un ejemplo, el 04 de julio de 1976 se declaran los Derechos de los Pueblos. No existe un tratado con fuerza jurídica que los acoja, sin embargo, es importante que se encuentren en la palestra, aunque en estatus nascendi y en proceso de formación o desarrollo. Cabe resaltar que es emergente la vigencia de los mismos ya que son básicos para que se pueda llevar a cabo el disfrute de los derechos de primera como de segunda generación, pues indiscutiblemente son parte de un todo indivisible y ya es impostergable el respeto a ellos, para mencionar un caso, la protección a la naturaleza, exige acciones inmediatas para remediar los daños provocados, puesto que sin ella nada existiría, el peligro es evidente y latente, la vida del planeta se encuentra en una encrucijada que no admite vuelta atrás.

2.2. CARACTERIZACIÓN ESPECÍFICA.

Los derechos humanos de tercera generación no se encuentran totalmente delimitados ni estrictamente singularizados y ello debido al estado de gestación en el que se hallan, esto no obsta para que ya se pueda realizar una clasificación de los mismos pues su construcción avanza con firmeza y a partir de allí ya se avizoran las directrices y el camino para seguir en miras a la consolidación de estos nuevos derechos. Es importante señalar que cada uno de estos derechos entraña en sí un amplio contenido e interconexión con una inmensa gama de fenómenos sociales por lo que se vuelve imprescindible y obligatorio un desarrollo integral como omnicomprensivo de estos.

Son derechos de tercera generación:

- El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

- El derecho al desarrollo.
- El derecho al patrimonio común de la humanidad.
- El derecho a la paz.
- El derecho a la asistencia humanitaria.
- El derecho a la información.
- El derecho de los consumidores.

2.3. DENOMINACIONES COMUNES A LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN.

Existe una gran variedad de denominaciones con las que se hace referencia a los derechos de tercera generación. De manera que dependiendo del tratadista o las preferencias de quien los enuncia, los apelativos con que se los identifican también varían como por ejemplo:

“derechos de solidaridad”; “derechos de los pueblos”; “derechos de vocación comunitaria”; derechos de cooperación”; “nuevos derechos humanos”; “derechos colectivos de la humanidad”; “derechos de fraternidad”; “derechos de las nuevas generaciones”; “derechos difusos”; “derechos de las generaciones futuras”.

Todos estos conceptos con que se les conoce a los derechos en estudio son aceptables, pese a ello, la de mayor admisión por la doctrina es la de “Derechos de Tercera Generación” y para el efecto que nos ocupa es arto adecuado en tanto que lleva implícito un orden cronológico fiel a la historicidad de la materia y sus progresos. Quienes simpatizan con la clasificación por generaciones también los denominan “derechos de solidaridad” por las razones ya explicadas anteriormente y por demás justificadas. En adelante puede aparecer cualquiera de estos términos para hacer mención de los derechos en cuestión, sin desaprobando lo precedente, sino más bien con la finalidad de evitar las tediosas redundancias, eso sí distinguiendo que en los derechos de tercera generación, se encuentran dos tipos distintos de derechos, los colectivos y los difusos.

2.4. ENUNCIACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DIFUSOS.

He aquí una enunciación de los derechos difusos que se consideran de mayor trascendencia en el mundo jurídico, recalcando que la misma no busca agotar ni desarrollar en su totalidad a los mismos, sino a los más cercanos a nuestra legislación.

2.4.1. DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO.

Es un derecho muy complejo de abordar por sí solo, ya que es inseparable de otros y es lo que precisamente lo vuelve extenso.

Lo cierto es que el desarrollo cruento de las industrias a la par del consumo, sobre todo en los países desarrollados, ha dejado un nefasto estigma en la naturaleza, fuente de los recursos que se emplean para esta actividad, pero sobre todo albergue de la humanidad y demás seres vivos. Menoscabando las condiciones de vida de los pueblos en general, que hoy pagan el costoso precio del negligente y abusivo trato al que por dos siglos y algo más se le sometió al medio ambiente (planeta). Bajo este apremio surge el imperativo de aplacar los daños y efectos medioambientales que ya son evidentes en todas las formas de vida. Por lo que se reconoce como una necesidad de la humanidad; la preservación y restauración del ambiente, la naturaleza, de la biodiversidad y los ecosistemas; el derecho al goce y disfrute de un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice a las personas una vida plena y de calidad. Esto significa el acceso a alimentos sanos, a un aire puro, agua no contaminada, suelos fértiles y entornos naturales donde convivan especies animales, vegetales con el hombre. Manteniendo presente que el medio ambiente es un patrimonio de la humanidad, pero no de libre disposición, sino de uso responsable y de tutela en favor de las generaciones venideras. Éste se halla compuesto por dos elementos preponderantes, ecosistemas y biodiversidad.

ECOSISTEMAS.-“Son el conjunto de relaciones e interacciones entre las plantas, los animales y los microorganismos y los de éstos con el entorno físico en que viven”.¹²

BIODIVERSIDAD.- Con la palabra biodiversidad se designa, en ecología el conjunto y variedad de los genes, las especies animales y vegetales y los microorganismos de una región, que son el fruto de millones de años de evolución y de centenares de miles de años que el hombre ha dejado la impronta de su acción en la naturaleza en su continuado esfuerzo de adaptarse a ella y dominarla.¹³

Una definición importante de Biodiversidad y de Ecosistemas, la cual es de aceptación indiscutida, es la que proviene del Convenio de Diversidad Biológica, el texto es el siguiente:

Por "**diversidad biológica**" se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.¹⁴

Por "**ecosistema**" se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que Interactúan como una unidad funcional. ¹⁵

La Constitución del Ecuador reconoce este derecho en varios artículos, por ejemplo en los artículos catorce y quince. Lo abala en justificación del buen vivir resaltando el derecho en conexión con la calidad de vida de los individuos y deslindándolo de la salud como único fin de este derecho que era la manera

¹² Ernesto Rey Cantor.; María Carolina Rodríguez Ruíz. Las Generaciones de los Derechos Humanos. Libertad- Igualdad-Fraternidad. Pág. 229.

¹³ Ernesto Rey Cantor.; María Carolina Rodríguez Ruíz. op. cit, pág. 230.

¹⁴ Convenio Sobre la Diversidad Biológica, Organización de Naciones Unidas 1992, Art. 1

¹⁵ Ibídem, Art. 1

en que antes se le atribuía justificación por parte de la doctrina. A continuación rezan las disposiciones del Artículo 14 de la Constitución.

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

*Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad, y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.*¹⁶

Además existen varios tratados internacionales que abarcan y desarrollan el derecho al medio ambiente, entre los que se encuentran:

La Conferencia de Estocolmo de 1972, Sobre el Medio Ambiente; El Protocolo de Kioto; La Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos; La Conferencia de Río de Janeiro de 1992, llamada Cumbre de la Tierra; entre otros.

El Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos manifiesta que: “Todo pueblo tiene derecho a la conservación, la protección y el mejoramiento de su medio ambiente”.¹⁷

El derecho al medio ambiente, es un derecho difuso, en el cual tanto el sujeto activo como pasivo son las colectividades, los pueblos y el estado o estados (comunidad internacional). Tanto los unos como los otros aparecen empoderados de las dos calidades según las circunstancias.

2.4.2. DERECHO AL DESARROLLO

El derecho al desarrollo es el que tienen las personas y los pueblos para mejorar su condición de vida de acuerdo a sus aspiraciones, necesidades y

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, Lunes 20 de octubre de 2008, Art.14

¹⁷ Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos, Argel 04 de julio de 1976

valiéndose de sus conocimientos y el perfeccionamiento de ellos para sacarle el máximo de provecho a su hábitat o entorno y encontrarse en una situación ventajosa dentro de la misma, lo que permite la realización de las expectativas, el dominio propio de sus vidas y en fin una mayor satisfacción. Adicionalmente bajo las realidades actuales que contextualizan estos derechos, desarrollo supone la racionalización, planificación de los procesos al servicio de una nueva perspectiva que es la sostenibilidad, pues hoy qué duda cabe, lo que nos preocupa es el replanteamiento del desarrollo como de la producción, con un énfasis especial en el desarrollo industrial que es uno de los que más impacto ambiental y a la vez global provoca.

Por lo tanto es evidente que el desarrollo que se busca respaldar y preconizar no responde al mismo que consolidó a las actuales potencias económicas como tales, todo lo contrario esos procesos son impracticables, pues estos son los que han situado en jaque el desarrollo de los demás pueblos que en el presente deben lidiar con tierras infértiles, un clima inhóspito para la agricultura, aguas contaminadas, etc. En otras palabras ese tipo de desarrollo a la larga es el principal impedimento para el desarrollo ya que está concebido para satisfacer las utilidades y aspiraciones económicas, mas no las necesidades, ello provoca un maltrato desmedido de la naturaleza que pierde su capacidad para mantener un margen estable de producción. Es decir el derecho humano difuso en alusión es el –derecho al desarrollo sustentable- que no es otro que aquel que permite las mejores condiciones de vida del hombre y de las sociedades, haciendo uso de la explotación racional de los recursos en disposición, para la satisfacción de sus necesidades, sin poner en compromiso los recursos que permitan la estabilidad y desarrollo de las generaciones venideras. Para ello es indispensable la generación de combustibles biodegradables que sean los nuevos motores de la industria, un manejo adecuado y minoración de desechos, así como reducciones de consumo. Pero es aun más importante el privilegiar el desarrollo humano, por medio de la cultura, de la ciencia y de la conciencia en aras de un mundo mejor. La definición de desarrollo sustentable más aceptada por la doctrina es la siguiente: *“Es aquel desarrollo que satisface las necesidades del presente sin*

comprometer las habilidades de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades”.¹⁸

En torno al derecho aludido, se encuentran varias resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, que reconocen “al desarrollo” como un derecho humano, además en la posteridad se han realizado algunas declaraciones siendo la primera de fecha 04 de diciembre de 1986, a la que le siguieron, la declaración de Río de Janeiro de 1992, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en junio de 1993, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrada en el Cairo en 1994, la Cumbre sobre Desarrollo Social, celebrada en Copenhague en marzo de 1995 y otras más que lo reafirman en la arena internacional, aún cuando todavía no existe un documento de carácter vinculante. De todas maneras no es estéril el trajinar de este derecho ya que ha emergido firmemente consolidándose y estructurándose en lo teórico, producto del intenso debate. Es así como el principio 3 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medioambiente y Desarrollo de 1992, recoge el derecho al desarrollo de la siguiente manera:

“Principio 3.- El derecho al desarrollo debe ejercerse de forma que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.¹⁹

Además la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986 en el Art. 1.1 establece:

El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y

¹⁸ Informe de la Comisión Mundial sobre Medioambiente y Desarrollo (Comisión Brutland). Nuestro futuro Común 1984.

¹⁹ Declaración sobre Medioambiente y Desarrollo, Río de Janeiro 1992.

libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él²⁰.

Es por ello que de alguna manera puede hablarse de la positivización del derecho al desarrollo y de su categoría de derecho humano.

En el Ecuador, se reconoce el derecho al desarrollo, en su más amplio espectro, es decir como piedra angular o punto confluyente de todos los derechos consagrados en la Constitución de la República, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales; en definitiva como un derecho aglutinador o sintetizador del universo de derechos humanos. Es en razón de aquello, que la Constitución de la República vigente contiene todo un título con seis capítulos, destinados a consolidar, delimitar y hacer efectivo el derecho al desarrollo. (Título VI Régimen de Desarrollo). El Artículo 275 Capítulo primero Principios Generales, del Título VI Régimen de Desarrollo, de la Constitución de la República del Ecuador, es muy elocuente al respecto y en gran medida es un compendio de todo lo que significa y se encuentra en torno del derecho al desarrollo en la legislación ecuatoriana.

Art. 275.- *El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay.*

El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.

El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan

²⁰ Declaración sobre el Derecho al Desarrollo; resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986

*responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.*²¹

Es manifiesto que el artículo precedente reconoce al desarrollo como el punto de convergencia del sistema económico, político, socio-cultural y ambiental, los mismos que deben conjugarse con la finalidad de garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, denominados derechos del buen vivir, lo que a su vez persigue potenciar las capacidades de la población. Sin embargo, a pesar de que el énfasis parece encontrarse en los derechos del buen vivir, también es de resaltar que en el inciso segundo del mismo artículo se justifica la planificación del desarrollo por parte del estado como medio para garantizar la realización de los derechos, de los objetivos del régimen de desarrollo y de los principios consagrados en la Constitución de la República, cuando se hace referencia a los derechos se lo hace genéricamente es decir sin distinción y más bien recalando que son todos aquellos consagrados en la constitución, lo cual es acertado pues es elemental la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos, de manera que son los derechos humanos en conjunto el objeto de realización del desarrollo. Sin perjuicio de lo anterior el Art. 395 numeral 1 de la Constitución del Ecuador deja constancia de la implementación del desarrollo sustentable como modelo de progreso en el Ecuador

Art. 395 No. 1.- El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

²¹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, Lunes 20 de octubre de 2008, Art. 275.

2.4.3. DERECHO AL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD

El derecho al patrimonio común de la humanidad, supone el reconocimiento de la existencia de bienes de trascendencia y significativa importancia para el género humano, los mismos que no son objeto de apropiación -res nullius- tanto por parte de los Estados como de personas y por este hecho al no ser de propiedad de nadie mantienen un carácter simbólico y sui generis de pertenencia a todos quienes forman parte de la humanidad, así como a las generaciones futuras.

La palabra patrimonio ha sido objeto de variadas discusiones y definiciones por parte de la doctrina, sin embargo, sería estéril profundizar en ello por cuanto en el concepto “patrimonio común de la humanidad” su significado es el más obvio y para el efecto lo que interesa es, entender que el patrimonio es aquella aptitud humana para hacerse de un acervo compuesto por bienes materiales e inmateriales. Por otra parte el concepto en tratamiento también se refiere a que dicho patrimonio es de carácter objetivo o común a la humanidad es decir que lo generaliza para todos quienes pertenecen al género humano.

El patrimonio común de la humanidad, esencialmente se encuentra integrado por dos fuentes primarias que son el génesis de todos los elementos que lo nutren y son las siguientes:

- 1) Fuente Natural.- Es aquella que se materializa o existe producto de sus propias dinámicas. En ella subyace los siguientes elementos:
 - a) Los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de jurisdicciones nacionales.
 - b) Los recursos biológicos de alta mar.
 - c) La Antártida.
 - d) El espacio Ultraterrestre, la luna, otros cuerpos celestes y el espacio exterior.
 - e) Los elementos del medio ambiente que conciernen a todos los pueblos del mundo.
 - f) La diversidad biológica.
 - g) El clima del planeta.

- h) El genoma humano.
 - i) Los lugares naturales de belleza y valor excepcional, tanto por razones físicas, biológicas y de trascendencia científica, así como por ser hábitat de especies vivas en peligro
- 2) Fuente Cultural.- Es aquella que se consolida, existe o modifica producto de la injerencia del hombre ya sea por su mano o por su intelecto. En ella subyacen los siguientes elementos:
- a) Los derechos humanos.
 - b) Las obras intangibles, originadas en el intelecto como por ejemplo: la literatura, la música, la danza, la pintura, la ciencia, la filosofía y la religión.
 - c) Las obras tangibles como: los monumentos arquitectónicos, estructuras de carácter arqueológico u obras materiales del hombre, que denotan gran valor cultural, histórico, tecnológico y de trascendencia por su originalidad.
 - d) La identidad, costumbres y tradiciones que comparten diferentes grupos humanos.

El patrimonio delimitado precedentemente no es de carácter exhaustivo, aunque enmarca bastante bien en términos generales los elementos que edifican el patrimonio común de la humanidad.

El patrimonio común de la humanidad se encuentra inmerso en:

- Espacios de jurisdicción estatal.
- Espacios carentes de jurisdicción.

El derecho como tal, está concebido para proteger el patrimonio común a la humanidad, así como para garantizar y propender tanto el acceso cuanto el aprovechamiento de éste, a las generaciones presentes y futuras.

El patrimonio común de la humanidad se reconoció como derecho humano en la “Convención para la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, celebrada el 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972, en París”.

La Constitución de la república del Ecuador reconoce la existencia del patrimonio cultural y del patrimonio natural, además lo califica como inalienable, inembargable e imprescriptible así como la obligación y exclusividad por parte del Estado de gestionar, reconocer y proteger el mismo, en beneficio y aprovechamiento de las personas como de los colectivos. Aquello se recoge principalmente en el Art. 379 y Art. 404 del cuerpo legal antedicho.

2.4.4. DERECHO A LA PAZ.

Es un derecho fundamental, del cual es titular la humanidad en su conjunto. Es imperante delimitar la acepción paz, para efectos de entender que protección jurídica entraña este derecho.

La paz.- Es un estado de plenitud social, en el cual la humanidad en sus distintas esferas -nacionales e internacionales- encuentra las mejores condiciones y el clima propicio para realizarse y desenvolverse en armonía. Para que esta atmósfera de paz abrigue a las sociedades, es imprescindible la concurrencia irrestricta de factores como la justicia, el imperio de la juridicidad en conjugación directa con los derechos humanos, la igualdad, la tolerancia, el desarrollo, la educación y la libertad. Ello al a postre es la medicina que erradica el virus de la violencia en las personas y en sus manifestaciones traducidas en cualquiera de sus actos y por consiguiente en la arena internacional donde la interacción se produce principalmente de forma interestatal, pero no es sino, una proyección de la voluntad de los pueblos y de las personas que representan a los respectivos Estados. Es decir la persona como tal es el cimiento donde se ha de edificar la paz absoluta, quizá es más decidor el preámbulo de la Constitución de la UNESCO que manifiesta, *“las guerras nacen en las mentes de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz”*.²²

²² Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Londres 16 de Noviembre de 1945. Preámbulo.

Por lo tanto, siendo el campo de acción para el establecimiento de la paz la mente de las personas, es la educación la mejor manera de concretarla fomentando una cultura de paz.

La cultura de paz, es una tentativa -largamente tejida a lo largo de la historia, a través de cuyos hilos se ha conformado, parcialmente, un modo de organizar el mundo, basado en el derecho sagrado de vivir juntos- que se define como el conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida que inspiran una forma constructiva y creativa de relacionarnos para alcanzar –desde una visión holística e imperfecta de la paz- la armonía del ser humano consigo mismo, con los demás y la naturaleza.²³

Haciendo síntesis del significado paz, se lo puede expresar en una ecuación:

PAZ = JUSTICIA + AUSENCIA DE VIOLENCIA.

En el ámbito de lo internacional el derecho a la paz, encuentra asidero con la declaración misma de los derechos humanos, siendo la verificación y la suma de todos estos el aseguramiento y mayor testimonio de la paz, entendida esta última, como no puede ser de otra manera en su amplitud holística, pues el derecho a la paz como derecho difuso que es, comprime la totalidad de derechos fundamentales para verse realizado. Así también la Declaración Universal de Derechos Humanos se erige en una coyuntura que deplora absolutamente la guerra y sus horrores y por otro lado pretende el establecimiento perpetuo de la paz, es por ello que en su preámbulo se ubica a la paz, junto a la libertad y la justicia como fines y objetivos primordiales o como razón de ser de los derechos humanos consignados en la antedicha declaración. Igualmente la Carta de las Naciones Unidas manifiesta que la primera de sus finalidades es “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles.

²³ José Tuvilla Rayo. El Derecho Humano a la Paz en la Educación: Construir la Cultura de Paz. Pág. 2.

Sin menosprecio de lo precedente, es de relevar dos resoluciones que refieren el derecho a la paz, la primera es: la Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz, del 15 de diciembre de 1978; la segunda es la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, del 12 de noviembre de 1984. El artículo 1 de la primera declaración, es claro fundamento de la existencia del derecho a la paz, reza en los siguientes términos:

*Art. 1.- Toda nación y todo ser humano, independientemente de su raza, convicciones, idioma o sexo, tiene el derecho inmanente a vivir en paz. El respeto de ese derecho, así como de los demás derechos humanos, redundan en el interés común de toda la humanidad y es una condición indispensable para el adelanto de todas las naciones, grandes y pequeñas, en todas las esferas.*²⁴

En definitiva estas dos resoluciones desarrollan y trazan el derrotero del derecho que nos ocupa y por tanto lo consolidan con jerarquía de derecho humano. En la Constitución ecuatoriana vigente el Art. 393, de la Sección Undécima del Régimen del Buen Vivir, esboza muy bien el derecho a la paz, aún cuando no lo menciona como tal.

*Art. 393.- El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. La planificación y aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno.*²⁵

Del artículo anterior se puede colegir que el Estado garantiza la supremacía de la paz en todos los ámbitos de la vida de sus habitantes, procurando acciones que erradiquen por una parte la violencia y por otra fomenten la justicia y la paz mediante la educación, puntal primordial para la convivencia pacífica de la humanidad. Es claro además que se acoge el concepto de seguridad humana,

²⁴ Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz, del 15 de diciembre de 1978, Art. 1.

²⁵ Constitución de la República del Ecuador. Montecristi. Manabí. Art. 393.

que es acuñado en el derecho internacional, como uno de los ejes necesarios para fundar la paz en los pueblos. Sin embargo, la Constitución de la República en el artículo cuatrocientos dieciséis, numeral cuatro, es más clara y reza así:

Art. 416.- *Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:*

*No. 4. Promueve la paz, el desarme universal; condena el desarrollo y uso de armas de destrucción masiva y la imposición de bases o instalaciones con propósitos militares de unos Estados en el territorio de otros.*²⁶

2.4.5. DERECHO A LA ASISTENCIA HUMANITARIA

Es un derecho que, como los anteriores, demanda la solidaridad de la comunidad internacional. Sus titulares son aquellas personas que, se encuentran en una situación de vulnerabilidad, de grave peligro, o que han sido víctimas de enfermedades, heridas u otros perjuicios, ya sea en razón de conflictos bélicos, desastres naturales o por otros acontecimientos calamitosos. Situación que les faculta para exigir y recibir asistencia inmediata y eficaz, que satisfaga sus necesidades apremiantes, cuando éstas no pueden ser asumidas por sí mismos o por los estados a los cuales se pertenecen, sin que se haga discrimen alguno, basándose en su condición, ya sea por motivos raciales, religiosos, de género, etcétera. De igual forma, tienen derecho a este tipo de asistencia, las personas que encuentren razones fundadas para temer por su vida o por la inminencia de las condiciones antes detalladas, que puedan situar en peligro su integridad.

El derecho a la asistencia humanitaria, tiene campos de acción distintos, para el efecto son dos:

²⁶ Constitución de la República, Registro Oficial No. 449, Lunes 20 de octubre de 2008, Art. 416.

- 1) Asistencia humanitaria en tiempos de paz, donde la conmoción es proveniente, por cualquier causa ajena a un conflicto armado, por ejemplo, desastres naturales. El objetivo en este caso, del derecho de asistencia humanitaria, es precautelar los derechos fundamentales de las personas afectadas, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación y en fin la totalidad de estos.
- 2) Asistencia humanitaria en conflictos armados, donde la conmoción se da por causa de la violencia, intrínseca a la guerra. El objetivo del derecho de asistencia humanitaria, dentro de este contexto es el de precautelar los derechos humanos en forma limitada, ajustada a la realidad de la conflagración, para lo cual se busca hacer efectivo o viabilizar el derecho internacional humanitario, si se quiere, propender a la racionalización de la guerra, y dentro de ese marco desempeñarse. Aún cuando aquello suene a una paradoja. El marco y justificación jurídica son las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, como se las conoce y los tres protocolos adicionales, del 8 de junio de 1977, y del 8 de diciembre del 2005. Las mismas que tienen como finalidad atenuar o aliviar: la suerte que corren los heridos y enfermos, de las fuerzas armadas en campaña; los heridos y enfermos, de las fuerzas armadas en el mar; los tratos debidos a los prisioneros de guerra; la protección debida a los civiles, en tiempos de guerra.

El derecho a la asistencia humanitaria para su plena vigencia, requiere de la acción inmediata de cuerpos de socorro internacionalmente reconocidos y aceptados, que puedan interceder en cualquier situación, hasta el lugar mismo donde se encuentran en vulnerabilidad los derechos de las personas. Pero todavía más importante, es la acción directa del Estado, que es escenario de la conmoción que ha propiciado la necesidad de asistencia humanitaria, pues la celeridad es indispensable y clave bajo éste contexto.

En todo caso organismos imparciales como por ejemplo la Cruz Roja, están facultados para intervenir y brindar la ayuda correspondiente, en zonas determinadas, como de riesgo, para lo cual, las autoridades de los Estados que

se hallen en guerra o en catástrofe, prestarán las facilidades del caso, para que se realice la asistencia de índole humanitaria, aquello encuentra fundamento principalmente, en las Convenciones de Ginebra. Inclusive la Organización de las Naciones Unidas, les instará a ello, en caso, de manifiesta negativa por parte de los Estados de permitir la ayuda humanitaria.

En la Constitución Ecuatoriana el artículo cuarenta y uno y el cuarenta y dos, hacen referencia a la asistencia humanitaria, como un derecho humano, que se les reconoce a las personas que han sido desplazadas y por tanto refugiadas o asiladas en nuestro Estado. Esto dentro del ámbito de la movilidad humana.

***Art. 41.-** Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia.*

No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad.

El Estado, de manera excepcional y cuando las circunstancias lo ameriten, reconocerá a un colectivo el estatuto de refugiado, de acuerdo con la ley.

***Art. 42.-** Se prohíbe todo desplazamiento arbitrario. Las personas que hayan sido desplazadas tendrán derecho a recibir protección y asistencia humanitaria emergente de las autoridades, que asegure el acceso a alimentos, alojamiento, vivienda y servicios médicos y sanitarios.*

Las niñas, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, madres con hijas o hijos menores, personas adultas mayores y personas con discapacidad recibirán asistencia humanitaria preferente y especializada.

Todas las personas y grupos desplazados tienen derecho a retornar a su lugar de origen de forma voluntaria, segura y digna. ²⁷

2.4.6. DERECHO A LA INFORMACIÓN

Es la tutela jurídica, que garantiza a las personas el ejercicio y aseguramiento holístico de la comunicación. El proceso de comunicación implica la existencia de emisores y de receptores, así como de información, pero todavía más allá, implica la libertad de pensamiento, de expresión y tolerancia como pilares fundamentales en la construcción, en la búsqueda, en la recepción y difusión por cualquier medio, de la información. Cualquier persona puede participar en el proceso de comunicación y hacerlo de manera libre con acuerdo a sus creencias y sus preferencias, emitiendo y recibiendo ideas de distinta cualidad. Las condiciones enunciadas son requisito sine quanon, para cimentar la información per se, la misma que bajo este entorno debe ser plural, diversa, intercultural y libre de censuras, favoreciendo a la consolidación de una sociedad democrática.

El derecho a la información, es entonces, el resultado de la protección del proceso entero de comunicación e interacción social; pues no implica solo un derecho de crédito, es decir de recibir la información de un tercero, sino de participar en ella, recabarla y difundirla, sin límites fronterizos.

Para afianzar el derecho a la información, los Estados propiciarán el marco adecuado para el desenvolvimiento de la comunicación, con políticas tendientes a favorecer la creación de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios al servicio de la colectividad; espacios de participación ciudadana; el acceso a la información pública y de interés público (como

²⁷ Constitución de la República, Registro Oficial No. 449, Lunes 20 de octubre de 2008, Art. 41 y 42.

principio de legitimidad y de transparencia en la gestión y administración pública, pues, siendo la democracia el gobierno de todos, o de quienes integran el pueblo, es el pueblo quien debe vigilar y verificar si se está cumpliendo con su mandato y en último término, aprobarlo); el acceso a frecuencias del espectro radio eléctrico con igualdad de condiciones, eso sí, dentro de las disposiciones legales; y finalmente, pluralidad de formas de difusión, de manera que, la información pueda ser accesible a la totalidad de personas, sin impedimentos por cuestiones de discapacidad u otras. Por otra parte, se procurará el acceso a las tecnologías, que permiten el desarrollo de la información.

El derecho a la información, es de titularidad de la humanidad sin distinción, ni limitaciones de fronteras o consideraciones de distinta índole. Encuentra sustento internacional en la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el Art. 19; en la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, en el Art. 13; en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en el Art. 19, hallando en este último, una argumentación bastante generosa del derecho a la información, el mismo que se expresa en los términos siguientes:

Artículo 19

- 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
- 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
- 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Del artículo anterior se desprende la amplitud del derecho para crear, buscar, recibir y difundir información, sin limitaciones de ningún tipo, excepto por la reputación de los demás, la seguridad nacional, y el orden público, pero por sobre todo los derechos humanos. En consecuencia, solo encuentra restricción el derecho aludido, en las excepciones en este párrafo puntualizadas.

La Constitución ecuatoriana, en el capítulo II, Derechos del Buen Vivir, sección tercera, Comunicación e Información, articula razonablemente los dos elementos anteriores para consolidar el derecho que aquí tratamos, brindando asidero a lo afirmado en líneas anteriores y además asegura la realización de éste derecho humano, desde el artículo dieciséis hasta el artículo veinte, exaltando lo establecido en el artículo dieciséis y en particular en el artículo dieciocho numeral dos.

Art. 16.- *Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:*

1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.

2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.

3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.

4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.

5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.

Art. 18.- *Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:*

No. 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

Es importante el derecho instituido en el numeral 2 del Art. 18, que advierte la libertad de todas las personas para acceder a la información generada en las instituciones públicas y en todas aquellas que cuenten con capital público, inclusive aquella de carácter reservado o secreto, en caso, de violación a los derechos humanos -haciendo alarde de una Constitución garantista-.

Finalmente, la Constitución concede una garantía jurisdiccional, la acción de acceso a la información pública, contenida en su Art. 91 y que reza de la siguiente manera:

Art. 91.- *La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la*

*información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.*²⁸

2.4.7. DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Son un conjunto de normas, así como de políticas tendientes a regular y propender a un consumo responsable y sostenible. Para ello se delimita las relaciones entre, proveedores y consumidores tanto de bienes como de servicios, lo cual comporta deberes, obligaciones y responsabilidades para los sujetos intervinientes, eso sí, en pro y en defensa del consumidor, en razón de que, es el eslabón más débil de ésta relación y dentro del mercado, que tanto ha mutado, bajo la impronta de la producción moderna, esto es, bajo la influencia de la revolución tecnológica, la globalización y el neoliberalismo.

El consumo, es una actividad inescindible, para el hombre, pues toda persona, sin excepción, es consumidor y ocupa esta faceta en el ámbito comercial, por tal situación, es indispensable propender a la instauración de un consumo responsable, razonado, informado y saludable. Hecho que al mismo tiempo, exige del Estado, políticas, protección y tutela, por lo delicado de lo anteriormente detallado.

GARCÍA CANCLINI define al consumo como *“el conjunto de procesos socioculturales en los que se realizan la apropiación y los usos de los productos.”*²⁹

Consumidor, se dice de aquella persona, que adquiere un bien o un servicio con la finalidad de beneficiarse del mismo haciendo uso de este de manera directa y desvalorizándole con dicha acción, y a cambio ofrece un pago.

La ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en su artículo dos, inciso segundo. Manifiesta que es consumidor

²⁸ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, Lunes 20 de octubre de 2008, Art 16, 18 y 91.

²⁹ GARCÍA CANCLINI, NÉSTOR, Consumidores y Ciudadanos, conflictos multiculturales de la globalización, Grijalbo, México, 2000.

“toda persona natural o jurídica, que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor, dicha denominación incluirá al Usuario”³⁰

De lo expuesto, se puede inferir que el consumidor es toda persona que se hace de bienes o servicios, a cambio de un precio, pero como destinatario final, es decir para su uso exclusivo o el de sus familiares, en caso de ser una persona natural, y en el evento de ser una persona jurídica para el uso de la misma o de quienes se pertenecen a ella. Eso sí, evitando hacer giros comerciales con los bienes o servicios adquiridos, pues aquello lo convertiría en otro de los partícipes en la cadena de producción como oferente.

El antagonico del consumidor es el proveedor y se lo define como toda persona que ofrece bienes y servicios en el mercado, a cambio de una contraprestación, es decir por un precio, actividad que la ejerce con finalidades de lucro, exceptuando de esta última característica al proveedor público, que en todo caso no prescinde de una tarifa que compense su prestación. Al respecto la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en el artículo dos, inciso octavo establece que es proveedor:

“toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores por los que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión”³¹

En la relación proveedor consumidor, se prevé un desequilibrio, que desfavorece al último, por los siguientes factores:

1) Capacidad económica

³⁰ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Art. 2, Inciso segundo.

³¹ Ibídem, Art. 2, Inciso octavo.

- 2) Capacidad de negociación
- 3) Nivel de educación

Estas acentuadas diferencias entre las partes de interacción, hace imperativo la concesión de derechos al consumidor con el objetivo de equiparar la relación; y la imposición de obligaciones al proveedor encaminadas a frenar los impulsos intrínsecos de este, que por su naturaleza no son otros que los de un afán de lucro y de producción, inclusive sobre consideraciones humanas y ambientales. Teniendo además de los factores mencionados a su favor, uno de quizá mayor incidencia, la publicidad, misma que crea necesidades y provoca influencia en la psiquis del consumidor. (Muchas veces de manera engañosa)

Esa falta de poder del consumidor en la relación estructural frente a las empresas, que cada vez se presentan más complejas por su carácter de multinacionales o transnacionales, los contratos de adhesión que impiden una negociación justa entre las partes, los peligros a la salud, la diferencia exorbitante de recursos y en definitiva ese colectivo indefinido y virtual de consumidores a quienes se enfocan los bienes y servicios, propicia la instauración de los derechos del consumidor, como derechos humanos con la finalidad de disminuir las desigualdades del consumidor respecto del proveedor.

La Constitución de la República del Ecuador, reconoce los derechos del consumidor, como fundamentales en los artículos cincuenta y dos, cincuenta y tres, cincuenta y cuatro y cincuenta y cinco, los cuales en lo principal establecen que es un derecho de las personas contar con bienes y servicios de óptima calidad, así como a escogerlos con absoluta libertad; poseer una información clara y precisa, no engañosa (se sanciona la publicidad en este sentido) de lo que se oferta; recibir indemnización, o compensación por los daños o mala calidad de los bienes y servicios; la responsabilidad del Estado, por la ineficiente o defectuosa prestación de los servicios públicos, al igual que por la paralización de los mismos; y a la creación de asociaciones para la promoción, educación (orientada al fomento de consumo responsable y

sostenible), defensa y representación del consumidor en las instancias pertinentes.

El artículo cincuenta y dos, sintetiza los principales derechos aquí tratados y reza en estos términos:

***Art. 52.-** Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.*

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.

Además estos principios se encuentran extendidos y desarrollados en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

En el ámbito internacional existen diversos tratados que recogen los derechos del consumidor, pero se resalta, Las Directrices para la Protección del Consumidor, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en el año 1985 y ampliadas en 1999, que es la base sobre la cual se ha edificado las legislaciones latinoamericanas de protección a los consumidores y por supuesto la ecuatoriana.

CAPÍTULO III.

3. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LOS DERECHOS DIFUSOS.

3.1. LA RESPONSABILIDAD, DEFINICIONES Y ACEPTACIONES.

La responsabilidad, es una de las instituciones que mayores debates ha despertado en el ámbito jurídico, pues es una de las esencias mismas del derecho ya que su imperio le otorga a éste, la condición de orden regulador de la convivencia social o de norma para las conductas socialmente aceptadas, así como de represor de las conductas prohibidas.

La responsabilidad es aquel vínculo o atadura que las personas mantenemos respecto de nuestros actos o actividades para avalarlos, ya sea por mandato de una norma delimitada en unos casos o por normas no tipificadas en otros.

Suele ser clarificador en ocasiones, citar la definición de la o las palabras que componen ciertos conceptos jurídicos, con la finalidad de entender adecuadamente que representan, para este caso así se lo asume y para el efecto se trae a colación las acepciones que hace la Real Academia de la Lengua en torno a la responsabilidad:

“Estar uno obligado u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida”.

“Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”.

*“Asegurar una cosa haciéndose responsable de ella”.*³²

Una acepción jurídica la proporciona Bustamante Alsina, cuando manifiesta que, *“responder es dar uno cuenta de sus actos”.*³³

³² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

³³ Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General...*, cit. p. 67.

La responsabilidad en general, sin hacer consideraciones en materias, es el deber de responder que tienen las personas por sus actos, omisiones o ciertos hechos que producen daño en el patrimonio moral o material de terceros, y que además atentan y violentan el imperio del derecho, ya sea por el incumplimiento de una obligación de carácter privado (un contrato) o por el acaecimiento de un hecho dañoso en detrimento de terceros, ajeno a cualquier acuerdo privado, que causa perjuicio a los intereses de otros que merecen tutela jurídica, esto en atención al principio “neminem laedere”, que impone obrar de manera tal, que jamás causemos daños a terceros, en apego a las “normas de civilidad” que aludía Viney, que no necesariamente necesitan estar escritas o tipificadas como en materia penal, sin embargo, no es el único sustento para el razonamiento que antecede (derechos, leyes y reglamentos). La responsabilidad puede ser civil, penal, administrativa, etcétera y tiene como finalidad la atribución de los actos ilícitos, dañosos o cualesquiera que sean, a una persona determinada y por supuesto aquello trae como consecuencia la obligación de responder por las conductas ligadas al sujeto, verbigracia la recomposición de un menoscabo que le es atribuible a su acto, es decir tiene la cualidad de obligar a la persona respecto de sus actos u omisiones, elemento básico de justicia.

De acuerdo al criterio del Dr. Edgardo López Herrera, el deber de responder encuentra fundamento en lo siguiente:

“El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona.

La obligación de reparar el daño ha sido considerada por los autores como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal. El deber de responder que interesa a esta materia no

es el que viene impuesto por la moral o las creencias, sino el que impone el ordenamiento jurídico, el que reiteramos algunas veces puede conceder efectos a comportamientos que normalmente estarían regidos únicamente por la moral o la religión. En algunos supuestos este deber de responder surge de la actuación unilateral del individuo como cuando roba, o atropella a otra persona. En otros casos el deber es bilateral porque existe un pacto previo, el que se asimila a la ley (art. 1197 C.C.), porque para las partes tiene esa fuerza. En la compraventa el vendedor debe entregar la cosa y el comprador pagar el precio y responden el uno para con el otro si no cumplen con sus respectivas obligaciones.

Este deber de responder es parte de los controles que el derecho ejerce sobre los componentes de una sociedad. La forma de manifestarse estos sistemas de controles es muy variada, así pueden ser penales, civiles, administrativos, éticos, pero sin embargo todos tienen en común la existencia de dos elementos la ilicitud y la sanción, el “schuld” y el “haftung” de que hablan los alemanes o el “duty” y “liability” del “common law”. El presupuesto del deber vendría a ser la ilicitud, y la consecuencia la sanción”.³⁴

Es de importancia concatenar lo precedente con la disposición constante en el artículo mil cuatrocientos cincuenta y tres del Código Sustantivo Civil, que sustenta en forma legal lo explicado y es fundamento de toda obligación (su valor se encuentra en su generalidad) éste reza en los siguientes términos:

Art. 1453.- *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*

³⁴ Dr. EDGARDO LÓPEZ HERRERA. Introducción a la Responsabilidad Civil. Pág. 19.

*por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.*³⁵

De la norma expuesta ya se avizora la división de la obligación de responder, y aquella bifurcación de la responsabilidad merece ser cualificada para efectos de esta tarea.

3.2. Clases de Responsabilidad.

A saber, son dos las clases de responsabilidad jurídica existentes, reduciendo o alcanzando la máxima generalidad posible en la materia; estas son la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, las cuales para los propósitos aquí fijados es necesario desarrollarlas. Básicamente se encuentran separadas por la distinta proveniencia de la responsabilidad en uno y otro caso.

3.2.1. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

La forma en la que se incurre en responsabilidad, tal como se dejó anotado en líneas anteriores está dada por el incumplimiento de una obligación o por el cumplimiento defectuoso de la misma. La obligación puede desembocar de distintas fuentes, en el caso de la responsabilidad de tipo contractual que es la que se está desarrollando, la obligación inexecutada o ejecutada con defecto (generadora de responsabilidad) tiene origen y fundamento en una obligación primigenia establecida en un contrato, es decir en el acuerdo privado de determinadas personas que se infringe por sus agentes o uno de ellos y en consecuencia de tal infracción se debe responder.

La manera de reparar el daño va a variar de acuerdo a la característica del contrato, pues se debe tener en cuenta sí la obligación que dio lugar a la indemnización era de hacer, de abstenerse de hacer algo o de entregar y bajo esos presupuestos la ejecución de ésta va a variar conforme a lo establecido

³⁵ Código Civil, Art. 1453

en el Código Civil respecto del deudor quien es el llamado a satisfacerla, así encontramos los artículos:

Art. 1564 .- *La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.*

Art. 1569.- *Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:*

1.- *Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; y,*

2.- *Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.*

Art. 1571.- *Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.*

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al celebrar el contrato, estará el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a ejecución a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, será oído el deudor que se allane a prestarlos.

El acreedor quedará de todos modos indemne.³⁶

Además es relevante el hecho de que el incumplimiento de la obligación, imprime la presunción de culpa en la persona del deudor. Es decir que el acreedor, tan solo debe demostrar el incumplimiento de la obligación, para que

³⁶ Código Civil, Art. 1564, 1569 y 1571.

se presume la culpabilidad y por consiguientes la responsabilidad del agente deudor.

3.2.2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

Es aquella obligación de responder que se deriva de hechos perjudiciales e ilícitos, ya sea que estos se encuentren tipificados como delitos o no, o en fin de cualquier hecho, que se encuentra fuera de una relación contractual y que ofenda una norma legal y aquellas normas de orden social que impiden el daño a otros, las cuales son tan necesarias para la convivencia. Estos hechos y acontecimientos deben provocar un daño patrimonial o uno de tipo moral a un tercero y el fundamento de esta responsabilidad es la culpa (conforme la tendencia tradicional de derecho civil), entendida como el dolo, la negligencia o la impericia; como particularidad la culpa dentro de la responsabilidad extracontractual no hace consideraciones de grado o de medición, sino simplemente en abstracto.

La responsabilidad extracontractual, encuentra origen en los daños provenientes del cuasicontrato, del delito, del cuasidelito o en otros factores objetivos determinados por la normativa vigente. Por lo tanto su forma de indemnización también es distinta a la proveniente de un contrato, en tanto y en cuanto la reparación del daño no tiene origen en una convención, sino más bien se produce de hecho.

Alessandri la define como “la que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro... . No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella... . Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño”.³⁷

³⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo. Obra citada, pág. 42.

El Código Civil otorga responsabilidad en materia extracontractual en el artículo que sigue y reza en los siguientes términos:

*Art. 2214.- 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.*³⁸

Verbigracia: Una construcción en mal estado, se derriba y cae sobre el automóvil de una persona.

Finalmente la culpa dentro de la responsabilidad extracontractual, debe ser demostrada y probada por quien es el perjudicado, aquello en apego a la postura de responsabilidad subjetiva, que es la que ha imperado en el derecho civil.

3.3. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA.

3.3.1. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA.

Es aquella que tiene como fundamento la culpa, es decir que gira en torno a la verificación de la culpabilidad y yendo más allá, es la que depende de la conducta del autor del daño, es por ello que en el argot jurídico se le conoce también como responsabilidad por culpa, siendo evidente que para que nos encontremos frente a este tipo de responsabilidad no solo debe existir un daño plausible, sino también la posibilidad de atribuirle éste, a la culpa o dolo de una persona, distinta a la perjudicada.

De ahí que se instituyera como un principio básico de Derecho Civil y en específico de la figura de la “responsabilidad” el que “*no hay responsabilidad sin culpa*”³⁹, esta línea es la tradicional que ha mantenido el Derecho Civil. La justificación de esta postura es que solo se debe responder por aquellos actos

³⁸ Código Civil

³⁹ Mazeaud, Henri – León – Jean. Obra citada, pág. 91.

culpables y que por tanto son atribuibles a la conducta de una persona en claro ligamen moral de la responsabilidad.

Por lo tanto la responsabilidad subjetiva basada en la culpa puede originarse de fuente contractual, como extracontractual, con obvias diferencias pues en tratándose de un contrato, la culpa se presume y el único elemento que debe presentarse es el incumplimiento de la obligación, para el caso extracontractual deben concurrir los siguientes elementos: a) el daño, b) el actuar doloso o culposo del actor y c) la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto generador del daño.

En la responsabilidad subjetiva, “lo que predomina es la culpa, la responsabilidad individual, con el acento puesto en el sujeto dañador y no en la víctima. La responsabilidad civil según Ponzanelli no logra desembarazarse todavía de su dependencia del derecho penal y es vista como subsidiaria de aquella en una relación “edípica”. Son características de esta etapa el predominio de la función punitiva de la responsabilidad civil porque el acento no está puesto ni en la compensación de la víctima ni en la prevención de los ilícitos, por eso también la preeminencia de la culpa es casi absoluta”⁴⁰

CARGA DE LA PRUEBA

La carga de la prueba en la teoría aquí desarrollada, es de exclusivo ejercicio y obligación de la víctima, pues es el actor quien debe demostrar la existencia del daño y la culpa en que ha incurrido el demandado, justificando además el nexo causal entre los dos elementos anteriores. La regla en la línea clásica del Derecho Civil y que aún mantiene vigencia es esta.

⁴⁰ Dr. Edgardo López Herrera. Introducción a la Responsabilidad Civil. Pág. 30

3.3.2 LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA CON INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

No obstante de que en el Ecuador perennemente se ha aplicado la responsabilidad subjetiva con la carga de la prueba a cargo del accionante, en algunos casos, la Ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, sentó jurisprudencia muy interesante, que avizoraba cambios en la responsabilidad como se la aplicaba, ya que se ha invertido la carga de la prueba y le ha correspondido al demandado (autor del daño) demostrar que no actuó con culpa, porque ciertamente en la mayor parte de los casos para el accionante es más sencillo hacerlo, pues éste conoce el manejo técnico-científico de su actividad. No así a los afectados que inclusive no poseen los medios para tal propósito.

Un caso trascendente y que sentó un importante precedente en la jurisprudencia ecuatoriana, es el Caso Comité Pro Mejoras del Barrio Delfina Torres viuda de Concha versus Petroecuador y sus Filiales⁴¹, que por daños y perjuicios devenidos del desastre acaecido en la refinería de Esmeraldas en fecha 26 de febrero de 1998 por incendio de los materiales hidrocarburíferos, a causa de una ruptura del poliducto y oleoducto.

La primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional) hace un análisis de la institución de la responsabilidad civil en la legislación ecuatoriana, manifestando que es la responsabilidad subjetiva la única que reconoce el Código Civil y que esos son los lineamientos que ha seguido la jurisprudencia y que se requiere del factor de culpabilidad para que una persona pueda ser declarada responsable de un daño.

Sin embargo, la Sala considera que en muchos casos la demostración de la culpabilidad con la que ha actuado el agente gestor de un daño, es muy difícil y hasta imposible de probar para la víctima (demandante) y la carga depositada al accionante mediante el artículo ciento trece del Código de Procedimiento Civil, que establece que es el actor quien debe probar los hechos que afirma en su libelo de demanda. Con estos antecedentes se aclara que pese a que la

⁴¹ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10, Página 3011. Quito, 29 de octubre de 2002

responsabilidad subjetiva es la que se aplica al caso concreto, la Sala ha considerado la necesidad de revertir la carga de la prueba hacia la persona que se beneficia de la actividad riesgosa y por tanto es el accionado a quien le corresponde demostrar que el daño se dio por culpa de la víctima, por culpabilidad de un tercero o por fuerza mayor. En palabras distintas se le declaró la culpabilidad presunta al beneficiario de la actividad de riesgo.

Es manifiesto la manera en que la Sala ha tomado criterios que dan asidero a la responsabilidad objetiva, aunque en forma “limitada”. Lo importante es que la inversión de la carga de la prueba dentro de la teoría subjetiva en el Ecuador, trajo consigo cambios que ahora se han consolidado y que son necesarios

3.3.3. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

Haciendo uso de la propia designación de este tipo de responsabilidad se puede colegir que se basa absolutamente en la realidad de un hecho cierto, dicho de otra forma proscribire en absoluto cualesquier conducta o acción por parte del sujeto, entiéndase por ello culpabilidad, intencionalidad, dolo, etcétera, para atender y ligarse estrictamente al acaecimiento del daño, en consecuencia por la ocurrencia de éste, existe un damnificado a quien debe indemnizársele y poco importa si el hecho dañoso fue o no producto de la acción culposa del autor.

La objetivación de la responsabilidad ha venido ganando terreno en el ámbito jurídico contemporáneo, lo cual se entiende por los cambios estructurales que han marcado al mundo en distintas aristas, por ejemplo el vertiginoso progreso de la tecnología que ha desentendido de ciertas esferas al hombre, o que ha creado riesgos mayores para la humanidad (plantas atómicas, por citar un ejemplo) y que muchas veces sobrepasa la responsabilidad subjetiva que se ve muy limitada frente a situaciones en las que es complicado determinar si existió culpa, pero lo que es irrefutable son los daños que existen y deben ser efectivamente reparados por quien se sirve del riesgo o de la cosa y por quien la ley lo determine. Aquí el principio rector es, “a daño causado daño

indemnizado” en contraposición a la responsabilidad precedente. Existe la presunción de la responsabilidad, en relación del agente que ejecuta la actividad riesgosa o de quien deviene el daño.

Como en bastas ocasiones en ésta obra se sostiene, las realidades actuales de cambio socio económico, geopolítico y de vanguardia científica, son la razón de revolucionar la hegemonía del clásico modelo de responsabilidad civil en el derecho, que indubitadamente es extemporáneo y dar paso al desarrollo de la “responsabilidad objetiva” que todavía es joven en nuestro país (que por cierto en muchos países que siguen la técnica de la escuela francesa, ya se ha experimentado)

El reconocimiento e inserción de la responsabilidad objetiva, dentro del ámbito del medio ambiente en la Constitución de la República (derechos difusos) es trascendente y una puerta abierta al perfeccionamiento y exploración de ésta, la misma que se profundizará más adelante.

Es todavía de mayor importancia que la prueba en la responsabilidad objetiva sea de carga exclusiva del demandado para ciertos casos, es decir de la persona a quien se le vincula con el daño, lo cual es totalmente coherente por cuanto al no ser necesario la demostración de la culpa, lo único que se debe probar es que existió un daño y el accionado es quien debe justificar, que aquel daño se produjo por cualquier causa de las consideradas como eximentes de responsabilidad para este caso, tales como la culpa de un tercero, la culpa de la víctima y la fuerza mayor o caso fortuito, no obstante también la carga de la prueba puede recaer en la persona accionante o víctima de un daño concreto.

3.4. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LOS DERECHOS DIFUSOS, DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Luego de haberse analizado la responsabilidad jurídica como tal y cuáles son sus variaciones, es pertinente determinar qué tipo de responsabilidad debe aplicarse en los derechos difusos, puesto que es la finalidad básica de la

presente investigación. En la actualidad mucho se ha discutido sobre el asunto y existen criterios a favor de la línea subjetiva como de la objetiva.

Por la naturaleza de los derechos aquí expuestos la posición al respecto es que la responsabilidad objetiva debe ser la norma, ello en razón de que al tratarse de derechos (intereses jurídicos protegidos) de alcance masivo, la tutela de estos es de índole especial y por lo tanto merece un tratamiento diferenciado ya que al producirse un daño en torno a estos, se causa un perjuicio de grandes proporciones y que afecta a un grupo humano extenso, aquello convierte a la actividad que puede trastocar estos ámbitos, o dicho con mayor certeza que puede trastocar estos derechos humanos, en actividades riesgosas. Es justamente por esta incidencia del daño en cuestión que su responsabilidad no puede estar supeditada a la culpabilidad solamente, puesto que para efectos de la indemnización y recomposición del perjuicio, debe valorarse inclusive criterios de bien común, como aquel que manifiesta que deberá anteponerse el interés general al interés particular (Art. 83, numeral 7). Es entonces evidente el peligro que supone el ejercicio de ciertas actividades que crean riesgos para su propio beneficio, riesgos que son de influencia difusa, que pesan sobre la sociedad en todo su conjunto y que al verificarse en un daño se convierte en un perjuicio social, razón por la cual deben ser resarcidos, compensados y sancionados a toda costa, sin más reservas que las excepciones propias de toda norma, por los beneficiarios de esta actividad. Actividades que pese a lo que implican, se encuentran imbuidas de significativa utilidad para la colectividad y solo por ello tienen justificación de seguirse desarrollando, pero con la obligación de resarcir los daños que causan producto de su lucro, en un acto de justicia.

El sustento de la responsabilidad objetiva es el que sigue:

TEORIA DEL RIESGO

“La sustancia de la Teoría se sitúa en la obligación de reparar aún cuando no ha habido culpa y ello es debido a que quien crea los riesgos para su propio provecho debe también sufrir sus consecuencias perjudiciales”⁴²

Es una posición que atribuye la responsabilidad al gestor de una actividad considerada de riesgo como por ejemplo el manejo de una planta nuclear, independientemente de la conducta que demuestre, pues es quien creó el riesgo, quien lucra del mismo y quien debe responder por los efectos perjudiciales de su actividad.

Ahora bien, es importante determinar cuál es el daño que merece endilgar responsabilidad objetiva a su gestor en materia de derechos difusos, para esto se cita como guía la siguiente explicación del daño en la legislación ecuatoriana:

“Para definir el daño se recurre al Código Civil que define el daño como la pérdida, menoscabo o deterioro que se causa a un individuo o a sus bienes lo cual genera la obligación de reparar” según lo señala el artículo 1493 del Código Civil.

*Además de la obligación de reparar, el artículo 1572 del Código Civil señala que los perjuicios que se deriven del daño dan lugar al pago de indemnizaciones”.*⁴³

A lo anterior cabe realizar una precisión en cuanto que los derechos **son bienes jurídicos** y cuando son infringidos sí se afecta a la persona (individuo) y en el caso en cuestión a un sinnúmero de personas, por lo tanto el daño se materializa en la perturbación de un derecho concreto, como por ejemplo en el derecho a vivir en un medio ambiente sano, el perjuicio se concreta entre otros factores, mediante la destrucción o agresión en múltiples formas de la naturaleza lo que menoscaba el goce del derecho humano aludido. Es el daño

⁴² María Paz Ávila Ordóñez y María Belén Corredores Ledesma, Derechos Colectivos; Serie Justicia y Derechos Humanos, Ecuador 2009, Pág. 353.

⁴³ Código Civil, Art. 1473 y 1572

expuesto a priori el que da cabida para que en los derechos difusos en su generalidad, se grabe a una persona determinada como responsable y por tanto a indemnizar a los agraviados (la afección a un derecho).

De los derechos difusos expuestos en el capítulo II, se debe hacer especial énfasis respecto de la responsabilidad objetiva, en el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; el derecho a la información; y el derecho de los consumidores. Los mismos que en términos generales han sido los que más se han desarrollado jurídicamente en relación a la responsabilidad por daños y perjuicios en la mayor parte de las legislaciones y así también en el caso del Ecuador, que son los que se encuentran judicializados de alguna manera, pero no por esto debemos desconocer que los otros derechos difusos también pueden ser objeto de responsabilidad, teniendo en cuenta que la Constitución de la República declara al Estado ecuatoriano como Constitucional de Derechos y Justicia, abriendo un horizonte a la justiciabilidad de los Derechos Humanos y Constitucionales, toda vez que sus preceptos legales, son de aplicación directa y prevalente, imponiendo además la obligación a los administradores de justicia de hacer cumplir los mismos mediante las garantías que fueren necesarias para su absoluto goce, sin poder aducirse la falta de normas que los desarrollen, tales como leyes, reglamentos, etcétera.

DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

Sin perjuicio de lo anterior, en guarda del derecho a un medio ambiente sano, la Constitución de la República, acogió acertadamente la responsabilidad objetiva para los daños ambientales en el artículo 396, lo cual es un hito importante, pues en este tipo de daños imperaba mucho la impunidad, por varios factores, pero principalmente por los siguientes:

1. Es extremadamente difícil la demostración de un daño ambiental, en razón de que se requiere de procesos técnicos complejos, peritajes especializados (muchas veces existen solo peritos internacionales calificados) entre otras situaciones semejantes. Esto deviene en una imposibilidad para el demandante ya que no puede asumir los elevados costos que supone la demostración del daño ambiental y de los procesos antedichos.
2. La desigualdad existente entre las personas afectadas que por lo general son naturales y no poseen los medios para enfrentarse a la organización de importantes transnacionales o compañías que despliegan las actividades de riesgo, así como el desconocimiento de la materia y de los tecnicismos propios de cada una de estas industrias, que vuelven imposible para los accionantes demostrar tan solo el daño, peor todavía en un régimen subjetivo la culpa.

Es por esta razón que la responsabilidad objetiva es de vital importancia para el imperio de la justicia ambiental, porque exige la sola ocurrencia del daño ambiental para que se deba responder por el agente que regenta la actividad (objetivación) independiente de toda acción de conciencia o personal que lleva implícita la culpa (subjetividad). Además con igual importancia está el hecho de que la carga de la prueba le corresponde al demandado el mismo que debe demostrar que el hecho dañoso fue producto de un tercero, del demandante, de la "Fuerza Mayor" (únicas excepciones) o finalmente la inexistencia del daño ambiental, cosa que es muchísimo más fácil realizar por el ejecutante de la actividad riesgosa, pues conoce a la perfección las particularidades de su actividad y posee los medios económicos para este fin, sin mencionar que este modelo de responsabilidad le obliga a cuidar con extrema minuciosidad de su actividad.

El artículo que establece la responsabilidad objetiva en materia medioambiental, citado en líneas anteriores reza así:

Art. 396.- *El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.*

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.⁴⁴

De la norma se colige que el Estado es responsable solidario por los daños ambientales y es quien los debe reparar en caso de que se presenten, eso sí tiene derecho para repetir en contra de los infractores, por otra parte se menciona que la reparación debe ser integral, aparte de las sanciones que pueden ser de tipo penal y finalmente el cargo de indemnizar a los afectados por los daños. También impone a los distintos actores de la producción la obligación de cuidar y de velar por el cumplimiento de las normas ambientales, caso contrario deben asumir su responsabilidad. Toda acción es imprescriptible lo que no permite la impunidad.

Art. 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad

⁴⁴ Art. 396 de la Constitución de la República del Ecuador.

que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. **La carga de la prueba** sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.⁴⁵

Del artículo anterior podemos sacar las siguientes conjeturas: que es prioridad del Estado, la protección del medio ambiente por lo que de manera subsidiaria actuará en casos que se comprometa el medio ambiente; que el Estado será responsable solidario de los daños acaecidos por la ineficacia de los servidores que debían realizar el control (obviamente con el respectivo derecho de repetición); finalmente con la inversión de la carga de la prueba al demandado, lo que significa también la presunción de culpa pesando sobre el mismo, se obliga a actuar con absoluta diligencia a quienes ejercen actividades poco amigables con el ambiente y por otro lado motivan accionar a los afectados que, nada tienen que demostrar.

DERECHO A LA INFORMACIÓN.

Con respecto al derecho a la información, que es de carácter difuso por obvias razones, pues no se enmarca inclusive dentro de una circunscripción Estatal, sino global, y su incidencia enmarca un grupo humano indeterminable. El tipo

⁴⁵ Art. 397 de la Constitución de la República del Ecuador

de responsabilidad en consonancia con el criterio general para estos derechos, es el de Responsabilidad Objetiva y la justificación para esto es que la actividad de la comunicación lleva implícita el riesgo, que es el denominador común de la objetivación. Existen diversas formas de riesgo, así no se puede equiparar el riesgo existente en ciertas actividades industriales, del riesgo existente en el proceso holístico de la información y la comunicación, que sin embargo es indiscutible se encuentra presente y esta dado en dos vías que son las que rigen y componen a este derecho, es decir de quienes informan y de quienes reciben información, en tanto que la comunión de estos dos actores consolida el derecho a la información. Fuera de lo ya expuesto respecto a este derecho, cabe mencionar que la información es un tema muy delicado y sensible que debe ser abordado con la habilidad de un cirujano, ya que es el medio por el cual o si se quiere la semilla con la que se genera opinión, es fuente de valores éticos en tanto y en cuanto su actividad es eminentemente social y ese es el papel que sustenta en la sociedad, así como es el instrumento de fortalecimiento de la democracia y de rendición de cuentas de la política pública, entre otras cosas. Por lo que una violentación o daño causa un grave perjuicio a la sociedad en razón de que pone en peligro un plexo de derechos que se realizan a través de la información y de los factores antes considerados, pero por sobre todo el derecho a ser informados veraz, oportuna, responsable, diversa e imparcialmente. No se puede perder de vista que el riesgo que cubre al derecho en referencia también se encuentra y quizá en mayor grado en la inhabilitación del ejercicio del mismo.

Es así que el daño vendría dado por: una información distorsionada, ya sea por los medios de comunicación o sus fuentes; por la denegación de información pública, o privada a quien le correspondiere; por la transmisión de información nociva que cause daños en las personas; por la información parcializada; por la falta de medios de comunicación diversos y accesibles a todas las personas sin distinciones de ninguna índole o condición; por la divulgación de información privada, o atentatoria a la honra de las personas; etcétera. Lo cual se recalca es un deterioro, menoscabo a un bien jurídico o varios más bien, que confluyen

en el derecho a la información y que por el ejercicio desprolijo de la actividad se afectan derechos humanos como la honra por citar un ejemplo común.

La creciente maquinaria de los medios de comunicación y la difusión de estos (merced de los avances tecnológicos), complica de sobre manera determinar con mediana certeza de quien provino la acción dañosa (singularizarla) pues son verdaderas corporaciones las cuales transmiten la información, que empero es una responsabilidad delicada toda vez que tienen influencia masiva, hecho que magnifica el perjuicio y que en caso de verificarse es absolutamente legítimo la exigencia del agraviado para la recomposición del mismo, descartando criterios de culpabilidad, pues aún cuando se demuestre diligencia y cuidado el daño es de proporciones incuantificables (asumiendo además que es dificultoso probar la culpa del hechor) y merece ser resarcido e indemnizado. Más es preciso señalar **que la carga de la prueba** en éste caso debe corresponderle al accionante, en honor a la naturaleza del derecho en análisis y de que el daño en cuestión debe ser sustentado por quien ha sido afectado ya que solo él demandante puede dar la certeza y cuenta del daño y perjuicio del cual ha sido objeto personalmente o un colectivo al que se pertenece. Es decir en el caso concreto no cabe la inversión de la carga de la prueba.

Las excepciones son que el daño sea imputable a un tercero, al afectado o a la fuerza mayor. Ya que podría darse el caso de que el mismo afectado, sobredimensione el daño y lo haga más público, tratándose por ejemplo de un detrimento a su honra. O por ejemplo, limitar el derecho a la información en caso de guerra, por razones de seguridad del Estado (fuerza mayor). En todo caso a pesar de que la responsabilidad objetiva no se la haya extendido a la totalidad de los derechos difusos, sino al derecho a un medio ambiente sano, es necesario que se la desarrolle en nuevos ámbitos o materias que le son compatibles y los daños y perjuicios en el derecho a la información deben evacuarse mediante criterios de responsabilidad objetiva.

DERECHOS DEL CONSUMIDOR

En merito de la familiaridad de los derechos aquí tratados, los rasgos que justifican la objetividad de la responsabilidad son semejantes y están dados por los descollantes progresos de la modernidad en casi todos los frentes, para el presente, la instauración de la sociedad de consumo y la consolidación de las industrias, que realizan producción en masa o en serie, lo cual dificultan enormemente determinar la culpa o individualizarla y se coadyuva lo anterior con el hecho de que existen varios sujetos intermediarios o creadores y la libertad de comercio. Además el hecho de que estos bienes o servicios sean puestos en el mercado frente a un sinnúmero de personas que los pueden adquirir, posibles consumidores, en el evento de ser de alguna manera nocivos crea un riesgo por demás destacable y difuso, que no puede ser mitigado con criterios de individualidad, todo lo contrario exige una instauración de objetividad. Pues de admitirse la clásica responsabilidad civil, el consumidor se encontraría en una franca imposibilidad de reclamar sus derechos (indefensión) por factores como la desventaja económica frente a sus proveedores; lo dificultoso de demostrar la culpa de un agente que es absolutamente incierto en lo más de los casos. Lo que regiría bajo estas condiciones es el imperio de la impunidad.

Fuera de las consideraciones precedentes y en especial de las de riesgo para consolidar en la materia la responsabilidad objetiva, también están las emanadas de la garantía para lo cual se cita una opinión doctrinaria que da asidero a aquello

"Todo sistema de-responsabilidad por daños en el contexto de la protección del consumidor descansa, y esto parece de perogrullo, en la socialización de los intercambios (producción industrial en masa, publicidad inductiva, consumismo), lo que conlleva, inherente, una socialización de los riesgos. Por eso, como hemos apuntado en otra oportunidad, la socialización del intercambio y de los riesgos ha exigido una correlativa socialización de la responsabilidad, que se hace recaer principalmente en quienes imponen las condiciones en

que se contrata en el mercado. Se admite, cada vez con más fuerza, la existencia de obligaciones de seguridad o de garantía que se reputan implícitas en los contratos.

Por eso no interesa la culpa del fabricante, del distribuidor o del importador de un producto elaborado industrialmente, porque seguramente esa indagación resultaría infructuosa. Se afirma que el productor, o quien ofrece la mercancía que produce el daño al consumidor deben responder por ese daño porque asumen una garantía: que el consumidor no sufra daño por la utilización o consumo del producto. Si los sufre en razón de vicios o defectos de fabricación no se investigará si hubo culpa del fabricante en la elaboración del producto, sino que se atribuirá derechamente una responsabilidad objetiva fundada en el deber de garantía que implícitamente toma a su cargo al lanzar al producto al mercado.

El deber genérico de no dañar adquiere hoy fuerza expansiva, como lo advierte todo aquel que analice los factores de atribución de la responsabilidad".⁴⁶

El daño que merece indemnización y estudio para los fines de la investigación respecto del derecho de los consumidores, así como encasillamiento bajo la responsabilidad objetiva es el siguiente:

De la clasificación hecha por Mosset Iturraspe, se desprende que los daños son de dos tipos:

- 1) Daños Intrínsecos.- Son aquellos que se encuentran inmersos y ligados a la cosa objeto de contrato, conocidos como vicios redhibitorios y que dan derecho al consumidor de demandar la disminución del precio, de rescindir el contrato, de recibir una reparación o un nuevo bien (fuera de la órbita de daños y perjuicios). La excepción se da cuando el vicio

⁴⁶ ADUARDO A. ZANNONI. Revista de Derecho Privado y Comunitario, editorial Rubinzal-Culzollí, Argentina, 1996, P.255, "RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

oculto, era conocido por el proveedor, hecho que constituye dolo y posibilita al consumidor además exigir la indemnización por daños y perjuicios. De ello da cuenta el Código Civil en artículo que sigue.

*Art. 1801.- Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, estará obligado no sólo a la restitución o rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios. Pero si el vendedor no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo estará obligado a la restitución o rebaja del precio.*⁴⁷

- 2) Daños extrínsecos.- Son aquellos que por efecto de la cosa dañina, irrogan daño a la persona del consumidor o a las de su entorno, es decir son los daños exógenos producidos por causa de la cosa nociva, ya sea en la salud física o psíquica o en cuestiones relacionadas al uso que pretendía dársele al bien adquirido.

Son los daños Extrínsecos los que generan responsabilidad objetiva por daños y perjuicios, los mismos que escapan de la relación contractual, pudiéndose demandar al proveedor por los mismos, entendiéndose por proveedor a todas las personas que participan en la cadena de producción, distribución, comercialización, en fin todos quienes lucren de ellos y sean distintos al consumidor, los cuales son responsables solidarios de los daños y de los perjuicios que sobrevinieren por los mismos, indemnizando de forma pecuniaria y reparando el daño de ser el caso, sin perjuicio de la repetición entre los mismos. Siendo la responsabilidad objetiva la norma aplicable en este caso, donde prevalece por sobre la conducta del agente proveedor el daño, la carga de la prueba pesa sobre el accionante en el sentido que debe demostrar primero el daño del cual ha sido objeto, segundo el defecto o efecto nocivo del bien o servicio y tercero que dicho daño proviene de la relación con el bien o servicio adquirido. Condición que no es absoluta, pues en casos donde sea complicado comprobar los defectos o efectos de un bien o servicio por su

⁴⁷ Código Civil, Art. 1801

complejidad técnica, la carga de la prueba podría invertirse en razón de que quien conoce de los procesos de creación, componentes, etcétera es el fabricante, y el consumidor solo debería demostrar que existió un daño.

En la ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se puede inferir la responsabilidad objetiva de los siguientes artículos:

Art. 59.- Prohibición de Comercialización.- Comprobada por cualquier medio idóneo, la peligrosidad o toxicidad de un producto destinado al consumo humano, en niveles considerados como nocivos o peligrosos para la salud del consumidor, la autoridad competente dispondrá el retiro inmediato de dicho bien o producto del mercado y la prohibición de circulación del mismo. Los daños y perjuicios producidos por la acción de dichos bienes o productos serán de cargo del proveedor, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Art. 75.- Servicios Defectuosos.- Cuando los servicios prestados sean manifiestamente defectuosos, ineficaces, causen daño o no se ajusten a lo expresamente acordado, los consumidores tendrán derecho, además de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, a que le sea restituido el valor cancelado. Además, el proveedor de tales servicios, será sancionado con una multa de cincuenta a quinientos dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar.⁴⁸

Es manifiesto que en los artículos expuestos, no se implica cuestiones de orden subjetivo (culpa, negligencia, dolo...) para que se indemnice por daños y perjuicios a los consumidores, sino la verificación de factores objetivos como la ineficacia, defectos y nocividad.

Con lugar a los bienes y servicios públicos la responsabilidad objetiva no es novedosa del todo, ya que se reconocía ésta inclusive desde la Constitución

⁴⁸ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Art. 59 y 75

Política de la República de 1998, la Constitución en vigencia también reconoce lo propio en las siguientes normas:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos...

Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. (Las negrillas me pertenecen)

Finalmente las excepciones de responsabilidad por parte de los proveedores son que el daño sea imputable al consumidor (accionante), a una tercera persona, o provenga de la fuerza mayor.

“Responsabilidad Objetiva: salvo culpa del consumidor o de un tercero, los proveedores son siempre responsables. En caso de profesiones liberales se debe probar la culpa.”⁴⁹

⁴⁹ CARLOS EDUARDO TAMBUSI. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR COMO DERECHOS HUMANOS, Pág. 35

CAPÍTULO IV.

4. LA SANCIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LOS DERECHOS DIFUSOS.

4.1. LA SANCIÓN, CARACTERÍSTICAS.

Es preciso señalar que dentro de toda sociedad para alcanzar una convivencia civilizada, es riguroso el imperio de un orden social, que entre otras cosas viene afianzado por un sistema jurídico, el mismo que no es otra cosa que un orden de tipo coactivo, necesario para fijar conductas, costumbres y usos socialmente aceptados, que se materializan por medio de normas y leyes de obligatorio cumplimiento, las cuales tienen como finalidad regular a la sociedad y las relaciones de las personas, así como la instauración de la seguridad jurídica.

Para este cometido, es decir para la supremacía del derecho es inescindible el ejercicio de la coacción, pues como antes se menciona es el derecho un orden eminentemente coactivo, que legítimamente puede exigir mediante el uso de la fuerza el cumplimiento de sus principios y cosmovisión instituidos por el medio social, toda vez que no es de carácter optativo y su eficacia depende del cumplimiento cabal del mismo, por todos sus subordinados independientemente de su voluntad, en caso de existir infracción o inobservancia de dichos preceptos la reacción coercitiva por parte del Estado es categórica y la ejerce por medio de las instituciones creadas para tal objetivo, repeliendo estas conductas nocivas para la paz social, por intermedio de otra herramienta jurídica **la sanción**, misma que tiene por objeto proteger y reforzar el respeto de su propio ordenamiento legal mediante la imposición de castigos que desalientan el actuar ilícito y reeducan el obrar de las personas, así como la recomposición de los efectos causados por el incumplimiento, que las más de las veces, son lesivos frente a terceros o un colectivo, por otro lado hay que tener presente que también son aquellas recompensas que estimulan el buen comportamiento social.

Para Hans Kelsen, la sanción es uno de las formas de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión determinada por el orden jurídico.⁵⁰

A decir de Norberto Bobbio, *“la sanción es la consecuencia agradable o desagradable que el propio ordenamiento jurídico atribuye a la observancia o inobservancia de la respectiva norma”*.⁵¹

Aparte de todo las sanciones poseen varias funciones y en particular en el derecho de daños y perjuicios se traducen en las siguientes concreciones: remediar, compensar y subsanar; prevenir daños o hechos ilícitos; determinar responsabilidades y sancionar ejemplarmente lo que en consecuencia fortalece el ministerio de la justicia y educa a las sociedades, impidiendo que conductas o hechos lesivos se vuelvan comunes o sean repetidos.

El acuerdo generalizado de la doctrina a dividido la sanción en dos tipos:

SANCIONES POSITIVAS

Entiéndase por éstas, aquellas medidas tendientes a halagar y recompensar el comportamiento ejemplar y afecto al respeto de las normas, con motivo de promoverlo. Ejemplo incentivos fiscales, condecoraciones honoríficas, entre otras.

SANCIONES NEGATIVAS

Entiéndase por éstas, aquellas medidas normativas que infligen castigo y escarmiento de distintas maneras al sujeto infractor o que es fuente de un daño. Ejemplo las sanciones penales, multas, obligación de resarcir daños, etcétera.

Tanto las sanciones positivas como negativas se encuentran revestidas de justicia reparativa como retributiva.

Para el caso que nos ocupa que es el de daños y perjuicios, se entiende que estos ya se encuentran materializados y producto de los mismos existen

⁵⁰ Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Segunda Edición México 1986, Pág. 38

⁵¹ Conceptos Jurídicos Fundamentales. <http://es.scribd.com/doc/67210379/11/TEMA-12-OTROS-CONCEPTOS-JURIDICOS-FUNDAMENTALES>

afectados que deben ser protegidos por el orden jurídico, para lo cual los agentes vinculados o a quienes se les atribuye el daño deben ser sancionados negativamente (castigados) por obvias razones.

4.2. LA SANCIÓN PUNITIVA.

Es una sanción absolutamente negativa para este efecto, es decir su naturaleza consiste en que de inobservarse los preceptos de la norma jurídica establecida, acarrea como consecuencia la imposición de un castigo coactivamente impartido por las instituciones jurisdiccionales del Estado, más aún tratándose de una sanción punitiva como su nombre lo indica, persigue aplicar a toda costa una pena por el cometimiento de una acción tipificada como delito, como podemos ver este tipo de sanción es exclusiva del ámbito penal y del administrativo el mismo que tiene como finalidad establecer cuáles son los actos o conductas reprobadas y censurables por el acuerdo general del tejido social (leyes) y que deben por tanto estar proscritos del normal acontecer.

La finalidad de la sanción punitiva, es la de aplicar los principios retributivos de justicia o sanciones retributivas, las cuales consisten en causar y provocar un mal al delincuente, en otras palabras busca causarle daño mediante la sustracción o disminución o suspensión de unos de sus bienes jurídicos (libertad,...), como retribución del mal ocasionado por éste a una o varias personas, así como a la colectividad de ser el caso, en consideración que son delitos y estos tienen como particularidad el originar alarma social. Entonces se trata de la medida con la que se devuelve al infractor un mal (escarmiento) por el mal que causó y que se encuentra establecido en la ley. En el ámbito administrativo las faltas cometidas por el funcionario, merecen sanciones como multas o destitución.

Para la aplicación de la sanción punitiva, son requisitos “sine quanon”:

- a) Probar la culpa del procesado, que tuvo la motivación interna y razonada de cometer la infracción.

- b) Demostrar que el hecho que se le imputa, en el tiempo de su cometimiento se encontraba tipificado como delito (conducta anómala), relacionada con el principio “nullum crimen nulla poena sine lege”, que significa que nadie puede ser sancionado por un hecho que previamente no se encontraba determinado como crimen, ni se encontraba establecido para éste una pena específica, en una ley (principio de legalidad).
- c) Que el delito se exteriorice mediante acciones concretas y conducentes al fin determinado (no se sancionan pensamientos).
- d) La existencia de un juicio justo.

Una distinción de la sanción punitiva o retributiva, es que su campo de acción es el Derecho Público y que éstas medidas no propenden a reparar el daño causado, ni reponer los efectos jurídicos soslayados por causa de la infracción, sino reprimir, castigar, escarmentar y ejemplarizar las conductas nocivas, se encuentran dentro del ámbito extracontractual.

4.3. LA SANCIÓN REPARATIVA.

Dentro del contexto de la negatividad, las sanciones reparativas representan lo siguiente, son aquellos medios de coacción que tiene bajo su dominio el poder jurisdiccional (Estado), para compeler a quien causare un daño, a la reparación del mismo, así como al resarcimiento de los perjuicios inherentes a éste, producto de faltar a una relación de índole contractual o extracontractual. Su finalidad es la de recomponer y desaparecer de ser posible los efectos del perjuicio provocado y retrotraer sus efectos jurídicos en beneficio de la persona que ha sufrido el desmedro de sus atributos.

Las sanciones reparadoras son propias del Derecho Privado, en tanto se fundan en el postulado de satisfacción y compensación legítima del afectado por un daño, rescatando el principio de la libertad de acción, con el solo límite de lo expresamente prohibido y el de no dañar a otro. Además de que es una sanción que crea justicia y por tanto sustenta la paz en la convivencia social.

Este tipo de sanción se ejecuta por dos vías:

- 1) Mediante la reposición del bien jurídico o de las cosas al estado anterior de la infracción o del hecho dañino (statu quo ante).

- 2) Mediante la compensación, consistente en la indemnización por los daños y perjuicios causados o irrogados al accionante, es decir por intermedio de un resarcimiento de tipo monetario, en razón de que la naturaleza del bien jurídico afectado o la cosa objeto del daño no es susceptible de subsanación, ni de ser retrotraída a su estado anterior, o simplemente no es suficiente para extinguir el daño.

Para ejecutar la sanción reparativa se requiere, previamente que se declare la responsabilidad dentro de los criterios antes tratados, esto es de manera subjetiva (forma tradicional de responsabilidad) y objetiva, desde luego cumpliendo los presupuestos establecidos para cada una de ellas. A diferencia de la sanción retributiva, la reparativa, no se basa en rasgos punitivos solamente, los hechos injurídicos no tienen que estar delimitados taxativamente y finalmente la sanción no se encuentra determinada por el ordenamiento jurídico por lo que está bajo un marco de la sana crítica y discreción del Juez ya que los daños deben cuantificarse para cada caso y en ocasiones es difícil valorarlos. Pero en fin lo que persigue el ordenamiento jurídico y la sanción aquí tratada en sí, es que los daños no se presenten y cuando lo hagan sean cabalmente subsanados. Para lo cual el Juez considerará la posición socioeconómica de las partes intervinientes, la magnitud del daño y la conducta del dañador.

De lo anterior, se deduce que existen factores determinantes para evaluar los daños y perjuicios, que son de tinte subjetivo, por ejemplo la condición socioeconómica de la parte que ha sido objeto del daño, como de la que lo ha provocado (un ejemplo claro es el daño moral inferido a una persona pública por un diario de circulación nacional, no es de la misma magnitud que el daño moral infligido en una persona ajena a la vida pública, por parte de un diario de

circulación local); los beneficios obtenidos por el hecho antijurídico o por la actividad riesgosa (la actividad petrolera); la magnitud del daño, el mismo que puede afectar a una persona o a un colectivo indeterminable; y uno de los factores más importantes disuadir al demandado por un daño, para que en el futuro no vuelva a reincidir en un daño. Este último factor es importante y merece un desarrollo aparte, pues ha creado una peculiar forma de sanción la misma que se considerará a posteriori.

4.4. LA SANCIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS RESPECTO DE LOS DERECHOS DIFUSOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Luego de analizar la institución jurídica de la sanción a rasgos generales es menester puntualizar como opera respecto de los derechos difusos en específico. Para este cometido hay que plantear que la acción de daños y perjuicios es de carácter civil y lo que pretende no es reprimir una conducta, sino reparar en forma legítima un daño y su subsecuente perjuicio sufrido injustificadamente por una o varias personas (existiendo una excepción), sobre la base de estas consideraciones la sanción que se ha de imponer en el evento de ocurrir daños que agraven los derechos difusos en las formas explicitadas en el capítulo que antecede, es la **sanción reparativa**, en sus dos expresiones: **LA RECOMPOSICIÓN**, es decir enmendar el daño provocado, por ejemplo en caso de daño ambiental por un derrame de petróleo en fuentes hídricas, la sanción consiste en la limpieza de los residuos hidrocarburíferos de los afluentes, hasta que estos queden en las condiciones anteriores al daño, o en caso de que un producto para consumo resulta nocivo, se sancionaría al proveedor con los costos de la curación de ser el caso. Estas obligaciones impuestas son reparativas de recomposición, pues extinguen el daño causado, pero esto se debe a que el daño es susceptible de saneamiento; **LA COMPENSACIÓN**, parte desde la premisa que hay daños que tienen efectos insalvables que por la acción del hombre ya no se pueden retrotraer al estado anterior, por lo que como es lógico el agente de quien devino el daño al no poder subsanarlo debe al menos compensarlo, resarcirlo con otra especie, que

para el efecto es una suma de dinero, que es entregada como indemnización, en los ejemplos anteriores podemos ampliar la sanción compensatoria, en el primer caso pese a haberse removido los residuos contaminantes, los afluentes han sufrido desmedro en su fauna, la cual proveía la alimentación de ciertas personas y por tanto se ha afectado la supervivencia de los mismos, en este caso una indemnización aliviaría el perjuicio que deviene del daño. Por otro lado en el segundo ejemplo, sí pese a que se ha asumido las curaciones por el accionado, más tarde a causa del daño este fallece, sus herederos poseen el derecho para accionar y que se les indemnice por el gravísimo perjuicio provocado y que sobra aclararlo es irreparable.

Es pues el daño reparativo, el acorde con la materia de daños y perjuicios, además es el que se aplica dentro de la legislación ecuatoriana, en los términos analizados y con las valoraciones propias de este tipo de sanción en materia de daños. Sin embargo, es pertinente que siendo leal a la cosmovisión que envuelve a los derechos difusos, existe una figura jurídica extraña a nuestro ordenamiento desde el punto de vista de la técnica, ya que proviene de la familia jurídica de la common law, que en función de que existen daños escandalosos o de proporciones descomunales y por tanto de gran conmoción acogen una sanción civil de tipo peculiar denominada "Punitive Damages" que parece planeada a la medida de los derechos motivo de esta investigación, ya que por su naturaleza cuando se ven afectados, las proporciones del daño son de espectro masivo e indeterminado.

PUNITIVE DAMAGES.

Por su traducción al lenguaje español, **daños punitivos**. Es una figura jurídica de origen anglo-sajona y por lo tanto proveniente de la técnica jurídica de la Common Law, donde la supremacía de las fuentes del derecho, le corresponde a la Jurisprudencia (Case Law)⁵². Los jueces dentro de éste sistema jurídico en respuesta a las conductas demasiado dolosas o perjudiciales para un sinnúmero de personas, que se les presentaba para ser juzgadas en materia

⁵² Tomado de Pedro Fernández de Córdova, Estudios de Derecho Comparado, Corporación de Estudios y Publicaciones, Pág. 108

de daños y perjuicios y consientes de que la imposición de la sanción civil en muchos casos era insuficiente y hasta conveniente para los responsables de los daños, que se beneficiaban del mal irrogado en relación costo-beneficio, tuvieron la necesidad de crear una sanción civil de índole sui generis, la cual tenía una carga implícita de punición (condena) propia del derecho penal, pues debía exceder de las características de recomposición y de compensación normales del derecho de daños, para adicionar un castigo fuera de la cuantificación del daño (más allá de un resarcimiento), eso sí de cualidad patrimonial que afecte y damnifique al promotor del daño.

A interpretación de Ramón Daniel Pizarro, son *“sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”* ⁵³

Se puede observar que los daños punitivos son verdaderas penalidades en la figura de una multa civil, que el juzgador manda a pagar adicionalmente a la indemnización de daños y perjuicios -los cual son equitativos al deterioro causado-, y estos se encuentran exorbitando el daño, es decir lo sobrepasan con la finalidad de penar a quien gestó el mismo, de manera que sea un escarmiento una sanción ejemplar tanto para él que tendrá que cuidar su conducta futura y su actividad, así como para todas las otras personas que puedan cometer un accionar similar.

William Lloyd Prosser profiere la siguiente opinión respecto de los daños punitivos:

“Such damages are given to the plaintiff over and above the full compensation for his injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching him no to do again, and of deterring others from following his example” su traducción sugiere lo siguiente –Estos daños son otorgados al demandante para que obtenga una compensación completa de sus daños y además de aquello como

⁵³ Pizarro Ramón Daniel, Derecho de Daños, Segunda Parte, Ed. La Rocca. Buenos Aires Argentina 1993. Pág. 291.

una forma de castigo al demandado para enseñarle que no debe hacerlo nuevamente y disuadir a otros de no seguir su ejemplo-.

Es manifiesto que esta figura jurídica concede al accionante una suma de dinero mayor a la que le correspondía por indemnización del daño y perjuicio sufrido, por el solo hecho de que se quiere repeler y castigar al demandado y de ésta manera conseguir uno de los fines más básicos del derecho de daños que es el de prevenir, antes que de reparar. Ciertamente se colige de los criterios anotados que justifican la sanción punitiva en los casos donde se halla grave culpa o dolo, lo que nos llevaría a concluir que debe aplicarse en casos donde se encuentre responsabilidad subjetiva, mas no es acertado una interpretación de este tipo, ya que restringe otra gran realidad por la que ganó vigencia en el mundo jurídico y es que busca execrar los daños de impacto masivo, perjudiciales para inmensos grupos de personas y así desaparecerlos. Criterio último que los hace extensivos a los derechos difusos de manera categórica, sin ser necesario que se verifique la culpa en la violentación de estos bienes jurídicos, aunque puede darse el caso que confluya este factor.

Factores que deben estar presentes para que se sancione por daños punitivos:

“-la gravedad de la falta, entendiéndose en este caso el daño causado aún a pesar de que debía y podía ser evitado;

- la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna, en donde destaca el posicionamiento de la demandada (así como la del accionante);

- los beneficios obtenidos por el ilícito, (o por la actividad riesgosa), como serían mayores ganancias obtenidas por un menor costo en el ejercicio de su actividad;

- el carácter antisocial de la conducta, (o gravedad del daño) en atención a los bienes jurídicos;

- la finalidad disuasiva futura;

- los sentimientos heridos de las víctimas".⁵⁴ (Lo mencionado en los paréntesis no es parte de la cita, sino puntualizaciones a ser consideradas en las nuevas perspectivas del derecho de daños, esto es en la responsabilidad objetiva)

A propósito del análisis en proceso cabe realizar un estudio del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, el cual para muchos juristas es una instauración de daños punitivos en la materia para el efecto se cita.

Art. 43.- *Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.*

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

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

En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la

⁵⁴ Acosta Alberto. Economía y Política <http://politicayeconomia.com/documentos/JUICIO-TEXACO.pdf>. Sentencia de fecha 14 de febrero de 2011, emitida por la Corte Provincial de Sucumbíos, dentro del Juicio No. 002-2003, que por daños ambientales sigue María Aguinda y otros, en contra de la compañía Chevron Corporation, Considerando Décimo Cuarto. Pág. 185

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.⁵⁵ (las negrillas son de mi pertenecía)

El artículo 43 aquí citado, es el atinente y el específico en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios ocasionados en materia de derechos ambientales, este explicita quienes pueden iniciar una acción de este tipo - cualquier persona o colectivo afectado directamente por los daños ocasionados a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad- sin embargo la afirmación de que debe ser “afectado directamente” ya crea ciertas dudas al respecto, así como que el grupo humano debe tener “un interés común” deja pauta a subjetividades. En todo caso aquello puede distraer la tarea principal que es criticar si la norma contiene o no a los daños punitivos, mas era necesario que se comprenda que es la norma que guía la indemnización por daños. La parte trascendente para el fin que nos ocupa, es la parte final exaltada con negrillas del inciso primero del artículo objeto de análisis, en la que se establece el pago del diez por ciento (10%) del valor de la indemnización total por los daños y perjuicios **adicional** a favor del accionante, disposición que ha creado asidero para que algunos estudiosos del derecho en nuestro país, sostengan que, por ser una suma ajena a la indemnización, va más allá de la justa reparación y compensación y que es una evidencia de daño punitivo o de una multa civil en nuestra legislación.

No obstante, es difícil interpretar la disposición en alusión como una sustantivación de daños punitivos, por cuanto su texto no hace referencia alguna a los factores que motivan la imposición de una sanción de esta naturaleza, como por ejemplo que el porcentaje adicional que debe cancelarse al accionante es en ocasión de castigar al demandado por su conducta o por la cualidad del daño; por imposición de una sanción ejemplar; o con propósitos de

⁵⁵ Art. 43 de la Ley de Gestión Ambiental

disuasión. En fin nada deja inferir que las características de este rubro guarden relación con la sanción por daños punitivos.

Es más factible concluir, que la disposición tantas veces aludida trata de promocionar o de incentivar a las personas el ejercicio de las acciones por daños y perjuicios que devienen de la lesión al medio ambiente y por otro lado que se sancione a quienes den origen al hecho nocivo, ya que por tratarse de un bien jurídico de elevada trascendencia y que es patrimonio no solo de la sociedad comprendida dentro de un Estado, sino de la humanidad entera, merece especial atención y cuidado, es decir lo que la norma establece es una suerte de premio a quien lleve a cabo esta acción, pues la restauración integral de un daño ambiental nos beneficia a todos. (Es un claro ejemplo de sanción positiva)

Para finalizar la sentencia del caso **María Aguinda y otros vs Chevron Corporation**, en el cual un grupo de indígenas demanda a la antedicha compañía la indemnización por daños y perjuicios provocados (por el manejo irresponsable de la actividad petrolera) al medio ambiente, comprendiendo a la flora, fauna y la salud de sus habitantes, es asidero de la postura aquí esgrimida, en tanto en el considerando décimo cuarto de la sentencia el juzgador hace la consideración que pese a no haber solicitado en la demanda los actores los daños punitivos, se ha encontrado doctrina pertinente para el caso y luego de valorar elementos como la disuasión a futuro, el provecho económico obtenido, la condición económica de la demandada, la gravedad de la falta, e inclusive la deslealtad procesal, que a criterio de la Corte son factores que se evidencian en este caso y que se ajustan a los principios universales de derecho, le hace concluir que es apropiada la imposición de la sanción en cuestión. La resolución de manera textual continúa en los términos siguientes:

“esta presidencia, según sana crítica, impone una penalidad punitiva equivalente al 100% adicional de los valores sumados de las medidas de reparación, lo que resulta adecuado con la finalidad punitiva y disuasoria de este tipo de indemnizaciones, teniendo propósito a la vez ejemplarizantes y disuasivos, queriendo reconocer

*a las víctimas y garantizar la no repetición de inconductas similares. Sin embargo, considerando que ya se ha condenado al demandado a la reparación del daño, y por cuanto sirve a los mismos fines ejemplarizantes y disuasorios, esta penalidad civil podrá ser reemplazada, a elección del demandado, por una disculpa pública a nombre de Chevron Corp., ofrecida a los afectados por las operaciones de Texpet en el Ecuador”.*⁵⁶

- La sentencia es clara y reconoce como distinto el daño punitivo, respecto de la disposición establecida en el artículo cuarenta y tres de la Ley de Gestión Ambiental, más todavía fija un monto de sanción del cien por ciento (100%) adicional a la indemnización, y finalmente en la parte resolutive de la sentencia, manda a pagar el diez por ciento (10%) – premio- establecido en el cuerpo legal ya mencionado a favor del Frente de Defensa de la Amazonía, por petición de los actores.

⁵⁶ Acosta Alberto. Economía y Política <http://politicayeconomia.com/documentos/JUICIO-TEXACO.pdf>. Sentencia de fecha 14 de febrero de 2011, emitida por la Corte Provincial de Sucumbíos, dentro del Juicio No. 002-2003, que por daños ambientales sigue María Aguinda y otros, en contra de la compañía Chevron Corporation, Considerando Décimo Cuarto. Pág. 185 y 186

CAPÍTULO V

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

Al finalizar la tarea emprendida, que ha sido la de analizar la Institución de la Responsabilidad Jurídica por Daños y Perjuicios en la legislación ecuatoriana en lo atinente a los Derechos Difusos, es imperioso elevar a conclusiones los resultados de dicho estudio que son la realidad del derecho de daños en el País.

Es pertinente concluir que el imperio y vigencia de los derechos difusos es una realidad en el derecho internacional, el cual los ha recogido en múltiples Tratados, Acuerdos y Declaraciones Internacionales (que no tienen carácter vinculante, pero que han puesto a la palestra la discusión de los mismos y ha sido fértil en el sentido que varios Estados los han acogido en su derecho interno, aunque lo ideal por el carácter de los derechos aquí aludidos es que tengan fuerza internacional), merced de la coyuntura social, económica y política del mundo, que es evidentemente hegemónica, por cuestiones como la globalización, la revolución tecnológica constante, la libertad de mercados, la transnacionalización de las empresas, que han creado realidades distintas y cambios sustanciales en la vida de las personas y de las sociedades así como en los derechos humanos que se encuentran amenazados por factores inéditos que sobrepasan las fronteras y que son comunes a los intereses de colectivos mucho más amplios y para fines de derecho, grupos humanos indeterminables. Estos efectos negativos son daños ambientales a causa de una producción frenética y sin responsabilidad, daños al consumidor por el interés de lucro más que de satisfacer necesidades, entre otros. Que motivaron la instauración del derecho humano a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; el derecho humano a la información, el derecho humano al patrimonio Común de la humanidad, el derecho humano de los consumidores, etcétera que deben ser tutelados de manera especial en virtud que la afección a uno de ellos es el perjuicio de toda la sociedad por ser limitantes.

El desarrollo de la responsabilidad por daños y perjuicios en el Ecuador, no ha sido desollante pues ha existido un estancamiento en la clásica responsabilidad civil, esto es la de lineamientos subjetivos la cual se funda exclusivamente en la conducta del demandado (la culpa entendida en todas sus formas y el dolo) la misma que para ciertos casos es totalmente pertinente, pero que bajo el contexto actual es evidentemente insuficiente, pues una realidad es que la culpa puede fácilmente evadirse por parte del agente al que se le atribuye la ocasión del año y más aún cuando por mandato del Código Adjetivo Civil, (Art. 113) demostrar esa conducta impropia le corresponde al accionante, que no conoce en nada la actividad del demandado ni cuáles son los procesos técnicos que en el contexto de daños ambientales, daños por productos de consumo masivo nocivos, daños al derecho a ser informados (con las salvedades del caso) tienen ciertas complejidades ya que en estas actividades participan una serie de personas y cadenas de proceso imposibles de determinar para el accionante y subsecuentemente se torna más complejo para éste demostrar quien efectuó un acto culposos o doloso, lo que hace que emprender una acción en este sentido por la persona que ha sido víctima del daño le sea tedioso, infructuoso y finalmente un costo que le produce más perjuicios, de los ya sufridos que beneficios.

De la conclusión precedente se puede colegir que mantener un solo tipo de responsabilidad, con un marcado criterio en evaluar la conducta del agente es incapacitar al ordenamiento jurídico y condenarlo a la inercia, hecho que para cualquier régimen de derecho es una fatalidad, toda vez que lo que corresponde en derecho es mantenerse en adelanto de las realidades fácticas (o por lo menos a la par de las nuevas exigencias sociales) y no lo contrario que lo que provocaría es que este caiga en desuso y por ende se cree un escenario de impunidad. Como se puede observar la responsabilidad subjetiva, ya se ha visto sobrepasada por los daños provenientes de sujetos y actividades de la modernidad que son de tinte peculiar y muy diferente a los daños que se verificaban dos centurias atrás, por esta razón la responsabilidad tradicional es manifiestamente anacrónica y bajo esa premisa lo que le corresponde a toda legislación es imbuirse de nuevas técnicas jurídicas que le permitan

mantenerse en vigencia y en facultades de su fin primordial que es el de impartir justicia, regular la convivencia social y mantener el orden social.

Otro aspecto a considerarse y que ya es irrefutable es que los daños son de índole diferente en la actualidad y que existe actividades que a pesar de ser socialmente aceptadas por la utilidad que acarrear para la sociedad, representa un peligro inminente para la colectividad en general, razón por la cual el criterio en el evento de que se suscite un daño bajo estas condiciones, es decir producto del ejercicio de estas actividades que crean un peligro real para todos, ya no debe estar supeditado a obras de conducta, o de buscar culpables, sino más bien, las normas y los esfuerzos se han de enfocar en el desarrollo de mecanismos que hagan posible la reparación real del daño, más aún cuando estos daños causan alarma y perjuicios sociales incuantificables, la respuesta jurídica clara a estas exigencias es “ La Responsabilidad Objetiva” en donde el principio básico y su fundamento es, **no existe daño sin responsable**, y para ello se hace responsable del daño, al gestor de la actividad riesgosa, independientemente de su actuar, tan solo por la consideración que al ser él quien lucro y se beneficio del riesgo creado, es él quien en el infortunio de producirse daños, debe sufrir las consecuencias perjudiciales que provengan del mismo (el deber de indemnizar). El Artículo 396, de la Constitución de la República revolucionaria, esa estática de nuestra normativa jurídica y pone en vigencia la responsabilidad objetiva respecto de los daños medio ambientales y de igual manera en el artículo 397, se revierte la carga de la prueba hacia la persona del demandado, hecho que es de trascendente importancia para instaurar una verdadera justicia ambiental y proscribir la impunidad.

Finalmente se debe concluir que la sanción que es indispensable para la seguridad de un ordenamiento jurídico ya sea que tenga una carga positiva, es decir premiando determinadas conductas para incentivarlas, o por otro lado que tengan una carga negativa, es decir que busquen una reparación del daño que se ocasiono y que ya provocó una infracción al derecho que de ser posible la reacomodara al estado anterior al agravio, caso contrario, la compensará

mediante una indemnización que ya que no puede restituir el bien jurídico afectado.

Fuera de estas sanciones que están ya contempladas en nuestro ordenamiento legal, cabe mencionarse la importancia de una que es de origen distinto a nuestra técnica jurídica, ya que proviene de la Common Law, pero que ha sido muy eficaz en conseguir el fin de la sanción, que es evitar, conductas nocivas o ilegales que salgan de las normas establecidas por el derecho. Esta es la figura del **Daño Punitivo**, que es un híbrido entre sanción civil y sanción penal, pues supone la ejecución de una multa civil, como castigo a quien incurre en responsabilidad por daños y perjuicios, pero no solo reparativa y compensatoria, sino una suma en exceso a los parámetros anteriores, pues busca castigar de manera ejemplar a quien fue el hechor de un daño y persuadirlo tanto a él como a otros de incurrir en este tipo de inconductas de ser el caso, o de que se invierta mucho más en ser diligentes y cuidadosos con la finalidad de que no se produzca daños a terceros o peor todavía a grupos humanos indeterminados.

5.2 RECOMENDACIONES

Al transcurso de la investigación se ha evidenciado la necesidad de una ampliación en los criterios de responsabilidad civil, para todos aquellos daños que susciten un menoscabo de bienes patrimoniales como jurídicos de proporciones elevadas que causen un perjuicio desmedido y por tal conmoción social.

Pero no solo compete ampliar esta clase de responsabilidad al plano normativo, delimitándole a casos concretos, sino más bien, elevar ésta institución jurídica al plano de la doctrina y de la jurisprudencia y al de la discusión pública, sin espacio a dudas es importantísimo el paso al frente que la Constitución de la República, ha sentado al establecer la responsabilidad objetiva para los daños medio ambientales, porque ello provocará una introspección en el tema y una puerta abierta para que ésta responsabilidad gane terreno en nuestra realidad jurídica y que los administradores de justicia, la tengan no cerrada y limitada a casos puntuales, sino como una herramienta, que puede ser usada para alcanzar la realización de justicia y la vigencia y respeto de los derechos humanos y fundamentales consagrados en la Constitución. Herramienta que debe ser aplicada sobre los criterios de la sana crítica y mensurando la necesidad de aplicarla para cada caso.

También se recomienda la institucionalización del daño punitivo en la normativa correspondiente ya que sin lugar a dudas su esencia puede descongestionar enormemente las judicaturas penales y su finalidad es más completa, más integral que una mera sanción de conducta como representa la sanción penal, ya que esta condena pero a la vez recompone compensa y es sin dudas una sanción mucho más integral, que a la vez disuade y proscribire las conductas dañosas como la reincidencia de la misma.

Cabe mencionar que el hecho de que la sanción por daños punitivos provenga de una técnica o familia distinta del derecho no representa un impedimento para acogerla en un ordenamiento jurídico de raigambre romanista y germano.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Alberto. Economía y Política <http://politicayeconomia.com/documentos/JUICIO-TEXACO.pdf>. Sentencia de fecha 14 de febrero de 2011, emitida por la Corte Provincial de Sucumbíos, dentro del Juicio No. 002-2003, que por daños ambientales sigue María Aguinda y otros, en contra de la compañía Chevron Corporation, Considerando Décimo Cuarto. Pág. 185 y 186. Consultado en fecha 26 de abril de 2011.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. Obra citada, Pág. 42.
- Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General...*, cit. Pág. 67.
- Carlos Eduardo Tambussil. Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos. Pág. 35
- Conceptos Jurídicos Fundamentales. <http://es.scribd.com/doc/67210379/11/TEMA-12-OTROS-CONCEPTOS-JURIDICOS-FUNDAMENTALES>. Consultado en fecha 23 de abril de 2011.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Constitución de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Londres 16 de Noviembre de 1945. Preámbulo.
- Convenio Sobre la Diversidad Biológica, Organización de las Naciones Unidas, 1992.

- Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos, Argel 04 de Julio de 1976.
- Declaración sobre Medioambiente y Desarrollo, Rio de Janeiro 1992.
- Declaración sobre el Derecho al Desarrollo; Resolución 41/128, de 04 de Diciembre de 1986.
- Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz, del 15 de Diciembre de 1978, Art. 01
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
- Dr. Edgardo López Herrera. Introducción a la Responsabilidad Civil. Pág. 19; Pág. 30
- Eduardo A. Zannoni. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editorial Rubinzal-Culzollí, Argentina, 1996, Pág. 255. "RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.
- Ernesto Rey Cantor; María Carolina Rodríguez Ruíz. Las Generaciones de los Derechos Humanos. Libertad – Igualdad – Fraternidad. Pág. 229. Op. cit. Pág. 230
- Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10, Pág. 3011. Quito, 29 de Octubre de 2002
- García Canclini Néstor, Consumidores y Ciudadanos, Conflictos Multiculturales de la Globalización, Grijalbo, México, 2000.

- Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho. Segunda Edición, México 1986. Pág. 38, 196 y 197.
- Informe de la Comisión Mundial de Medioambiente y Desarrollo (Comisión Brutland). Nuestro Futuro Común 1984.
- José Tuvilla Rayo. El Derecho Humano a la Paz en la Educación: Construir la Cultura de Paz. Pág. 02
- Jürguen Schuldt. Globalización: Mito y Realidad, Editorial Trama Social Ecuador 1998, pág. 15.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Art. 2. Inciso Segundo.
- Ley de Gestión Ambiental. Art. 43.
- María Paz Ávila Ordoñez y María Corredores Ledesma. Los Derechos Colectivos, Serie Justicia y Derechos Humanos. Pág. 307; Pág. 353.
- Mazeaud, Henri – León – Jean. Obra citada, Pág. 91.
- Miguel Carbonel y Rodolfo Vásquez, Globalización y Derecho, Serie Justicia Derechos Humanos, Ecuador 2009. Pág. 20
- Nahim Emén Kalil. Derechos Difusos, Editorial Jurídica Miguez&Mosquera Ecuador 2006 pág. 23
- Pedro Fernández de Córdova Álvarez, Estudios de Derechos Comparados, Corporación de Estudios y Publicaciones, Pág. 1 y 108.

- Pizarro Ramón Daniel, Derecho de Daños, Segunda Parte. Edición La Rocca. Buenos Aires Argentina 1993. Pág. 291.
- Rafael Oyarte Martínez. La Acción de Amparo Constitucional, Fundación Andrade & Asociados, Ecuador 2006. Pág. 49.
- Teodoro Rivera Neumann y Hernán Viguera Figueroa. Los Derechos de la Tercera Generación, Boletín Informativo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. N°. 182 Junio del 2001.
- Tomado del III Programa de Derechos Humanos, Dictado por la Universidad de las Américas.