



FACULTAD DE DERECHO

DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR DAÑO  
AMBIENTAL

“Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador”.

Profesor Guía

Rafael Serrano Barona

Autor

Andrés Sebastián Sánchez Pullas

Año

2014

## DECLARACIÓN DE 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.”

---

Rafael Serrano Barona

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador

171298093-5

## 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”

---

Andrés Sánchez Pullas

171992814-3

## AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por haberme otorgado la fuerza y el conocimiento para desarrollar mi profesión. A la Universidad de las Américas por haberme preparado para la vida profesional. Agradezco profundamente a mi madre que me ha apoyado incondicionalmente en mis proyectos, finalmente agradezco a César Espítia quien me ha formado para ser un hombre de bien.

## DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo de titulación a mi madre, pues ella quien con sus consejos me han guiado por el camino correcto de la vida. Un especial reconocimiento Rafael Serrano Barona, quien ha compartido sin reparo sus conocimientos y me ha brindado lo más grande: su amistad

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca delimitar la norma suprema contenida en el artículo 396 de la Constitución de la República del Ecuador que establece que la responsabilidad por daño ambiental es objetiva.

Para alcanzar tal objetivo, es pertinente analizar el plano del derecho ambiental que propende a la conservación de la naturaleza.

En el plano del derecho de daño ambiental, se estudia la diferenciación entre daño ecológico puro y daño a través del ambiente, cuyo punto de disparidad es el bien jurídico protegido: en el primero se busca proteger al ambiente, en el segundo la protección a los derechos subjetivos individuales son los derechos a resarcir. Ambos tipos de daño ambiental, tienen como punto concordante un suceso ambientalmente dañoso.

Con la delimitación se busca establecer el campo de acción y los casos en que se aplicará como factor de atribución la responsabilidad objetiva. Para ello, se ha determinado que efectivamente el daño a través del ambiente implica un daño al ambiente.

Finalmente, el análisis de los factores eximentes de la responsabilidad resulta importante, ya que la aplicación de la responsabilidad objetiva implica una presunción de la responsabilidad en la que los eximentes inmediatos de ella, serían la efectiva comprobación de la inexistencia del daño y del nexo causal. Por su parte, los factores eximentes mediatos de ella se verificarían con la acción de la víctima o de un tercero para provocar el daño.

## **ABSTRACT**

The main goal of this research is to explain the limits of article 396 in the Ecuadorian Constitution which marks the responsibility of the environmental damages as an objective fact. To reach this goal it is necessary to analyze the environmental law that promotes the nature protection.

The research of environmental damage includes the difference between ecological damage and detriment of the environment. Indeed, the main contrast among those concepts is the definition of legal protection. The first one promotes the environmental protection, in the other hand; the other indicates that the damage of individual rights can be compensated. Both concepts have the same consideration in defining a harmful event.

This Study will serve to establish the limits of the constitutional article in order to know how to apply the objective responsibility. For this reason, it has been necessary to determine that any damage on the environment has effect on nature.

Finally, it is important to analyze the facts that excuse the responsibility over environmental damages. Therefore, it is necessary to verify that an event has not provoked any damage over environment.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I.....	3
1. BASES DEL DERECHO AMBIENTAL.....	3
1.1. Definición del concepto ambiente .....	3
1.2. Protección jurídica del ambiente .....	6
1.2.1. Derechos de la naturaleza.....	6
1.2.1.1. Problemática constitucional del reconocimiento de los derechos de la naturaleza .....	8
1.2.1.2. Visión ecológica.....	10
1.2.1.3. Reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza .....	11
1.2.2. Derecho a un medio ambiente sano.....	14
1.3. Principios ambientales aplicables.....	23
1.3.1. Importancia de los principios .....	23
1.3.2. Principios ambientales en la constitución de la Rrepública del ecuador.....	24
1.3.3. Relación de los principios con la responsabilidad objetiva por daño ambiental .....	27
1.4 principio de desarrollo sustentable .....	27
1.4.1. Declaración de estocolmo .....	27
1.4.2. Informe brundtland.....	30
1.4.3. Conferencia de las naciones unidas sobre medio ambiente y desarrollo .....	31
1.4.4. Desarrollo sustentable en la doctrina .....	33
1.5. Principio de prevención .....	34
1.5.1. Carácter preventivo del derecho ambiental.....	35
1.5.2. Medidas de adopción del principio preventivo.....	38
1.5.2.1. Evaluación de impacto ambiental.....	38

1.6. Principio de precaución .....	39
1.6.1. Definición y características del principio precautorio.....	41
1.6.2. Elementos del principio precautorio.....	43
1.6.3. Paralelo entre principio preventivo y principio precautorio .....	45
1.7 Principio contamina paga.....	46
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>50</b>
<b>2. DAÑO AMBIENTAL Y RESPONSABILIDAD</b>	
<b>AMBIENTAL.....</b>	<b>50</b>
2.1. Daño ecológico puro.....	51
2.1.2 Definición de daño ecológico puro.....	52
2.1.3 Características del daño al ambiental .....	54
2.1.3.1 El carácter colectivo del daño ambiental.....	55
2.1.3.2 Característica de inmaterial del daño ambiental .....	58
2.1.3.3 La gravedad del daño ambiental .....	59
2.1.3.3.1 Impacto tolerado .....	61
2.1.3.3.2 Impacto permitido.....	63
2.1.3.3.3. Daño ambiental como producto de la violación de parámetros permitidos en el impacto autorizado .....	64
2.1.4. Bien jurídico ambiente .....	65
2.1.5. Derechos de la naturaleza como una delimitación al bien jurídico ambiente.....	67
2.1.6. Responsabilidad objetiva por daño ecológico puro .....	69
2.1.6.1 existencia del daño como elemento de la responsabilidad objetiva .....	72
2.1.6.2. Nexo causal como elemento de la determinación de la responsabilidad objetiva .....	75
2.1.7. Inversión de la carga de la prueba en la determinación de la responsabilidad objetiva por daño ambiental .....	80
2.1.8. La prescripción en materia de daño ecológico puro.....	84
2.1.9 consecuencias jurídicas del daño al ambiente .....	86

2.1.9.1. Mitigación del daño ambiental.....	88
2.1.9.2. remediación .....	89
2.1.9.3. restauración.....	92
2.1.10. Reparación in natura e indemnización por daño ecológico puro ..	94
2.1.11. Imposibilidad de restauración .....	97
2.1.12. Reparación por equivalente.....	98
2.1.13. Fondo de compensación ambiental.....	99
<b>CAPITULO III .....</b>	<b>102</b>
<b>3. DAÑO A TRAVÉS DEL AMBIENTE Y</b>	
<b>RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL .....</b>	<b>102</b>
3.1. Aproximación a la responsabilidad civil extracontractual ....	102
3.1.1. Teoría de las obligaciones.....	102
3.2. Factor subjetivo de atribución de la responsabilidad.....	104
3.2.1. Elementos necesarios para la responsabilidad subjetiva.....	105
3.2.1.1. El hecho como presupuesto de la responsabilidad.....	105
3.2.1.2. El dolo o culpa .....	107
3.3. Responsabilidad objetiva .....	109
3.3.1. existencia del daño en la responsabilidad objetiva .....	110
3.3.2. nexo causal.....	112
3.3.3. la actividad en la responsabilidad objetiva .....	114
3.4. Teoría del riesgo como antecedente de la	
responsabilidad objetiva.....	115
3.4.1. riesgo y ambiente.....	118
3.5. problemática de la responsabilidad objetiva	
en la legislación ecuatoriana.....	120
3.6. daño a través del ambiente .....	124
3.6.1. definición y características del daño a través del ambiente .....	126
3.6.2. bien jurídico protegido por el daño a través del ambiente.....	127
3.6.3. Consecuencias jurídicas del daño a través del ambiente .....	130

3.6.3.1 daño emergente .....	130
3.6.3.2 lucro cesante .....	131
3.6.3.3 la indemnización por daño moral .....	132
3.6.4 precripción de la acción por daño a través del ambiente .....	133
<b>CAPÍTULO IV</b> .....	<b>135</b>
<b>4. DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD</b>	
<b>OBJETIVA POR DAÑO AMBIENTAL</b> .....	<b>135</b>
4.1. Análisis de los artículos 41 y 42 de la ley de gestión ambiental.....	135
4.2. Análisis del artículo 43 de la ley de gestión ambiental.....	139
4.3. Problemática de la aplicación de la responsabilidad objetiva para daños a través del ambiente.....	144
4.4. Problemática de la acumulación de acciones en materia ambiental.....	148
4.5. Delimitación de la responsabilidad objetiva por daño ambiental.....	150
4.6 aplicación de la responsabilidad objetiva para el daño ambiental.....	153
4.7. Circunstancias eximentes de la responsabilidad en aplicación del factor de atribución objetivo.....	155
4.7.1 acción de la víctima .....	157
4.7.2 acción de un tercero .....	158
4.7.3 caso fortuito o fuerza mayor .....	160
4.7.4 otros potenciales factores eximentes de la responsabilidad .....	161
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>164</b>
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	<b>172</b>
<b>REFERENCIAS</b> .....	<b>175</b>

## INTRODUCCIÓN

La preocupación por la naturaleza ha crecido últimamente ante el cambio de conciencia del hombre producido por el entendimiento de las implicancias de un deterioro ambiental. El ser humano ha llegado a entender que la naturaleza es efectivamente el lugar donde nace y se desarrolla la vida.

En la XXV Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura el Papa Juan Pablo II, pronunció un emotivo discurso al que hace referencia al medio ambiente que es pertinente recordar:

“Hoy existe una creciente conciencia de que la adopción de medidas encaminadas a proteger al medio ambiente comporta una real y necesaria solidaridad entre las naciones. Es cada vez más evidente el peligro de que una solución eficaz de los problemas que plantea el peligro de contaminación atómica y atmosférica y el deterioro de las condiciones generales de la naturaleza y la vida humana, puede hallarse únicamente a nivel mundial... De hecho, es cada vez más evidente que las diversas políticas de desarrollo requieren una auténtica cooperación internacional realizada según las directrices establecidas en común y en el contexto de una visión universal que tenga en cuenta el bien de la familia humana no sólo de esta generación sino también de las futuras.”  
(1989)

Las consecuencias del deterioro ambiental se vuelven cada vez más evidentes, y la conciencia colectiva se encamina al cuidado ambiental. En este sentido la nueva práctica doctrinal normativa internacional tiende a la evitación a toda costa el daño.

En la actualidad, se ha evidenciado la división del derecho ambiental en dos grandes ámbitos diferenciados por el aspecto temporal: el derecho ambiental de conservación del medio ambiente y, el derecho que pretende establecer las bases normativas de cuando acontece un daño ambiental significativo.

En el presente trabajo de investigación se observará un breve recorrido sobre el ámbito de la conservación del medio ambiente, que contiene el sistema de protección ambiental, que en el Ecuador abarca el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y el derecho a un medio ambiente sano y la adopción de los principios ambientales aplicables, tales como el principio de desarrollo sustentables preventivo, precautorio, entre otros.

Por su parte, la determinación de la responsabilidad por daño ambiental, cabe mencionar que existen varios tipos de responsabilidad medioambiental, a saber: responsabilidad por daño ambiental, responsabilidad civil ambiental, responsabilidad estatal por daño o contaminación ambiental, responsabilidad penal ambiental.

La esencia del trabajo de investigación se encamina al estudio detallado de la responsabilidad por daño ambiental y responsabilidad civil ambiental, toda vez que las implicancias de la responsabilidad estatal y responsabilidad penal, por la naturaleza de las acciones, gozan de características especiales que son materia de un profundo estudio de manera particular.

En este sentido, por el mandato constitucional contenido en el artículo 396 de la Carta Magna, ha dispuesto que la responsabilidad por daño ambiental sigue el factor de atribución objetiva. Esta afirmación trae una serie de consecuencias jurídicas que vuelven a la acción por daño ambiental un procedimiento jurídico particular.

En el Ecuador, la legislación ambiental no ha seguido el ritmo de evolución de las actuales teorías de protección de la naturaleza que se encuentran contenidas en la Constitución. Esto no ha permitido que se hagan efectivos fácticamente el sistema de protección ambiental y el sistema de responsabilidad ambiental. Es por tal, que se ha creído pertinente analizar la temática jurídica del daño ambiental, y establecer los límites a la aplicación del factor de atribución objetivo por daño ambiental y los factores eximentes de la responsabilidad.

## **CAPÍTULO I.**

### **1. BASES DEL DERECHO AMBIENTAL**

#### **1.1. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO AMBIENTE**

El diccionario de la Real Academia Española, define al medio ambiente como “El conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales que vive una persona... Conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo...” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española). Para las ciencias naturales, el ambiente es el conjunto de factores externos que actúan sobre un organismo, una persona o una colectividad, dichos factores inciden directamente en la supervivencia, el crecimiento desarrollo y reproducción de los seres vivos, tanto como en la estructura dinámica de las poblaciones y de las comunidades abióticas. (Pastorino, 2005, p. 28)

Constituye un verdadero reto para el derecho ambiental definir al medio ambiente, ya que dependerá de dicha definición las implicancias y los elementos abarcadores del derecho ambiental, tanto en su parte preventiva como en el derecho de daños.

Para Amábile ambiente “... en su sentido estricto, se puede definir como el equilibrio estricto de fuerzas que rigen la vida de un grupo biológico, por lo que tiene una estrecha relación con las fuerzas de la naturaleza...” (Amábile, 2008, p. 17). En una distinción que la Jurista realiza del término ambiente con la polución, cita la ley suiza y la ley francesa que definen la polución – haciendo referencia a la aguas- como el deterioro del líquido vital existente en la superficie o de manera subterránea, a fin de alcanzar la protección sanitaria del hombre, además se destaca como la polución a la degradación de las aguas modificando sus características físicas, químicas, biológicas y bacteriológicas. (Ibídem).

En tiempos modernos, se ha comprendido que el medio ambiente, no solamente implica el agua, sino otros factores como el aire; en este sentido se

firmado el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985); misma que define a la capa de ozono como:

“... la capa de ozono atmosférico por encima límite del planeta... por ‘efecto adverso’ se entienden los cambios en el medio físico o las biotas, incluidos los cambios en el clima que tiene efectos deletéreos significativos para la salud humana o para la composición, resistencia y productividad de los ecosistemas tanto naturales como objeto de ordenación o para los materiales útiles al ser humano...”

Por su parte, es muy común que la doctrina jurídica y las explicaciones de las ciencias naturales con respecto al ambiente, asocian a este término con el ecosistema. El ecosistema es definido en la Ley de Gestión Ambiental ecuatoriana (2004) como “... la unidad básica de integración organismo-ambiente, que resulta de las relaciones existentes entre los elementos vivos e inanimados de un área dada.” La presente definición, marca al ecosistema como una integración entre el organismo y el ambiente, es decir consistiría en las interrelaciones de los elementos de la naturaleza.

Por su parte, la jurista Graciela Güidi, define al ambiente como un todo; tanto físico-natural, construido y sociocultural, en el cual todos los elementos interactúan entre sí, con un grado de independencia en la asociación de sus elementos. (Güidi, 2008, p. 552)

Pastorino afirma que constantemente, el término ambiente es utilizado en varias acepciones desde un punto de vista de connotación de tipo social, dicho esto el ambiente es el conjunto de agentes físicos, químicos, biológicos y factores sociales susceptibles de provocar un efecto directo de cualquier tipo sobre los organismos vivos y las actividades humanas. (Pastorino, 2005, p. 29)

En este punto, sucede el choque de posturas acerca de la definición de ambiente, pues la discusión se centra en si el ambiente implica tanto el entorno natural, como el aspecto urbanístico.

El derecho urbanístico hace referencia a las disposiciones, generalmente de orden municipal, cuya finalidad es asegurar el desarrollo adecuado, técnico, higiénico de las ciudades. Se trata de un problema social que cada día adquiere mayor importancia, a causa del acrecentamiento de las poblaciones, del extraordinario incremento de los medios de transporte urbano y de la apetencia generalizada de mayor bienestar en todo ambiente donde ha de convivirse. (Cabanellas, 2006, p. 397)

Resulta innegable el hecho de que en algún punto el derecho ambiental roce con el derecho urbanístico, especialmente cuando se trate de la problemática de la higiene y salud pública, el tratamiento de desechos peligrosos, y demás aspectos.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud, se ha referido a la salud ambiental y la relaciona con todos los factores físicos, químicos y biológicos externos de una persona (Organización Mundial de la Salud, 2013). Es evidente la importancia del ser humano como centro de las preocupaciones en materia de la salud pública.

La crítica que emplea Pastorino, para las implicancias de una definición de ambiente, es que en las nuevas definiciones se emplea un exceso de antropocentrismo; aunque no desconoce que quedan ya pocos espacios naturales en el globo, pero el ambiente natural, tiene sus propias leyes que son la base de estudio de la ecología, y aunque el accionar del hombre ha modificado los ecosistemas, se debe partir de de las mismas leyes naturales para la solución de los problemas que aquejan al medio ambiente. (Pastorino, 2005, pp. 30-32). Por lo expuesto, para dicho jurista la definición de ambiente debe abarcar solamente el ambiente natural, y pone como argumento principal que en el caso de los problemas ambientales, el hombre busca siempre intervenir con una acción artificial para “tapar” la problemática y no se recurre a la exégesis de la causa que podría ser un desequilibrio ambiental.

Sin embargo, no se puede desconocer que la acción del hombre se emplea en casi todas las relaciones naturales. Por lo tanto, para definir al medio ambiente,

se dirá que éste constituye todo lo que rodea a un organismo. Ante la falta de una definición clara en la legislación ecuatoriana, se debe analizar cada caso para determinar la dimensión de medio ambiente.

## **1.2. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL AMBIENTE**

### **1.2.1. DERECHOS DE LA NATURALEZA**

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada en el 2008, contiene normas sin precedentes a nivel mundial en temas de medio ambiente. En este sentido, presenta un avance proteccionista en la esencia misma del derecho, al reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos. Amplias han sido las discusiones acerca de la pertinencia o no del reconocimiento planteado, pues el debate se centra en el carácter de la protección: si en realidad se habla de los derechos de la naturaleza *persé*, o se trata de la extensión de la protección a una categoría jurídica especial.

Carlos Rodríguez manifiesta que “Cuando un sistema jurídico atribuye a un animal o a un objeto un tratamiento diferenciado, no está elevando la condición de sujeto, sino muy por el contrario, convirtiéndole en objeto, en bien jurídicamente protegido.”. (Rodríguez, 2011, p. 205).

Sin duda, el primer jurista en observar a la naturaleza como un potencial destinatario de un derecho atribuido fue Christopher D. Stone, quien, observó la necesidad de otorgar legitimidad procesal a la naturaleza y hacer de esta destinataria primordial de las indemnizaciones pecuniarias que pudieran generar los daños ambientales, es este modo el autor señala:

Una razón para convertir al medio ambiente en beneficiario en nombre propio de una decisión judicial es impedir que se pueda “disponer de sus intereses” mediante una negociación entre particulares que estén de acuerdo en no hacer cumplir los derechos que se le hayan podido reconocer. (Stone, 2009, p. 214)

Este afamado jurista, observó la necesidad de otorgarle derechos propios al medio ambiente por dos circunstancias. La primera es que la naturaleza necesita legitimidad procesal para comparecer ante los tribunales por temas ambientales en calidad de directamente afectada, esta comparecencia se la ejercerá a través de un “guardián”, quién velará por la tutela efectiva de dichos derechos. La segunda, es que el sistema indemnizatorio, muchas de las veces, tienen un alcance a título personal de las personas afectadas; en contraste, la naturaleza –que es la que sufre el daño- no recibe parte en dichas indemnizaciones, ya que las partes procesales defienden sus intereses individuales.

Stone prevé la necesidad de un guardián que haga efectivo los derechos de la naturaleza, este guardián puede ser un emisario del Estado, o cualquier persona que se sienta directamente afectado con el acontecimiento ambiental. (2009).

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza, exige un cambio de conciencia, no solo legal, también de la sociedad en sí.

Sin duda, esta nueva restructuración teórica de los derechos necesita de una nueva visión jurídica.

Tal como sucedió con Savigny con el tratamiento de la persona jurídica, al establecer una figura jurídica única en su tiempo, en la que se tuvo que establecer una nueva manera de ver al derecho, ya que para su tiempo era poco factible que un ente sin vida sea titular de derechos y obligaciones; pero la visión de Savigny logro resolver la problemática al establecer una persona física quien ejerza los derechos y cumpla las obligaciones de la persona jurídica.

Uno de los principales problemas jurídicos que ha necesitado enfrentar tal reconocimiento, ha sido la concepción civilista de que “todo derecho contrae una obligación”, es evidente que la naturaleza no puede contraer obligaciones.

Esa es la conjetura que los asambleístas han tenido que eludir con respecto a una potencial crítica hacia un reconocimiento de tal magnitud.

Como se podrá evidenciar, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, toma dos planos de discusión, el primero es la problemática constitucional y el segundo consiste en la visión ecológica de dicho reconocimiento.

#### **1.2.1.1. PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA**

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, se han encontrado varios problemas en cuanto al reconocimiento de los derechos de la naturaleza se trata. Dichos problemas abarcan la concepción filosófica del derecho.

El jurista ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría al respecto manifiesta en el plano legal, el reconocimiento de ciertos derechos que merecen una protección estatal especial, se basa en varios argumentos: la dignidad, el derecho subjetivo, la capacidad, entre otros. (Ávila Santamaría, 2011, p. 174-175)

En primer lugar, con respecto al tratamiento de la dignidad, se ha dicho que “La clave para entender la dignidad está en la fórmula de medio y fin. Nadie puede ser un medio para el cumplimiento de los fines de otros –regla general-, salvo que siendo medio sea un fin al mismo tiempo.” (Ibídem, p. 177)

En este sentido, es claro que la naturaleza es un medio del ser humano para alcanzar su desarrollo, por lo tanto no sería titular de derechos. En contraste, se argumenta –según la nueva concepción ecológica- que la “Tierra es un ser vivo”, tal como resalta Santamaría tomando el argumento de Esperanza Martínez.(Ibídem, p. 189). El reconocimiento de vida al planeta, implicaría que como todo ser vivo tiene un ciclo, que constituye su fin, su razón de ser; por lo tanto la Tierra es un medio del ser humano, pero, al ser su medio se constituye en su fin también. Al hablar de ello se haría necesario el respeto de la dignidad de la naturaleza atribuyéndole derechos propios.

En segundo lugar, vale la pena mencionar, que la consideración del derecho civil clásico de que solo se puede ser sujeto de derechos si se es capaz de contraer obligaciones. Sobre esto, Ávila Santamaría se refiere al comentario de María Amparo Albán, manifestando:

Amparo Albán utiliza esta categoría, propia del siglo XVIII, para manifestar la dificultad de la naturaleza como titular de derechos que puede ejercerlos, al sostener que tanto en el derecho anglosajón como en el derecho romano germánico “a cada derecho le corresponde en contraprestación una obligación y, en consecuencia, solo los entes deliberantes sean personas naturales o jurídicas, lo pueden ejercer”... Albán desconoce que desde la teoría del derecho de los derechos humanos, ciertos titulares pueden no tener obligaciones correlativas, como cuando se les reconoce derechos a los niños y niñas o a los pueblos indígenas, criterio que es propio de las relaciones jurídicas horizontales que son características del derecho civil. (Ibídem, p. 193-194).

Sin duda, el garantismo es el camino que se ha seguido en la Constitución del Ecuador. Este lineamiento jurídico se hace evidente al observar el reconocimiento y garantía de los derechos. Es la misma Carta Magna que expresa que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...” (Constitución de la República de Ecuador, 2008, art. 1). En este orden, se han reconocido derechos sin la necesidad de imponer obligaciones correlativas.

Es el caso de los derechos que gozan los grupos de atención prioritaria, establecido en el artículo 35 de la Constitución del Ecuador, que establece una lista no taxativa de personas que merecen especial protección por su calidad especial.

Las personas que gozan de derechos con atención especial por parte del Estado, han adquirido esas prerrogativas por su calidad de vulnerabilidad, ya que la norma entiende que dichos grupos requieren prioridad en el tratamiento de sus derechos ya que se encuentran en estado de necesidad y constituyen

los grupos más frágiles y necesitados de la sociedad. Este mismo razonamiento puede seguirse al estudiar los derechos de la naturaleza, ya que el fin último de la protección es conservar un elemento frágil en su equilibrio, tal como lo son los ecosistemas; en tal virtud, el reconocimiento de un derecho de la naturaleza no exigiría una obligación correlativa.

#### **1.2.1.2. VISIÓN ECOLÓGICA**

El fundamento principal del reconocimiento de los derechos de la naturaleza en la Constitución del Ecuador es la visión ecológica del derecho ambiental y la cosmovisión indígena. El entendimiento de esta doctrina ambiental se encuentra estrechamente ligada con la teoría ecocéntrica del derecho ambiental.

En este sentido, es pertinente destacar que la teoría ecocéntrica "... Propone una nueva visión del ambiente como valor autónomo de la naturaleza en contraposición a siglos de uso y abuso de ella bajo una consideración meramente utilitarista en la que los elementos del ambiente fueron recursos o simples objetos.". (Pastorino, 2005, p. 43).

Como se puede evidenciar, esta visión del derecho ambiental, propone una consideración de cuidado de la naturaleza, pero no para garantizar la satisfacción de las necesidades del hombre, sino, para atender las urgencias ambientales. El hombre deja de ser el centro de las preocupaciones en el tema ambiental, pasa a ser la naturaleza la destinataria directa de la protección por su calidad de vulnerable.

La cosmovisión indígena, que fue un verdadero motor para la inclusión de los derechos de la naturaleza en la Constitución del Ecuador, se ha llegado a reconocer que el planeta por sí mismo tiene vida, un aspecto ejemplificativo es la explicación que realiza Nina Pacari respecto al tema, citado por Ávila:

Según la cosmovisión indígena, todos los seres de la naturaleza están investidos de energía que es el SAMAI y, en consecuencia, son seres que tienen vida: una piedra, un río (agua), la montaña, el sol, las plantas,

en fin todos los seres tienen vida y ellos también disfrutaban de una familia, de alegrías y tristezas al igual que el ser humano... en el mundo de los pueblos indígenas –La Tierra- no es sino allpa-mama... primero, hay una identidad de género: es mujer. Segundo es lo más grande y sagrado, es la generadora de vida y producción. (Ávila Santamaría, 2011, p. 190)

Por su parte, es la cosmovisión indígena la que claramente reconoce a la naturaleza como un todo, y al hombre como parte integrante de ella. Es en este punto cuando se evidencia la necesidad de elevar la protección de los ecosistemas a un estrato donde se pueda equiparar al medio ambiente al nivel de protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

Por otro lado, en consideración de las implicaciones del SumakKawsay, el tema ambiental se torna en una nueva forma de conciencia colectiva, en el cual el modelo mismo de desarrollo se encuentra armonizado con la naturaleza. En la cosmovisión indígena no existe dominaciones, pues todos los entes que conforman la pacha mama están en armonía, el ser humano convive en una vida de autoridad, que presenta una vida basada en valores éticos y se aleja completamente del consumismo materialista. (Hermida, 2013).

El Sumak Kawsay es la nueva concepción que se tiene sobre la vida diaria, en la cual la armonía de la satisfacción de las necesidades humanas con el cuidado ambiental se vuelve un solo fin para el desarrollo.

En ello se centra la visión de la Carta Magna del Ecuador, al considerar a la naturaleza como sujeto de derechos, en la que se prevé un cambio de conciencia social, que prevé procurar la preservación integral de los ecosistemas, ya que son en ellos donde se reproduce la vida, y la pacha mama provee de todos los insumos al hombre para satisfacer sus necesidades.

### **1.2.1.3. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA**

Una vez que se ha tratado de justificar el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, desde un punto de vista doctrinario, es pertinente determinar las

normas constitucionales que proclaman el sistema de los derechos de la naturaleza, en este sentido se ha establecido:

Artículo 10: "...La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.".(Constitución de la República del Ecuador, 2008.). Esta norma, constituye el reconocimiento propio de los derechos de la naturaleza en la Carta Magna, en donde se afirma que la naturaleza es titular de los derechos que la misma Constitución consagra, haciendo una clara distinción entre los derechos de las personas, pueblos y comunidades y los derechos de la naturaleza. Estableciendo, como técnica legislativa, que el medio ambiente no es titular de los mismos derechos consagrados para las personas o las colectividades.

En consecuencia, se realiza el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en el Capítulo VII del Título II de la Constitución:

"Artículo 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos." (2008).

El artículo mencionado tiene varios elementos que son de vital importancia en la aplicación del derecho, pues presenta una idea del alcance del reconocimiento: equipara a la naturaleza con la cosmovisión indígena de la Pacha Mama y reconoce que está es donde nace y se desarrolla la vida, por lo tanto la protección abarca a todos los ecosistemas y niveles de agrupación de la vida.

Por otro lado se reconoce, a la naturaleza, el derecho a la conservación ecosistémica; que permite un mayor aprovechamiento del hombre de los recursos naturales. La conservación sigue una línea en el tiempo, apuesta hacia el futuro, en otras palabras "... se trata de una intervención que respeta las leyes y equilibrios del ecosistema para permitir su perdurabilidad en el tiempo." (Pastorino, 2005, p. 22). Desde un punto de vista ecológico, expuesto por Odum citado por Pastorino, la conservación perseguiría dos objetivos: la

protección y el mantenimiento del ambiente en el plano paisajístico, y el equilibrio entre uso de los recursos y su renovación. (Pastorino, 2005, p. 19-23).

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), define a la conservación in situ:

“... la conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales y, en caso de las especies domesticadas y cultivadas en que hayan desarrollado sus propiedades específicas...”

La definición de conservación, se asemeja a la del desarrollo sustentable, en el sentido de que se pretende el aseguramiento de la utilización sustentable de la biósfera y los ecosistemas existentes en ella, para asegurar su futuro aprovechamiento. (Ley de Gestión Ambiental, 2004).

Por otro lado, el artículo 72 de la Constitución del Ecuador establece “La naturaleza tiene derecho a la restauración...” (2008). Considerando que legalmente, la restauración “Es el retorno a su condición original de un ecosistema o población deteriorada.” (Ley de Gestión Ambiental, 2004).

Del mismo modo el artículo 73 de la Carta Magna dispone que “El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales... Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.”. (2008).

En esta disposición se utiliza el término de “precaución” en un sentido amplio, no en un sentido estricto como el principio de precaución en el Derecho Ambiental. En sentido estricto del principio de precaución se encuentra de por medio la certidumbre científica, como un elemento no determinante para tomar todas las medidas necesarias tendientes a evitar un posible daño ambiental. En el artículo 73 de la Constitución, por el estilo de su redacción se entendería que

se toma la palabra precaución en un sentido amplio, ya que no hace la distinción o incorpora a en la redacción al principio preventivo. El sentido amplio de la precaución en el derecho ambiental se orienta a tomar la definición natural y común de la palabra precaución, en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que se orienta a una reserva o cautela para evitar inconvenientes, en este caso ambientales.

En este punto, más que la consagración de un derecho se impone la obligación de estatal de mantener y preservar todos los niveles de vida natural, dicha obligación podría retrotraerse al punto de considerarse como un derecho ejercido por la naturaleza a través de su “guardián”.

En conclusión, los derechos de la naturaleza que la Constitución le atribuye: el derecho a la conservación y el derecho a la restauración. La distinción entre ellos se halla en el plano temporal, toda vez que el derecho a la conservación se da en un momento anterior al un daño ambiental, y tiene estrecha relación con el tema de la prevención del daño; mientras, que el derecho a la recomposición se da en un momento inmediato posterior a un daño, en donde por la consagración del derecho, el que provocó el daño debe dejar en su estado anterior al ecosistema dañado.

### **1.2.2. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO**

El reconocimiento del derecho que tienen las personas a vivir en medio ambiente sano, es otro mecanismo de protección al medio ambiente, pero visto desde el enfoque de la protección a la sociedad.

Tal reconocimiento, centra nuevamente las preocupaciones hacia la protección del ser humano y a la sociedad, siguiendo fielmente la teoría antropocéntrica. El antropocentrismo consagrado en varios instrumentos internacionales, de manera especial en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, llamada también como la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, el cual en su parte considerativa establece “El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral,

social y espiritualmente...” (1972). De esta manera, se deja el precedente que el ser humano es el centro de la preocupación medio ambiental, ya que preocupa su desarrollo y la satisfacción de sus necesidades primarias y secundarias, lo cual solo le es factible lograr a través de una responsable extracción y tratamiento de los recursos naturales –de manera especial los recursos no renovables- para garantizar su subsistencia.

En consecuencia se ha establecido como derecho de los seres humanos, el derecho a un medio ambiente sano, contemplado en el artículo 14 de la Constitución de la República del Ecuador: “Se reconoce el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumakkawsay*...” (2008).

La primera delimitación que se le realiza al presente inciso, es que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho colectivo, pues la norma no se refiere a un individuo, sino que se refiere a la población en general. En el amplio catálogo de derechos que reconoce la Constitución del Ecuador, se ubica al derecho a un medio ambiente sano como un derecho del buen vivir. Los derechos del buen vivir son de carácter colectivo, otorgados en su integralidad para asegurar precisamente ese estado de percepción de bienestar colectivo que busca el buen vivir.

El derecho al medio ambiente sano tiene una notoria relación con la idea del buen vivir, plasmada en la Constitución del 2008. La concepción del buen vivir implica un nuevo modelo de vida y, desde el punto de vista ambiental, se propone una nueva relación entre la naturaleza y el ser humano, ya que promueve el uso de los recursos que brinda la naturaleza y la regeneración natural de los mismo (Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013, 2009).

Cabe destacar que para entender al Buen Vivir, consagrado en la Constitución, se debe partir de la idea de la integralidad en la aplicación de los derechos, considerando que en sí, la vida es parte integral de un todo.

Por otro lado, la distinción de un derecho fundamental con un derecho difuso o colectivo, toma importancia en el aspecto procesal. En el derecho

constitucional contemporáneo, se hace una distinción entre los derechos fundamentales y los derechos colectivos en cuanto a la acción encaminada a tutelar dichos derechos.

La Sala Primera de revisión de la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia T-065/13 de 8 de febrero del 2013, en el Proceso de Luis Motta contra el Ministerio de Transporte de ese país; se ha referido como improcedente la acción de tutela para garantizar la defensa de los derechos que son considerados colectivos. Considerando en el caso en cuestión que, al ser el bien jurídico afectado el derecho a gozar de un medio ambiente sano, éste constituía un derecho colectivo, lo que invalidaba la acción de tutela en vista que el derecho afectado no tiene la característica de fundamental sino colectivo o difuso. (2013, p 46).

La cultura jurisprudencial colombiana, ha establecido que la acción de tutela no tiene como objetivo la protección de un derecho colectivo, sino que precautela los derechos fundamentales. La excepción a la regla, sería que en vía de tutela se incoe esta acción para precautelar un derecho difuso pero acompañado del riesgo real o presuntivo de afectación a un derecho fundamental e individual. Por ejemplo, si a través de un posible deterioro del ambiente, estaría en riesgo la vida de las personas moradoras del sector donde ocurre el acontecimiento. (Ibídem).

La problemática procesal expuesta, causó que la acción presentada por Motta sea desestimada, basándose en el argumento de incompatibilidad de acciones, ya que en el proceso no se logró probar que la afectación al derecho al medio ambiente sano esté ligado a otro derecho de tinte fundamental. El argumento de la sala fue que existen acciones específicas para el tratamiento de las afecciones a los derechos difusos, que han sido específicamente diseñadas para establecer etapas procesales más complejas y permitan un mejor análisis del juzgador, además de la aplicación de los principios constitucionales y legales que se ajusten a los intereses y derechos colectivos. (Ibídem).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana, hace referencia a las acciones que protegen los derechos colectivos, que se encuentran claramente contenido en el artículo 88 de la Constitución Colombiana y en la Ley 472 de 1998, que regula las “acciones populares” para la defensa de los derechos colectivos.

En el Ecuador la acción pertinente para el amparo efectivo de los derechos consagrados en la Constitución es la Acción de Protección, que podrá interponerse cuando exista la vulneración de los derechos constitucionales, siempre que tal violación no se refiera a los derechos que tutelan las demás acciones constitucionales. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 88). Como se ha dejado en evidencia, en el Ecuador no existe la distinción de las acciones que se puedan incoar para la protección de un derecho colectivo o un derecho individual, pues la norma adjetiva constitucional prima la vulneración del derecho, sin importar el destinatario de la afectación del derecho.

La acción de protección se encuentra ampliada en su tratamiento en la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, específicamente en los artículos 39 y siguientes de la referida ley.

Una vez realizada esta precisión, es pertinente analizar que implica un “medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado”. La Constitución Nacional de Argentina, en su artículo 41 amplía el concepto del reconocimiento del derecho, extendiendo la definición de lo que implicaría un medio ambiente sano “apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...” (1994). Para Mario Valls, el derecho a un medio ambiente sano, implica también, la diversidad biológica, la preservación del patrimonio cultural de cada territorio y la información, instrucción y educación ambiental. (Valls, 2007)

La norma constitucional de Argentina realiza una aproximación al principio del desarrollo sustentable.

La Constitución de la República Argentina, también reconoce al medio ambiente sano como un derecho colectivo, claramente reconocido como tal, ya que en su artículo 43 establece la legitimación activa para interponer acciones que protegen al medio ambiente, así como los derechos de “incidencia colectiva”, al afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que tratan de proteger los derechos colectivos.

Por su parte la precisión de un “medio ambiente ecológicamente equilibrado” conlleva una serie de consecuencias en su definición. En cuanto al equilibrio ecológico concierne, su definición ha sido desarrollada en la Ley de Equilibrio Ecológico y Protección al Medio Ambiente de los Estados Unidos Mexicanos, que en su artículo 3 define “...Equilibrio ecológico.- La relación de interdependencia entre los elementos que conforman el ambiente que hace posible la existencia, transformación y desarrollo del hombre y demás seres vivos...” (1988).

En este sentido, avanzando en el desglose del referido artículo, tenemos que el medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado debe garantizar la sostenibilidad y el buen vivir. En lo que respecta al concepto del desarrollo sostenible se hará un extenso análisis en líneas posteriores.

Desde un punto de vista doctrinal, la dimensión del derecho a un medio ambiente sano tiene como punto de partida los derechos fundamentales anteriormente reconocidos como el derecho a la vida y el derecho a la salud. Pastorino sostiene que una sentencia italiana de 1971, es la primera que reconoce a un individuo el derecho a un medio ambiente sano. Los casos ambientales que perjudicaban a las personas en particular, se resolverían con la protección y acción que da el artículo 2618 del Código Civil Argentino (2002). Posteriormente, la teoría italiana avanzó en la línea del pensamiento y estableció el derecho al medio ambiente sano, pero tomando como pilar el derecho de las personas a la salud. (Pastorino, 2005, p. 64).

Esta norma legal establece las relaciones de buena vecindad, pero específicamente se refiere al entorno en donde conviven las personas, en este

sentido se dice que las actividades de los vecinos no deben exceder las normas de tolerancia, tomando en cuenta el espacio y el lugar, además de los parámetros establecidos por la autoridad competente. Esta norma otorga la legitimación activa a quien siente vulnerado su derecho de vivir en un entorno adecuado; por su parte, el deber del juez será imponer la indemnización al vecino que causa el malestar u ordenarle que cese la actividad. La protección solamente se refiere a las relaciones de buena vecindad, pero constituye un antecedente importante para delimitar el derecho al medio ambiente sano.

La idea del derecho a un medio ambiente sano, ha venido tomando fuerza en una declaración de la sociedad civil internacional, La Declaración de Los Derechos Humanos Emergentes, que ha nacido tras la recopilación de las necesidades de la sociedad propuestas por algunos grupos sociales. En Barcelona, España en el año de 2004, se ha promulgado dicha Declaración; que reza:

“Artículo 3. Derecho a habitar el planeta y al medio ambiente. Todo ser humano y los pueblos en que se integran tienen derecho a vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, a disfrutar de la biodiversidad presente en el mundo y a defender el sustento y continuidad de su entorno para las futuras generaciones.” (2004).

La lectura del artículo es muy similar a las implicaciones que trae el medio ambiente sano consagrado en el artículo 14 de la Constitución del Ecuador.

La evolución de un nascente derecho a un medio ambiente sano, se materializó en la construcción de un derecho subjetivo, reconocido de forma individual de los demás derechos. Con el cual cada individuo de una colectividad sea titular del derecho al medio ambiente sano. Pastorino manifiesta que “El paso siguiente es el del reconocimiento de un verdadero derecho al ambiente que, por lo general, los ordenamientos jurídicos tardaron en reconocer hasta no contar con un texto positivo en tal sentido, pretendiendo preferentemente un texto a nivel constitucional...” (Pastorino, 2005, p. 65).

La Constitución de la República del Ecuador (2008), y la cultura constitucional de los últimos años en el país; han seguido la línea que propone el jurista citado, en virtud, de que el reconocimiento al medio ambiente sano se lo ha elevado a rango constitucional, con las particularidades del caso. Como se ha mencionado se ha reconocido al derecho al medio ambiente sano como un derecho del buen vivir, que constituye una de las bases para ese nuevo paradigma de estilo de vida que se propone, ya que la actividad del hombre con la armonía con la naturaleza debe ser notoria; por tal motivo, se verifica la necesidad de reconocer al derecho como un derecho colectivo, en donde se priorice los intereses de toda la sociedad a vivir en un entorno adecuado.

Esta precisión es importante, ya que el reconocimiento a un medio ambiente sano se encontraba ya reconocido en la Constitución Política del Ecuador de 1998.

Una fuerte crítica que ha recibido la delimitación del derecho al medio ambiente sano, ha sido expuesta por el jurista Ruda González, quien sostiene que la técnica que se ocupa de hacer efectiva esta protección no ha alcanzado el desarrollo suficiente. Tomando en consideración que todas las actividades del ser humano causan impacto, la comunidad científica no ha alcanzado el desarrollo suficiente para determinar cuándo una alteración a la naturaleza se considera una lesión que puede atentar el derecho al medio ambiente sano, esto “dificulta la configuración de un auténtico derecho subjetivo y por tanto se cierne una duda justificada sobre su utilidad...” (Ruda González, 2008, p. 53).

La crítica planteada tiene su concordancia en el argumento que el medio ambiente se compone de múltiples factores que se relacionan entre sí, por simple definición de ambiente se considera que este está en constante cambio, por lo que resulta muy complicado establecer una relación jurídica estable con respecto al medio ambiente sano.

Los elementos que conforman el medio ambiente tienen su relación y equilibrio, lo cual garantiza su desarrollo. Esta afirmación es el complemento del derecho

al medio ambiente sano en la norma constitucional ecuatoriana, al manifestar que en conjunto al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Por su parte resulta curiosa la realidad jurídica de las constituciones europeas al no considerar al medio ambiente sano como un derecho subjetivo, fundamental o colectivo. Tomando el claro ejemplo de la Constitución del Reino de España, que en su artículo 45 de declara que “Todos tienen el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona...” (1978). El debate se centra en que tal reconocimiento forma parte de los principios rectores de la política social y económica, pero sin la protección especial y primordial que se le otorgan a los derechos fundamentales, contenidos en la sección I del capítulo II de la Carta Magna de aquel país. Según Ruda González, la principal consecuencia jurídica de tal afirmación es que “... Como tal, sólo puede informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos... En cambio, no puede fundamentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...” (2008, p. 51).

Es claro que el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en el Ecuador va más allá de la protección fijada en naciones europeas. La concepción del derecho al medio ambiente sano al establecerlo como un derecho del buen vivir, conlleva la gran importancia que se le da a los derechos de acción colectiva sobre los intereses privados; a más de obligar a llevar una política económica amigable con el medio ambiente, reconoce que se requiere de la protección ambiental se convierta en un matiz de vida de todos los ecuatorianos.

En la legislación ecuatoriana se reconoce que el derecho a un medio ambiente sano es necesario para llevar una vida adecuada y saludable. Un medio ambiente apropiado para desarrollar las potencialidades del hombre resulta fundamental cuando se legisla acerca de las protecciones especiales a los grupos de atención prioritaria. Analizando la legislación, en particular los derechos de los niños, niñas y adolescentes; se encuentra que tomando en consideración del interés superior del menor se ha consagrado el derecho al medio ambiente sano como un derecho de supervivencia; esto para garantizar

su salud, seguridad alimentaria y desarrollo integral del menor. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 32). Con esta norma legal, el legislador ha querido denotar la importancia del medio ambiente para el desarrollo físico y psicológico del menor.

Regresando al análisis constitucional del artículo 14 de la Constitución, en su segundo párrafo se establece que es de interés público algunos de los aspectos ambientales. La importancia de la afirmación constitucional radica en que establece una lista no taxativa de lo que se reconoce como 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. (Constitución del Ecuador, 2008). En estricto sentido, se reconoce de interés público las dos caras de la moneda del derecho ambiental, pues esta implica tanto la política de preservación del ambiente y la acción de remediación y restauración una vez que haya acontecido un siniestro ambiental.

Por otro lado, en la sección segunda de los derechos del buen vivir, que habla del medio ambiente sano, se hace el reconocimiento de la implicancia del derecho, en el sentido que en el artículo 15 de la Constitución de la República del Ecuador, se promueve el uso de las tecnologías limpias y energías alternativas; la prohibición de la proliferación de armas nucleares y biológicas, o tecnologías que atenten contra la salud de los seres humanos, la soberanía alimentaria o los ecosistemas; establece también la prohibición de la introducción de residuos nucleares o tóxicos al territorio del Ecuador. (2008). Esta afirmación constituye una manera de delimitar y viabilizar el reconocimiento al derecho al medio ambiente sano. Todas estas normas, orientan a la definición de un ambiente adecuado.

Como se ha podido evidenciar, el reconocimiento al derecho al medio ambiente sano es de vital importancia para la directriz de alcanzar el buen vivir y el bienestar general de la sociedad. Por otro lado, en lo que respecta al presente trabajo de investigación, el reconocimiento al derecho constituye una forma de preservar el medio ambiente. La protección especial al ambiente es ejercido a

través del reconocimiento al derecho a un medio ambiente sano, desde el punto de vista antropocéntrico en donde el hombre es el destinatario del derecho y de la norma.

### **1.3. PRINCIPIOS AMBIENTALES APLICABLES**

#### **1.3.1. IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS**

El jurista Guillermo Cabanellas ha definido a los principios como los “... Fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte...” (Cabanellas, 2006, p. 305). Los principios ambientales aplicables al tema materia de la presente investigación, buscan establecer las bases jurídicas para la aplicación del derecho antes y después de un acontecimiento con impacto ambiental.

Los principios en el campo jurídico constituyen las pautas para la aplicación de la norma y la valoración jurídica, promueven la aprobación de nuevas normas y la correcta interpretación de las ya existentes. (Cafferatta, 2011, p. 333). En temas ambientales, el desarrollo del derecho en dicha rama es relativamente joven, por lo que tal como lo manifiesta Jaquenod de Szögön, el desarrollo de los principios ambientales está vinculado al mundo de lo ideal, es decir al deber ser jurídico (Jaquenod de Zsogon, 1991, p. 336).

En materia ambiental, el desarrollo de los principios jurídicos constituye el fundamento de la norma y la interpretación de la misma. En palabras de Cafferatta, los principios orientan al legislador para que las normas dictadas gocen de una correcta armonía y evitar futuros conflictos jurídicos –función normativa- y, además orientan a los jueces para la correcta interpretación del conjunto normativo –función interpretadora- y de esta manera alcanzar a la eficaz administración de justicia. (Cafferatta, 2011, p. 274).

### **1.3.2. PRINCIPIOS AMBIENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

Una vez resaltada la función que cumplen los principios, es pertinente analizar los principios ambientales que contempla la Constitución del Ecuador en materia ambiental.

La Carta Magna, en su artículo 395, establece los siguientes principios ambientales:

El numeral 1 del artículo mencionado, contempla el principio de desarrollo sustentable como modelo productivo. Como se explicará ampliamente en líneas posteriores, el principio del desarrollo sustentable, establece que el desarrollo debe ejercerse de tal manera que se garantice la posibilidad de desarrollo a las generaciones presentes y futuras. (Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 1992).

En la Constitución, se establece como principio al desarrollo sustentable, ambientalmente equilibrado, es decir que el equilibrio del ambiente no debe afectarse en su desarrollo por proceso natural. Se establece también que en cualquier actividad extractiva o no extractiva que cause impacto al ambiente, se prevea la posibilidad de la regeneración natural de los ecosistemas, es decir que el impacto sea minúsculo, para de esta manera procurar que el mismo ecosistema se restablezca a su estado natural. Finalmente la presente disposición, en su parte final dispone que el modelo de desarrollo debe asegurar la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras, lo cual constituye la consecuencia inmediata de la aplicación del principio de desarrollo sustentable, explicado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 395).

El segundo numeral del artículo 395 de la Constitución del Ecuador, se establece como principio ambiental la transversalidad en la aplicación de las políticas de gestión ambiental, es decir que se aplican a todos los niveles de la

organización social. En este sentido las políticas de gestión ambiental que se dicten para evitar el daño ambiental o, que marquen las directrices y procedimientos de acción una vez sucedido un siniestro ambiental; son de obligatorio cumplimiento por las instituciones públicas de todos los niveles y por todas las personas, sean naturales o jurídicas. (2008). Esta obligación de cumplimiento hacia las normas ambientales, constituye una forma de protección hacia el medio ambiente, evidencia la importancia que tiene la naturaleza para la correcta aplicación de las normas constitucionales actuales.

Por su parte, el tercer numeral de artículo *ibídem* impone la obligación del Estado para garantizar la participación activa y permanente en la planificación y ejecución de todas las actividades que impliquen un impacto ambiental, esta participación la ejercerán las personas, pueblos, comunidades y nacionalidades afectadas con la actividad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Este principio trae consigo un problema de concepción, ya que en un primer momento todas las personas pueden demostrar que son directamente afectadas con una actividad que cause impacto, en virtud de la interconexión de los ecosistemas y la relación directa de la naturaleza con el ser humano.

La norma descrita se basa en el principio de participación ciudadana, se consagra en cumplimiento con el principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, en su artículo 10 que establece:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados... toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente que dispongan las autoridades... así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones... Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos al resarcimiento de los daños y los recursos pertinentes.”. (1992)

Como se ha podido evidenciar, el principio de participación ciudadana implica dos partes sustanciales: en primer lugar, implica que el Estado debe poner a disposición de la población toda la información de los proyectos que pueden

causar un impacto ambiental, el acceso a la información real y completa. En segundo lugar, implica que las personas interesadas puedan participar activamente en la toma de decisiones, acerca de un proyecto que presente un potencial impacto ambiental. Dicha disposición está vinculada al mandato Constitucional contenido en el artículo 398, que desarrolla como mecanismos de acción a la consulta previa informada y al consentimiento previo informado, en el cual actúa como consultante el Estado.

Pastorino advierte la importancia del principio de participación ciudadana en el fundamento de la legitimación procesal:

“... Ya que sin un debido acceso a la justicia por parte de todos los interesados en la gestión de los bienes comunes, es impensable la adopción de medidas acordes a un reconocimiento de los mismos como colectivos... la participación está en la base de cualquier consenso posible, y el consenso es el único modo de determinar el modelo de desarrollo deseado.” (Pastorino, 2005, p. 82).

El numeral cuatro del artículo 395, establece como principio ambiental aplicable el principio de indubio pro natura. Este consiste, en que en caso de duda acerca de la aplicación de las normas y principios ambientales, se aplicarán en el sentido que más favorezcan a la protección de la naturaleza. Este principio tiene una aplicación directa en el plano procesal, ya que es en el momento de la aplicación de la norma en el que puede utilizarse el principio. Su mecanismo es de simple aplicación, ya que en caso de conflicto de normas, se aplica el que más favorezca a la naturaleza. Este constituye otro de los mecanismos de protección propuestos, en respuesta a la protección de un bien jurídico superior, de un interés colectivo, en el que su impacto afecta positiva o negativamente a toda la población. Es evidente que la relación jurídica hombre-naturaleza crea una desventaja en contra de la naturaleza, es por tal que su protección abarca un campo de acción más elevado, lo que constituye el justificativo para la enunciación del principio de indubio pro natura.

### **1.3.3. RELACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CON LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR DAÑO AMBIENTAL**

Como se ha evidenciado, los mecanismos de protección al medio ambiente evidencian esfuerzos por reducir el impacto tolerable y evitar a toda costa un daño ambiental.

Los principios ambientales operan en dos momentos: en el momento de evitar los daños ambientales y, cuando sucede algún daño ambiental operan los principios creados para tal situación jurídica.

En todo momento de aplicación del derecho ambiental se tomarán en cuenta los principios ambientales aplicables, en virtud de que los principios constituyen las bases fundamentales del desarrollo jurídico de un tema. En el plano de la protección del ambiente, se toman en cuenta los principios ambientales que mayor relación tienen con el daño ambiental, a saber: desarrollo sustentable, principio de prevención, principio de precaución y principio de contamina paga.

## **1.4 PRINCIPIO DE DESARROLLO SUSTENTABLE**

Mosset Iturraspe expresa que es casi imposible, pretender precisar los límites del “daño ambiental”, sin antes encontrar una congruencia con el principio del desarrollo sustentable. (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo I, 1999, p. 67).

El principio de desarrollo sustentable se halla extensamente explicado por las convenciones internacionales sobre el medio ambiente y las Constituciones de los diversos estados. Dicho principio constituye las bases de las políticas de desarrollo de los diversos países, en el Ecuador no es la excepción, de ahí la importancia del estudio de dicho principio en la presente investigación.

### **1.4.1. DECLARACIÓN DE ESTOCOLMO**

La declaración de Estocolmo fue el producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972. Fue la primera reunión importante en

tratar las cuestiones ambientales, especialmente se logró relacionar al medio ambiente con el desarrollo.

La convención dio como resultado una Declaración que cuenta con 26 de principios, que han sido la base para el desarrollo de la normativa y la doctrina en materia ambiental. La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano deja en claro la preocupación hacia el medio ambiente, pero desde el punto de vista del desarrollo del hombre, pues la gran conclusión se orientó a que el hombre necesita de la naturaleza para su desarrollo.

En el considerando primero de la Declaración se establece que:

“El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da sustento y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente... Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos fundamentales.” (1972)

En este punto, se puede evidenciar la intención de precautelar el desarrollo del hombre, siempre de la mano de la preservación de la naturaleza.

La esencia de la Declaración, reposa en el principio dos, que promulga:

“Los recursos de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna, y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.” (1972).

La problemática se centró en la posibilidad preservar los medios naturales para que las generaciones futuras puedan beneficiarse de ellos, aplicando el principio de igualdad, ya que se proclama que tanto las generaciones contemporáneas y las futuras deben tener las mismas oportunidades de alcanzar el desarrollo.

Dos problemáticas importantes se anuncian en la presente Declaración: el problema económico y el problema poblacional. No hay que perder de vista que en las conferencias que tratan el medio ambiente, está siempre presente el tema económico. Es así, como en el preámbulo de la Declaración de Estocolmo (1972), se distingue:

“En los países en desarrollo, la mayoría de los problemas ambientales están motivados por el subdesarrollo... Por ello, los países en desarrollo deben dirigir sus esfuerzos hacia el desarrollo, teniendo presentes sus prioridades y la necesidad de salvaguardar y proteger el medio. Con el mismo fin, los países industrializados deben esforzarse por reducir la distancia que los separa de los países en desarrollo.”.

En este punto se evidencia el problema ambiental con relación al desarrollo económico. La pobreza genera contaminación, se cree que en un inicio porque en las zonas consideradas de bajos recursos, no existe un tratamiento adecuado de los residuos, no mantienen técnicas adecuadas de explotación de los recursos, entre otras causas. Otro factor que influye en la afirmación, es que en las zonas menos desarrolladas, el acceso a la educación ambiental no es suficiente para que la comunidad tome conciencia de la gravedad del asunto.

Otro problema que se evidenció en Estocolmo, es el crecimiento de la población, pues este plantea problemas de preservación de la naturaleza. Se reconoce también que el hombre es el centro de toda esta teoría, pues es él quien genera la riqueza, explota el medio ambiente y con ello alcanza el desarrollo. El problema poblacional está estrechamente ligado con el problema ambiental, pues a más población serán mayores las necesidades a satisfacer y, ello se logra con la explotación de los recursos naturales. (Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, 1972)

### 1.4.2. INFORME BRUNDTLAND

El principio de desarrollo sustentable tiene su punto de partida en la historia, a partir del Informe Brundtland en 1987, también conocido como “Nuestro Futuro Común”, en donde se advierte la necesidad de establecer un modelo de desarrollo que implique la obligación de no agotar los recursos naturales, con la abstinencia de dañar el medio ambiente. El proyecto fue desarrollado por un grupo de políticos que observaron la necesidad de tratar el tema de la explotación responsable de los recursos para garantizar su renovación. Se toma la iniciativa a partir de la declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano.

El Informe Brundtland consiste en “... Una declaración fundamental sobre el desarrollo sostenible, al que definía como el desarrollo que responde a las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de responder a sus propias necesidades...” (Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible- Novedades Trimestrales, 2007, p. 2).

En síntesis esa es la problemática que trata de exponer el principio de desarrollo sustentable. Se busca que la utilización de los recursos sea de manera responsable para asegurar su subsistencia y lograr satisfacer las necesidades de las generaciones futuras. En este punto, se determina un punto adicional a lo establecido en la Declaración de 1972, ya que la preservación de la naturaleza se orienta a la posibilidad de la satisfacción de las necesidades humanas, que con el avance de la tecnología se generan y se convierten en necesidades casi primarias, las cuales deben ser satisfechas.

En la doctrina se habla indistintamente de desarrollo sustentable o desarrollo sostenible, dichos términos se utilizarán en el presente trabajo.

El informe Brundtland determinó también que las naciones en desarrollo deberían tener la posibilidad de satisfacer sus necesidades de empleo, alimento salud pública, entre otras. En la identificación en este tipo de naciones se determinó que el crecimiento poblacional era un serio problema; en este

sentido se concluyó que el crecimiento sostenido de la población constituiría un elemento importante en el objetivo de un desarrollo sustentable. Básicamente el Informe Brundtland es una especificación más técnica de lo que se llegó a concluir en Estocolmo en 1972.

#### **1.4.3. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO**

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, es un producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, reunida en Río de Janeiro en 1992, reafirma los principios consagrados en Estocolmo, y pone en práctica las conclusiones del informe Nuestro Futuro Común. Mantiene un objetivo común de todos los países participantes al establecer "... una alianza mundial y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados..." (Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992).

La Declaración con el principio de desarrollo sustentable, busca un tratamiento jurídico especial al modelo de desarrollo de los países. De esta manera, se ha convertido en el instrumento insignia y fuente de futuros instrumentos internacionales y normas legales que garantizan la sostenibilidad.

El principio primero de la Declaración, es imperativo al establecer que el ser humano es el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo, reconoce que el hombre es quien goza y disfruta de la naturaleza y se constituye en el epicentro de la problemática ambiental.

El principio dos de la Declaración establece la soberanía de los estados en las adopciones de las políticas extractivistas y de gestión ambiental. Se reconoce que todos los recursos de naturales dentro de un Estado pueden ser libremente aprovechados en virtud del principio de soberanía. Serán las propias naciones las responsables de que las actividades económicas no causen daños ambientales.

El principio tercero es el punto coincidente entre la Declaración de Estocolmo de 1972, el Informe Brundtland y la Declaración de Río de 1992, pues establece que el desarrollo debe propenderse en tal forma que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo de las generaciones presentes y futuras (ibídem). Esta es la esencia del principio de desarrollo sustentable, pues al considerar al hombre como el centro de las preocupaciones de la problemática ambiental, se procura la preservación del medio ambiente pero en función de garantizar que las generaciones futuras mantengan la misma posibilidad de satisfacer sus necesidades y alcanzar el desarrollo tal como lo hacen las generaciones contemporáneas. Se busca que no exista una distinción en la posibilidad del desarrollo, pues el consumismo debe reducirse en la actualidad para asegurar que las futuras colectividades tengan las mismas posibilidades de satisfacer las necesidades propias de su tiempo. Se impone la preservación de la naturaleza en función del aprovechamiento que pueda darle el hombre.

Por su parte el principio cuarto de la Declaración de Río, especifica el lineamiento que deben seguir los modelos de desarrollo de los Estados, al establecer que el desarrollo sustentable y la protección al medio ambiente deberán ser parte integral de la política de desarrollo. (Ibídem).

Con respecto al desarrollo de los países, en el principio sexto se establece que “Se deberá dar especial prioridad a la situación y las necesidades de los países en desarrollo...” (Ibídem). Con ello se busca que a pesar de la sustentabilidad en el desarrollo que deben buscar las naciones, se considere a los países menos adelantados en su desarrollo para la toma de medidas de tipo ambiental.

Los principios expuestos son los que más se apegan a todas las implicancias del principio de desarrollo sustentable, hoy por hoy la Declaración de Río constituye el modelo perfecto para incluir en las políticas públicas y las leyes un desarrollo que tenga armonía con la naturaleza, de tal forma que no afecte la posibilidad de desarrollo de las generaciones futuras.

#### 1.4.4. DESARROLLO SUSTENTABLE EN LA DOCTRINA

Cafferatta menciona que el principio de sustentabilidad es la unión entre el medio y el desarrollo, que busca establecer un modelo de desarrollo que se base en la sana utilización de los recursos y con ello satisfacer las necesidades presentes y futuras de las personas (Cafferatta, 2011, pp. 344-345). Según este jurista el principio de sustentabilidad tiene una aplicación en cuatro áreas: 1) área ecológica, que establece que el modelo de desarrollo debe permitir que se desarrollen los procesos ecológicos, y con ello la regeneración natural de los mismos; 2) el área social, que posibilita la igualdad en las oportunidades en el desarrollo, tomando en consideración la inclusión de la comunidad en el modelo, la satisfacción de las necesidades de salud, alimentación, participación ciudadana, entre otros; 3) área cultural, que busca la preservación de la identidad cultural de las comunidades; 4) área económica, que implica una internalización de costas ambientales, el uso adecuado de los recursos, la posibilidad de la extracción y explotación de las generaciones presentes y futuras. (Cafferatta, 2011, p. 345).

Por su parte Mateo Ramón, establece que los postulados de la economía y medio ambiente tiene su armonía en el principio de desarrollo sustentable, para él, en dicho principio se recoge la necesidad de propender al desarrollo de los países menos desarrollados, se establecería un traspaso de tecnologías de los países más desarrollados (Mateo, 1998).

La sostenibilidad es un elemento fundamental en la pretensión de los países pobres para alcanzar el desarrollo, pues el deterioro de los recursos provocaría un menoscabo en esa posibilidad de salir de la pobreza (ibídem).

Para el jurista Ruda González "... la responsabilidad civil medioambiental puede verse como un correlato jurídico del principio de desarrollo sostenible..." (Ruda González, 2008, p. 45). Esta afirmación toma fuerza ya que el principio de desarrollo sostenible tiene su fundamento en la protección al ambiente.

Visto desde otra óptica, el principio de desarrollo sostenible trae consigo trae consecuencia jurídica que podría traducirse en la responsabilidad

intergeneracional, que busca la protección de las generaciones futuras. "... Dichas generaciones tendrían derecho, según se dice a heredar o recibir el planeta en un estado similar al presente, con las mismas posibilidades, la misma diversidad y, en definitiva, en el mismo "buen estado" (Ruda González, 2008, p. 46).

El problema que se observa con la responsabilidad intergeneracional, es que por el vertiginoso avance de la humanidad y el desarrollo de tecnologías nuevas, es casi imposible determinar las necesidades primarias o secundarias de las generaciones futuras, por eso es muy difícil pensar en que las generaciones contemporáneas puedan tener algún tipo de responsabilidad por la verdad futura e incierta de las posteriores generaciones.

### **1.5. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN**

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la prevención como la "Preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo.". El principio de prevención – junto al de precaución - es una de las bases del derecho ambiental.

El autor Pastorino destaca el hecho de que el principio precautorio está relacionado con el *deber ser* en el mundo del derecho. Esta afirmación resulta efectiva al momento de valorar el daño ambiental en una línea de tiempo, pues el principio precautorio actúa cuando la actividad ambientalmente riesgosa está en ejecución –incluso antes de estarlo- anticipándose al daño ambiental per se. (Pastorino, 2005, p. 87).

La idea de evitar el daño ambiental, proviene de las pioneras declaraciones sobre el medio ambiente y constituye la base de su fundamento. Pastorino menciona tanto en la Declaración de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río de 1992 se contempla un trasfondo del principio preventivo, en un doble sentido: en primer lugar porque la idea del aprovechamiento responsable de los recursos para alcanzar el desarrollo y la realización de las actividades con el más prolijo de los ciudadanos para evitar los daños ambientales, constituyen una base del principio en cuestión; en segundo lugar, el llamado a la toma de

conciencia y la adecuada educación ambiental –a través del principio de información y de participación ciudadana- conducen a la toma de decisiones más inteligentes en materia ambiental. (Pastorino, 2005, p. 89).

La declaración de Estocolmo y la Declaración de Río llevan intrínsecamente la idea de evitar los daños ambientales, para de esta manera garantizar un desarrollo sostenible.

Por su parte, el Principio 17 de la Declaración de Río de 1992, propone una de las herramientas válidas para hacer efectivo el principio preventivo, al exigir la implementación de una evaluación de impacto ambiental ante una propuesta que pueda producir un impacto negativo para el ambiente. (1992). Por su parte, el Tratado de Maastrich ha reconocido también el principio de prevención, al establecerlo dentro de los objetivos de la política comunitaria en el artículo 130 R de dicho Tratado. (Pastorino, 2005, p. 99).

Con respecto a las implicaciones del principio preventivo, se dice que el constituye un impedimento de un daño al ambiente con la toma de medidas apropiadas antes del inicio de cualquier actividad riesgosa. Una aproximación a la dimensión del principio se ha establecido en el principio 19 de la Carta de la Naturaleza, el cual reza:

El estado de los procesos naturales, los ecosistemas y las especies se seguirá muy de cerca a fin de que se pueda descubrir lo antes posible cualquier deterioro o amenaza, tomas medidas oportunas y facilitar la evaluación de las políticas y técnicas de conservación. (1982).

### **1.5.1. CARÁCTER PREVENTIVO DEL DERECHO AMBIENTAL**

Una de las características fundamentales del derecho ambiental es, lo que ha denominado Cafferatta, su énfasis preventivo, pues se reconoce que tiene un ámbito sancionador –como cualquier acto antijurídico en el mundo del derecho-, pero sus objetivos son netamente preventivos, ya que su coacción posterior resulta ineficaz, en el sentido de que un daño ambiental producido, puede traer consecuencias irreversibles. (Cafferatta et al., 2009, pp. 77-79).

El citado jurista empata la teoría de la prevención en el derecho ambiental, con una teoría civilista en la función preventiva del derecho de daños. En este sentido, los actos lesivos que generan la responsabilidad serían, además de los actos que produzcan daños, también el accionar que cause una amenaza de producir un *daño injusto*. La importancia de esta determinación de la responsabilidad por el peligro causado se constituye en el accionar antijurídico, pues el riesgo provocado debe volverse lícito, es en este punto donde el principio precautorio juega su papel preponderante, ya que con una adecuada aplicación del principio, el riesgo se vuelve lícito y la responsabilidad enfáticamente por el riesgo se vuelve inexistente, esto sin perjuicio de la responsabilidad por el daño que a posteriori se pueda causar. (Cafferatta et al., 2009, p. 20-23).

Esta teoría se asemeja a la del riesgo provecho, misma que será explicada ampliamente en el transcurso de la investigación.

El principio preventivo procura:

“Impedir, dentro de los límites racionales, todo aquello que lleve en si mismo el peligro de generar un perjuicio ambiental, debiéndose utilizar los medios más adecuados para frustrar la amenaza de daño de todo factor degradante, el que se proyecta sobre el concepto de daño futuro...” (Cafferatta, 2009, p. 83)

En un punto del deterioro ambiental, se observó que el sistema indemnizatorio no era suficiente para detener la problemática de la afectación de la naturaleza, es por lo que se vio la necesidad de enfatizar el carácter preventivo del derecho ambiental.

Otra característica del principio preventivo se deviene en un segundo momento: cuando la actividad está en curso y se trata de contrarrestar los efectos lesivos que se han comenzado a evidenciar y, de continuar la actividad puede provocar un daño ambiental. En dicha circunstancia se pondría en marcha el principio preventivo para corregir errores o frenar de manera definitiva la actividad.

Por su parte, para tratar de establecer una definición del principio preventivo, tomaremos como ejemplo la definición legal que ofrece la normativa argentina en su Ley General del Ambiente, que en su artículo cuatro reza "... Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir..." (Ley General del Ambiente de la República de Argentina, 2002). La presente definición ofrece los elementos esenciales del principio, en el sentido que se refiere a las *causas* y *fuentes*, en el análisis del principio preventivo siempre se hablará de un potencial daño, pues es menester recordar que constituye una medida *ex ante*, en la definición citada se pretende aplicar el principio ante una amenaza real y causal, en donde la causa o fuente debe ser mitigada, para evitar un potencial daño o deterioro ambiental.

En virtud de todo lo expuesto, se puede colegir que el carácter del principio de prevención opera ante los daños efectivamente producidos para el cese de dicha causa, y también ante el peligro de un potencial daño, en donde opera las medidas preventivas para mitigar o disminuir el peligro.

Cabe en este punto exponer, el modelo de la tutela inhibitoria de la legislación argentina, que precisamente por la actuación judicial se pretende cesar un daño que apenas se está produciendo, o el impedimento claro que se acuse ante un peligro del mismo. (Cafferatta, 2011).

En otro texto, Cafferatta explica que el fin que persigue el principio precautorio es prevenir los efectos negativos que se una actividad pueda producir, por el carácter global que encierra el principio. (Cafferatta, 2011, pp. 279-280). Es precisamente la misión preventiva del gestor de la actividad peligrosa, el resumen de la esencia del derecho ambiental, pues como Vásquez Ferreira trata de expresar "No hay mejor reparación de un perjuicio que su propia evitación" (Ibídem).

## **1.5.2. MEDIDAS DE ADOPCIÓN DEL PRINCIPIO PREVENTIVO**

El principio preventivo puede observarse en todas las actuaciones del hombre tendientes a prevenir un potencial daño al ambiente. Jurídicamente, en el Ecuador existe tentativamente un mecanismo para aplicar el principio de prevención, y volver lícito un potencial peligro al medio ambiente. Este mecanismo, ejemplificativamente adoptado es la evaluación de impacto ambiental.

### **1.5.2.1. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

La Evaluación de Impacto Ambiental –EIA- se encuentra desarrollada en la Ley de Gestión Ambiental, que en su glosario de términos, la define como “... Es el procedimiento administrativo de carácter técnico que tiene por objeto determinar obligatoriamente y en forma previa, la viabilidad ambiental de un proyecto, obra o actividad pública o privada...” (2004). La EIA se aplicará a todas las actividades que puedan causar impacto ambiental.

El sistema de EIA y de Control de Ambiental se hace efectivo con la licencia ambiental que corresponda, esta se obtiene después de haber llevado el procedimiento administrativo que implica la EIA. La EIA tiene dos fases: el Estudio de Impacto Ambiental y la declaratoria de Impacto Ambiental. Con el estudio de impacto ambiental respectivo, se puede determinar la línea base sobre la cual se podrá desarrollar la actividad, lo cual implica que se le otorga los límites del impacto que puede causar, tomando en cuenta la ubicación geográfica, el tipo de actividad y todo el manejo de la gestión ambiental que pueda implementar para no producir un grave impacto al ambiente.

Es estudio de impacto ambiental también arroja los riesgos que implica el desarrollo de la actividad, es en ese punto en donde debe actuar el principio precautorio, pues en base a él, se deberán tomar todas las medidas para que el riesgo no se produzca y, de producirse, no tenga una magnitud tal que pueda en cualquier momento generar un daño.

Por su parte la línea base tiene otra funcionalidad, en virtud de que determina el rango de impacto de una actividad y se puede identificar claramente cuando dicha actividad genera un mayor impacto al permitido, es cuando se adoptarán las medidas para suspender la actividad y evitar el daño ambiental, accionar que es propio del principio preventivo.

Como se ha evidenciado, la EIA constituye un mecanismo importante para la aplicación del principio analizado, ya que proporciona un horizonte de la realidad del riesgo de la actividad, además de que determina el impacto autorizado, sobre el cual se encuentra el daño ambiental, que es precisamente lo que se busca evitar con la implementación del principio preventivo.

## **1.6. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN**

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que precaución es la “Reserva, cautela para evitar o prevenir los inconvenientes, dificultades o daños que pueden temerse.”. La presente definición, se asemeja con la definición que nos trae la RAE para la prevención. En estricto sentido el principio precautorio –al igual que el principio preventivo- tiene su campo de acción en un momento previo al daño ambiental, pues busca a toda costa evitarlo.

El jurista Pastorino resalta la importancia del principio precautorio como uno de las directrices del derecho ambiental, y desarrollado por el derecho ambiental internacional, con una estrecha relación con el principio de desarrollo sostenible y, con la idea de hacer partícipe a la ciudadanía de las decisiones en torno al medio ambiente. (Pastorino, 2005, p. 77).

El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, que entró en vigor en 1988, es el primer convenio internacional que presenta rasgos de querer incorporar al principio precautorio como un principio universal del derecho ambiental. El en artículo dos de la Convención se establecen las obligaciones generales de los Estados partes, entre las que se establecen:

“Las Partes tomarán las medidas apropiadas... para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes o que puedan resultar de las actividades humanas que modifiquen o que puedan modificar la capa de ozono...” (Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, 1988).

Pero, la base esencial del principio precautorio, se encuentra en el literal a) del punto 2 del artículo dos transcrito, el cual pone la obligación a los estados de cooperar mediante observaciones sistemáticas, investigación e intercambio de información, con el fin de comprender y evaluar los efectos que producen las actividades del hombre sobre la capa de ozono –en este caso- además de la los efectos de la modificación de la capa de ozono sobre la salud pública y la naturaleza. (1988).

Toda la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono se basa en las consideraciones científicas, en la investigación y observación sistemática sobre las causas y los efectos de la destrucción de la capa de ozono. La relación de la Convención con el principio precautorio es precisamente la certidumbre científica que se debe tener para que se actúe con mayor precautela y de esta manera evitar el daño ambiental. La certidumbre científica constituye la característica diferenciadora de la precaución con otros principios y mecanismos de evitación del daño ambiental.

Por su parte el Principio 15 de la declaración de Rio de 1992, introduce una aproximación al principio precautorio al manifestar que los Estados deben aplicar el criterio de precaución, además habla de que la certeza científica no deberá utilizarse para retardar la toma de medidas con respecto al deterioro del medio ambiente.

El principio precautorio ha sido desarrollado en la mayoría de convenios y protocolos internacionales que tratan el medio ambiente, una muestra de ello es el Protocolo de Cartagena Sobre la Seguridad de la Biotecnología, que habla acerca de que la incertidumbre científica acerca de los efectos de la introducción de un organismo vivo a un entorno, no impide a los Estados que

se tomen todas las medidas para evitar un efecto ecológicamente negativo. Así mismo, la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climático:

“...Incorporó una línea muy importante de uno de los tratados multilaterales sobre el medio ambiente que más éxito ha tenido en toda la historia: el Protocolo de Montreal de 1987, en virtud de la cual los estados miembros están obligados a actuar en interés de la seguridad humana incluso a falta de certeza científica.” (UNFCCC, s.f.)

Como se ha demostrado, el derecho ambiental internacional recoge con mucho interés el principio precautorio y lo incorpora como parte fundamental de las bases que sustentan la teoría ambiental.

#### **1.6.1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO**

Para explicar ampliamente el principio precautorio la jurista Adriana BestaniSaguir expone la *teoría de la decisión racional*, la cual manifiesta que ante una certidumbre se deben seguir dos lógicas posibles: a) los *Principios de Minimax* -minimizar la máxima pérdida- y de *Maximax*—maximizar la ganancia máxima-; y, b) generación de reglas. (Bestani de Seguir, 2011, p. 233-242). En este sentido, el principio de precaución se orienta a ser una “regla” que deba seguirse en momento presente frente a una incertidumbre futura. A su vez, el hecho de evitar el peor de los escenarios, muestran al principio precautorio como un ejemplo del empleo del principio del *Minimax*. (Ibídem).

En el análisis de Bestani se ha colegido que “... se llama incertidumbre a la condición general donde una decisión tiene más de un posible resultado, acorde a un proceso azaroso que puede ser conocido o no para el individuo...” (Ibídem). La definición de la jurista acerca de la incertidumbre constituye un elemento importante para la delimitación del principio precautorio, en el sentido de que la incertidumbre es una de las características propias de éste.

El fundamento del principio precautorio, es precisamente el riesgo de que acontezca un suceso ambiental, que puede tener graves efectos de carácter individual o colectivo, que pueden tener la característica de irreversibles.

En otro texto la jurista Bestani, propone que el principio precautorio supone que cuando existen sospechas fundadas acerca de que algún producto o actividad pueda constituir un daño ambiental, se deben tomar todas las medidas posibles para evitar el daño, aún cuando no exista una prueba definitiva de los efectos, dicha incertidumbre en el plano de la ciencia no podrá usarse como excusa para establecer las medidas mencionadas. (Ibídem).

La definición del principio precautorio que más se asemeja a lo propuesto, es la que se establece en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente de Argentina, que reza:

“Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.” (2002).

La presente definición legal encierra todos los elementos que requiere el principio precautorio para ser operativo, como se ha establecido en líneas anteriores, la esencia del principio es que la ausencia de certeza científica no puede ser utilizada para no tomar todas las medidas de seguridad en relación a un posible daño ambiental. La definición, trae también un contenido económico, pues se refiere a los costos, ya que una actividad no podrá escudarse en la incertidumbre científica para escatimar en gastos en cuanto a las medidas medioambientales requeridas.

Alterini, citado por Cafferatta, resalta la idea del contenido económico del principio precautorio, al manifestar que se debe valorar los costos económicos y sociales de tomar o no la medida ante la probabilidad de una hipótesis de daño. (Goldenberg & Cafferatta, 2001, pág. 49) Inclusive, Cafferatta advierte que la aplicación del principio precautorio es un antecedente para la inversión de la carga de la prueba en el derecho ambiental, pues en virtud de la precaución, no cabe la obligación de que el titular de los derechos ambientales pruebe el efecto negativo de determinada actividad, como es el caso de los mecanismos utilizados en la prevención –evaluación de impacto ambiental-;

sino corresponde a las personas que están realizando el emprendimiento potencialmente degradador probar el leve impacto o la inofensividad de la actividad. (Cafferatta, Teoría general de la responsabilidad civil ambiental , 2009).

La inversión de la carga de la prueba en materia ambiental se encuentra establecida en el artículo 397 de la Constitución de la República del Ecuador.

Facciano, citado de nuevo por Cafferatta, refuerza la idea que en el principio precautorio no se mide el riesgo sino la incertidumbre es decir "... aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta...". En este sentido, la incertidumbre –la duda razonable- no constituye un eximente de la responsabilidad, sino constituye su base en tanto crea un deber de prudencia. (Cafferatta, Obligaciones prioritarias por daño ambiental, 2009).

#### **1.6.2. ELEMENTOS DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO**

En la cita de Facciano realizada por Pastorino, se establecen en un principio tres elementos caracterizadores del principio precautorio, a saber: "... 1) incertidumbre científica, característica que lo diferencia de la prevención; 2) evaluación del riesgo de producción de un daño; y 3) el daño debe ser grave e irreparable..." (Pastorino, 2005). El jurista rescata otro elemento que consiste en la adopción de las medidas necesarias para evitar el daño.

La falta de certeza científica es la característica diferenciadora con el principio de prevención, la incertidumbre se genera por la falta de información, o por tratarse de hipótesis no comprobadas científicamente o por simple desconocimiento de las causas o efectos de un daño ambiental. Lo importante en la aplicación del principio, es que no importa la incertidumbre que se genere, aun así, se deben tomar todas las medidas necesarias para evitar un potencial daño ambiental.

El segundo elemento es la existencia de riesgo de daño, resulta evidente que el plano científico debe emitir cierta alerta en lo referente a las consecuencias nocivas de una actividad, la determinación de la ciencia de la posible existencia

de un daño grave. Como expresa Cafferatta, en este punto se presenta una especie de paradoja, al pretender que la ciencia determine la posible existencia de un daño, tomando como punto de partida la incertidumbre de la causa efecto de dicha actividad. La determinación de la certidumbre científica se centra en un suceso al que no pueda asignar una probabilidad empírica. La incertidumbre puede centrarse en varios puntos, pero cabe destacar que básicamente se centra en las causas y los efectos. (Cafferatta, 2011, pág. 271)

El tercer elemento que destaca Facciano, es la gravedad del daño, pues el principio precautorio solo opera cuando el daño es grave e incluso de carácter irreversible. Solo de esta manera se puede hablar de un riesgo no medible, por lo que el principio precautorio debería intervenir de manera inmediata. En este punto se encuentra un desacuerdo en tanto a la consideración o definición de *grave*. Cafferatta encuentra en la consideración de la UNESCO, la real dimensión del daño grave, encontrando un punto en común entre todas las definiciones propuestas en un juicio moral acerca de la aceptabilidad del daño, de esta manera se equipara al daño grave al daño moralmente inaceptable. (Cafferatta, 2011, pág. 285)

Roberto Adorno, citado por Cafferatta, expresa que existen otros elementos – además de los señalados- que se poseen como accesorios a los ya definidos. Se establece que un elemento adicional es la exigencia de la proporcionalidad, que hace referencia al costo económico-social de las medidas. “... No cualquier magnitud de riesgo potencial justifica cualquier medida de precaución, en especial si esta última supone una carga importante para la sociedad, por ejemplo por implicar la pérdida de un gran número de puestos de trabajo...”. (Cafferatta, 2011, pág. 295)

Del mismo modo, otro elemento que sigue el principio precautorio es la importancia en la difusión y transparencia de la información respecto al riesgo de una actividad. (Cafferatta, 2011, pág. 297)

Se habla también de otros elementos de complementación, a saber “... que las medidas a tomar no sean discriminatorias: iguales a medidas similares

adoptadas en circunstancias equivalentes... que sean consientes y coherentes con las ya adoptadas en situaciones anteriores para evitar aplicaciones injustificadas en la gestión de una misma especie de riesgo... que se efectúe un examen de las ventajas y de los inconvenientes resultantes de la acción o de la ausencia de la acción... que las medidas sean de carácter provisional, temporal y reversible... carga de la prueba...” (Ibídem). Todos estos postulados configuran en conjunto el principio precautorio, lo que en suma impone la obligación de actuar frente a un potencial daño, aun cuando no se tenga certidumbre científica acerca de la existencia de dicho daño.

### **1.6.3. PARALELO ENTRE PRINCIPIO PREVENTIVO Y PRINCIPIO PRECAUTORIO**

Es clara la distinción doctrinaria entre principio de prevención y el principio de precaución, a pesar de encontrar entre ellos múltiples similitudes, pues ambos conducen a evitar los daños ambientales. Para Bestani, la idea de la prevención se encamina a la diligencia debida, mientras que la idea de la precaución se asemeja a la teoría del buen gobierno. La esencia de la diferenciación se encuentra en la certeza científica de los efectos de un accionar con respecto del medio ambiente. El principio de precaución entra en escena en el caso de que no haya certeza respecto de los efectos que produce una acción, e impone la obligación de adoptar medidas las cuales se orienten a eliminar o reducir considerablemente la incertidumbre.

Por su parte la prevención, es una medida que se debe adoptar frente un daño certero en el caso de una actividad.

La diferenciación se establece en la medida de evitar un daño cierto y medible –principio de prevención-, mientras que el principio de precaución introduce una nueva forma, pues tiende a evitar la consumación de un daño todavía desconocido, es en este punto donde entra en juego el factor de la incertidumbre. Como manifiesta Cafferatta (2011) “...La prevención es una conducta racional frente a un mal que a ciencia cierta puede objetivar y medir, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia. La

precaución –por el contrario-enfrenta otra naturaleza de la incertidumbre: la incertidumbre científica...”.

En este sentido el elemento diferenciador entre los dos principios es la certeza en la ciencia. En fin, la diferencia resulta doctrinal y didáctica, pero en temas ambientales, lo principal es evitar a toda costa los daños ambientales, y mantener como último recurso y de excepción, la reparación de un daño ambiental, es por tal que lo importante es que los principios analizados constituyen mecanismos universalmente válidos para establecer el sistema de conservación ambiental.

### **1.7 PRINCIPIO CONTAMINA PAGA**

En la línea del tiempo en relación a los daños ambientales, el principio contamina paga se presenta ex post a un daño ambiental, es decir cuando el daño ya se ha producido. El principio *contamina paga*, puede hacerse referencia para justificar dos situaciones: la primera es que quien haya dañado al ambiente responda; y la segunda que se endurezca la responsabilidad a favor de las víctimas. (Ruda González, 2008, págs. 57-59)

El principio *contamina paga*, tiene su inicio en 1972 en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-, que conformó una guía para el establecimiento de la política ambiental. “La OCDE consideró que el aprovechamiento de los recursos naturales, al no tener un costo por su utilización, había conducido a un creciente deterioro de la calidad del ambiente... por lo que existía un deterioro ambiental que permanecía ajeno al costo interno de las actividades productivas...”. (Nájera, 2007, p 3). La OCDE lo que pretendía que los artífices de los daños ambientales deberían soportar todos los gastos que se incurran en virtud de las medidas que las autoridades ambientales de cada Estado impongan para preservar la calidad del ambiente.

Ruda González (2008) señala que el principio de contamina paga se conoce como el principio de las tres pes: *polluter pays principal*.

En un estricto sentido el principio de contamina paga, se funda en la responsabilidad por daño ambiental, se traslada el deber de restauración en el caso del daño ecológico puro. Es un principio que fija las consecuencias jurídicas de la responsabilidad por daño ambiental. Es evidente que el principio implica que el autor del daño –más no los perjudicados- sea quien absorba las costas por la consecuencia del daño.

De lo dicho deviene una de las principales implicaciones del principio contamina paga, tal como lo advierte Ruda González, dicho principio no es una garantía para hacer que el autor del daño responda civilmente por el daño –daño a través del ambiente-, ya que el principio solamente se referiría al coste de las medidas adoptadas para prevenir y controlar los efectos del daño.

El principio de contamina puede observarse en dos dimensiones: en primer lugar una internalización de costas ambientales, y el principio de responsabilidad.

La dimensión de la internalización de costos ambientales se orienta a que las autoridades ambientales son quienes deben exigir a los agentes contaminantes para que carguen con los gastos de prevención y control de la contaminación. Son las empresas quienes deben interiorizar esos costos, y hacerlos contar en las cuentas de los balances de las respectivas empresas.(Nájera, 2007, p. 4-10). En lo dicho se refleja la aplicación de la economía del bienestar, que implica que el costo de los bienes y servicios que se comercializan en el mercado debe reflejar también un costo social, es decir el costo de producción y el costo ambiental. En refuerzo de lo dicho, Nájera manifiesta que la internalización busca introducir al sistema económico elementos que reflejen el costo ambiental, si una actividad ocasiona impacto, el costo de ello debe cargarse al contaminante.

La inclusión de la internalización de costos, se refleja en el principio 16 de la Declaración de Rio, que textualmente manda: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta de que el que contamina

debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y son distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.”. (Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992). Lo que se busca es que el costo ambiental lo pague la empresa que se beneficia de la actividad, que lucra de ella, que el costo no se traslade al consumidor final, esto para evitar distorsiones del mercado como las guerras de precios.

La segunda dimensión del principio de contamina paga, es lo que se puede resumir como el principio de responsabilidad, se encuentra estrechamente relacionado con lo mencionado anteriormente con respecto de la internalización de costos. El principio de responsabilidad se encuentra recogido en la Declaración de Estocolmo de 1972, y se refiere a “... hacer soportar a los responsables de la contaminación o degradación las erogaciones necesarias para prevenir o corregir el deterioro ambiental.”. (Cafferatta, 2011, pág. 345). El mismo Cafferatta manifiesta que el principio se resume como quien introduce el riesgo, debe pagar. En esta dimensión, se debe crear el sistema de responsabilidades, tanto para el daño ecológico puro como para el daño a través del ambiente.

La gran crítica del principio se basa en que el derecho ambiental se basa en la previsión del daño, en evitar a toda costa el daño ambiental, en tal sentido el principio de contamina paga debe ser la excepción menos deseada, que solo debe entrar en acción ante una contingencia que a toda costa no se ha podido evitar. El principio de contamina paga no puede observarse como una autorización para contaminar, y posteriormente con el cumplimiento de la responsabilidad económica seguir contaminando.

Por otro lado, Ruda González, expresa que el principio resulta ambiguo en su aplicación jurídica, en el sentido que no es claro al momento de su aplicación, pues puede tratarse de la imposición de una multa al autor del daño, así como la imposición de un tributo ambiental, o el resarcimiento del daño. (Ruda González, 2008, pág. 58)

Finalmente otro de los problemas ya en la aplicación del principio recae en que en determinadas ocasiones, es imposible determinar el autor de un daño ambiental. En el ámbito local, se debería tomar como ejemplo la problemática de los incendios forestales que pueden –o no- ser causados deliberadamente, estos hechos quedan en la impunidad por la imposibilidad de determinar el autor de dichas acciones, en ese punto pierde operatividad el principio de contamina paga.

## **CAPÍTULO II**

### **2. DAÑO AMBIENTAL Y RESPONSABILIDAD AMBIENTAL**

El derecho ambiental se ocupa de dos situaciones que se clarifican en el tiempo: una parte que se ocupa específicamente de la conservación y prevención del medio ambiente, siempre con el fin de evitar a toda costa el daño ambiental; la segunda situación es el sistema que se emplea una vez que ha acontecido un daño ambiental.

Una vez analizado el sector preventivo del derecho ambiental, es menester establecer las caracterizaciones que ocupan cuando se observa que una actividad ha deteriorado significativamente al ambiente. El sistema de responsabilidades se determina en materia ambiental sigue el factor de atribución objetivo.

Una vez que una actividad, habiendo o no cumplido con las exigencias de la prevención o precaución, produce un deterioro al ambiente, se producen una serie de consecuencias jurídicas en la que de manera inmediata se emplean la determinación de un sistema de atribución de las responsabilidades. Una vez verificada la responsabilidad se procede a establecer las consecuencias jurídicas que se atañen a un daño ambiental.

En materia de daño ambiental, se ha establecido tanto legal como doctrinariamente, dos tipos que consideran una amplia diferenciación inclusive en su misma naturaleza jurídica: el daño al ambiente-conocido también como el daño ecológico puro- y el daño a través del ambiente.

Conocido también como el daño ambiental, daño ecológico puro, entre otros.

El daño que se produce a los intereses individuales, producto de un daño ambiental. Al respecto se tratará ampliamente en el siguiente capítulo.

## 2.1. DAÑO ECOLÓGICO PURO

Cafferatta afirma en una de sus publicaciones que la definición de daño ambiental se determinará por la dimensión del concepto ambiente que se haya prescrito en la legislación de cada país. Expone el jurista, que en una noción restringida, se identifica al ambiente con el patrimonio natural o estrechamente ligado con los recursos naturales, otros autores argumentan que el medio ambiente abarca también a los bienes naturales, es decir a los factores esenciales para la existencia del ser humano, en donde el rema urbano es parte de otra rama jurídica: el ordenamiento territorial o el desarrollo urbanístico. En esta línea de ideas, es pertinente realizar la distinción de los tipos de daño ambiental, tal como ha predispuesto Bustamante Alisina atribuir una calificación de daño ecológico. (Cafferatta, Daño Ambiental , 2009)

Por otro lado si se toma la concepción amplia del concepto ambiente, que el paisaje, los bienes del patrimonio, los valores culturales y valores colectivos, además del equilibrio ecológico en materia ambiental, se tomarán en cuenta todos estos factores para determinar el daño y la responsabilidad. (Cafferatta, 2008).

En la doctrina ha sido motivo de amplio debate el carácter de especial del daño ambiental con respecto de los demás tipos de daño, se ha dicho que el daño ambiental:

“... es una especie de Derecho de daños, pero no es un daño común; es de difícil comprobación, muchas veces anónimo, que está vinculado a situaciones de cocausación (sic.) o de causalidad plural...” (Cafferatta, <http://www.pnuma.org>, 2008).

Todas estas circunstancias conllevan que el tratamiento factico y jurídico que deba darse al daño ambiental sea diferenciado.

A más de lo expuesto, el carácter especial de la protección al medio ambiente se orienta a las consecuencias fatales que puede ocasionar un daño ambiental. La determinación del bien jurídico ambiente es fundamental para establecer la

importancia de la delimitación de la responsabilidad por daño ambiental, ya que se encuentra en juego los intereses colectivos, la salud pública, el desarrollo; en otras palabras, la existencia misma del hombre.

### **2.1.2 DEFINICIÓN DE DAÑO ECOLÓGICO PURO**

En un intento por desglosar los términos para alcanzar una definición, se determina que daño es “Efecto de dañar” y dañar se entiende por “Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2013). En efecto, daño ambiente a breves rasgos constituye un detrimento al ambiente, un menoscabo que por sus consecuencias fácticas, debe tener un tratamiento especial al derecho de daños clásico.

Por su parte, en el Ecuador encontramos una definición legal para daño ambiental en la Ley de Gestión Ambiental, al considerar:

“Daño Ambiental.- Es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos.”. (2004).

La definición legal es clara en su contenido. En primer punto de análisis se puntualiza el requisito de que el menoscabo se presente de manera significativa. Con esta afirmación se apunta al reconocimiento que todas las actividades del hombre generan un impacto ambiental, que no necesariamente constituye un daño ambiental, pero que pueden deteriorar al ambiente. Por lo tanto, para diferenciar de un llamado impacto tolerable, se ha incluido la salvedad de la gravedad del impacto. Peña Chacón acertadamente manifiesta que “... no todos los cambios en la calidad o cantidad de los recursos deben considerarse daños y dar lugar a responsabilidad...”. (Peña Chacón & Ramón, 2006).

En algunos casos puede tratarse de un impacto autorizado, siempre que la Autoridad Ambiental Nacional haya otorgado un permiso de carácter

administrativo que faculte la realización de las actividades que generan mayor impacto que las actividades denominadas normales.

Horacio Rossati, citado por Cafferatta, explica que el factor determinante de la relevancia o la significación que exige el daño ambiental se vinculan con la posibilidad de que la naturaleza misma pueda auto-regenerar lo destruido o deteriorado. En este sentido, puede haber cierto impacto ambiental que rompe la antijuridicidad por su insignificancia. (Cafferatta, Daño Ambiental , 2009, p. 20)

El segundo punto de análisis, se requiere que dicho detrimento se haya causado a una de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o de uno de sus componentes. Se toma en consideración de la integralidad que exige el concepto naturaleza, en la cual todos sus componentes constituyen factores determinantes para mantener el equilibrio ecológico.

Finalmente se habla que el daño ambiental puede orientarse al deterioro de los elementos que requiere el medio para garantizar el correcto funcionamiento y desarrollo del ecosistema; además se incluye la posibilidad real de la renovación de los recursos naturales; en este sentido, toda actividad o consecuencia de la actividad que menoscabe el funcionamiento o la posibilidad de autorenovación se observará como daño ambiental.

Roberto Ruiz Piracés –desde la visión del derecho chileno- propone una visión del daño ambiental, y manifiesta que un daño se produce al momento de:

“... a través de una actividad se produce un deterioro de los ecosistemas, concretamente a los bienes ecológicos agua, suelo, aire, clima, flora, fauna y al sistema de relaciones que se establecen entre ellos...” (Ruiz Piracés, 2003).

Por otro lado, González Márquez tomando en consideración la definición de daño ecológico, propuesta por El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente –PNUMA- ha definido al daño ambiental como:

“... un cambio que tiene un impacto adverso considerable sobre la calidad de un particular ambiente o alguno de sus componentes, incluyendo sus valores utilitarios y no utilitarios y su capacidad para soportar una calidad de vida aceptable y sustentable y un equilibrio ecológico viable...”(González Márquez, 2003, p. 26).

El estudioso sostiene que tomando esta definición se puede considerar que el daño ambiental es aquel que se dirige al conjunto del medio natural, que se lo puede considerar como un patrimonio colectivo, o de alguno de sus componentes, esta afectación se manifiesta de tal manera que interrumpe el desarrollo del medio, pero lo que caracteriza a este tipo de daños, es que se interpone independiente de la afectación a las personas –salud pública- o a las cosas –daños patrimoniales-. (González Márquez, 2003, p. 26-28)

El daño ambiental mantiene la particularidad de ser un daño causado a un interés colectivo, por lo tanto es de titularidad colectiva, lo cual trae consigo una serie de consecuencias jurídicas tanto sustantivas como adjetivas que determinan la particularidad de dicho daño.

En base de todo lo expuesto y, recurriendo a la exégesis de lo que pretende la protección, se podría decir que daño ecológico puro es aquel desmejoro que se produce en contra del bien jurídico medio ambiente.

### **2.1.3 CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO AL AMBIENTAL**

El daño ambiental de incidencia colectiva, mantiene ciertas peculiaridades que son importantes diferenciarlas para no confundir la acción de daño ambiental puro con la acción civil por daño ambiental.

Se toma esta denominación en su sentido estricto, ya que al hablar de daño ambiental de incidencia colectiva, se refiere a toda la colectividad, mas no a una comunidad determinada, ya que en ese caso se determinaría la acción individual o la de daño a través del ambiente.

La Doctrina realiza una caracterización del daño ambiental y desglosa los elementos que permitirían identificarlo para imponer las sanciones y obligaciones con respecto a un suceso de dicha naturaleza.

### **2.1.3.1 EL CARÁCTER COLECTIVO DEL DAÑO AMBIENTAL**

Se ha dicho que el daño ecológico puro tiene una incidencia colectiva. El concepto de daño ecológico puro se piensa que nace en Alemania, ante la necesidad de abarcar una protección a los animales y plantas silvestres, y buscar la prevención de los cambios ecológicos de gran envergadura. La tendencia doctrinaria y normativa actual, ha llevado a que el daño ecológico puro no se refiere a la lesión de bienes jurídicos individuales, sino que tiene que ver con la lesión que se pueda involucrar uno o más elementos de los ecosistemas naturales o su interacción. Se trata por ejemplo de un daño al clima, destrucción atmosférica, extinción de una especie animal o vegetal. En otras palabras "...es una alteración a la capacidad funcional de los ecosistemas..." (Ruda González, 2008, p. 76).

El daño a la naturaleza muchas veces se traduce como un daño social, es un menoscabo que no depende la afectación concreta a la salud o a los bienes individuales de las personas.

Cafferatta en un intento por delimitar el carácter colectivo del daño, manifiesta que es

"... molestia o afectación, de naturaleza supraindividual, masificado, impersonal o indiferenciado, por reflejo... por rebote, caiga también sobre un patrimonio concreto, propio, personal y diferenciado, transformándose al mismo tiempo en un daño ambiental individual, o particular..." (Cafferatta, Daño Ambiental , 2009, p. 27).

En materia de daños colectivos, se tiene una particularidad que puede ir en doble sentido: la determinación de la pluralidad de causantes, o la determinación de la pluralidad de afectados. El daño ecológico puro es aquel daño no padecido por una persona en particular, es un daño sufrido por la

colectividad, daño público o ambiental puro. Esta distinción resulta procesalmente importantísima, ya que se está frente a un tipo de responsabilidad en la que la legitimación activa se le otorga a los sujetos colectivos que representan intereses colectivos, ahí surge la problemática de quien paga -si el daño ha sido causado por varias personas o actividades- y quien cobra –en el caso de resultar varios los afectados, en un sistema indemnizatorio, ante ello se advierte de la problemática de la causalidad plural y las consecuencias colectivas de los daños ambientales. Realiza un análisis de las situaciones, y establece que en el caso de daño ambiental causado por u obrar plural –sean los agentes conocidos o desconocidos-, determinando la participación o contribución al daño, se podría hablar de una responsabilidad solidaria de los agentes, con su respectivo derecho de repetición. Si el daño es sufrido colectivamente, se debería hablar de daño colectivo en estricto sensu. (Ruda González, 2008, pp. 75-79)

En este punto es válida la precisión del daño sufrido por una colectividad determinada, como por ejemplo una comunidad geográficamente delimitada, en este caso se podría hablar de un resarcimiento por daño a través del ambiente, mientras que el daño ecológico puro afecta a los derechos de todas las personas.

El daño colectivo es único, se expande por los sujetos y es indivisible, puede causarse un daño sin la concurrencia de daños individuales, este es el caso de la afectación del equilibrio ecológico, que no perjudica a la salud individual o al derecho real de ninguna persona en específico, sino que involucra a todos los habitantes de un lugar, en este caso la acción no pertenece al Estado, sino que corresponde a todos. En palabras de Mosset:

“... El daño colectivo, siempre *estricto sensu* puede referirse a intereses de grupos mas o menos organizados y que cuentan con representación, o a “intereses difusos”, cuando entre los miembros de grupo no existe una vinculación formal, sólo la relación que significa vivir en una misma zona o participar del mismo interés social...”(Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo II, 1999, p. 168).

El artículo 397 de la Constitución de la República del Ecuador otorga legitimidad activa a todas las personas naturales o jurídicas, colectividad o grupo humano, para incoar acciones para la obtención de la tutela efectiva en materia ambiental. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por su parte Gabriel Stiglitz, citado por Mosset, define a los derechos difusos como:

“... los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa...” (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo II, 1999, p. 170).

Esta afirmación involucra un doble sentido, que la satisfacción de ese derecho atañe al beneficio de toda la colectividad, así como en el caso de una afectación, esta se extiende al conjunto comunitario.

Con todo, la característica fundamental del daño ecológico puro es su carácter colectivo, pues una afectación al medio ambiente, afecta a todas las personas que habitan en el medio. Es menester entender la dimensión colectiva del daño a la naturaleza, tomando en consideración que se trata de un bien jurídico superior el que se busca proteger, es el interés de toda la población con respecto al ambiente, pues todo daño al ambiente es también una afectación a todos, incluido a los que han dañado al ambiente.

La calificación del daño ambiental como colectivo, surge de la misma naturaleza jurídica del bien protegido, ya que siendo indivisible, so es sujeto de apropiación exclusiva de un sujeto, es por tal, que el sistema de resarcimiento no se encamina a la reparación de un interés individual. Tal como diferencia Leonardo Fabio Pastorino, el daño colectivo ambiental, debe distinguirse de otros perjuicios ocasionados a bienes de naturaleza colectiva, sino el patrimonio de un sujeto colectivo, o un interés no patrimonial de dicho sujeto colectivo. (Pastorino, 2005).

### **2.1.3.2 CARACTERÍSTICA DE INMATERIAL DEL DAÑO AMBIENTAL**

Esta característica se vincula fuertemente con la anterior, pues tomando en consideración que el daño al ambiente es de tiente colectivo, se puede afirmar que consiste en un daño no patrimonial, que no tiene que ver con un resarcimiento económico o una reparación moral.

No se puede afirmar que las consecuencias jurídicas condenatorias al responsable del daño no tengan una carga económica, sino que en virtud del bien jurídico afectado, el sistema indemnizatorio cambiaría para convertirse en un sistema reparatorio. La implicancia del carácter extrapatrimonial del daño al ambiente es la exigencia de la mitigación, reparación y restauración del daño, por sobre la indemnización; ya que el bien jurídico ambiente, se resarce con la restauración mas no con la indemnización.

Lo dicho son perjuicio de la existencia efectiva de daños patrimoniales o morales de carácter personal, la esencia de la explicación recae en que dichos daños pueden ser reclamados por otras acciones.

Ruda González expone distintos argumentos para defender la postura extra patrimonial. En primer lugar, afirma que el medio ambiente no constituye un bien patrimonial, sino un interés colectivo. En este sentido sería un error imponer una valoración económica a las consecuencias del daño, ya que en muchos de los casos, la afectación a la naturaleza podría involucrar el menoscabo de recursos o elementos que no tiene valor económico. Sin embargo de lo expuesto, se afirma que el daño ecológico no afecta a ningún patrimonio, pero afecta al patrimonio colectivo, al bienestar de la sociedad en su conjunto. (2008, pp. 161-163).

Esta línea de ideas, se afirma que el derecho que nace por el daño ambiental resulta una especie de híbrido entre el daño patrimonial y el daño moral. Ya que está claro que en realidad si existe un patrimonio que resulta afectado con el daño: el patrimonio natural. Por otro lado, el deterioro significativo de la

naturaleza tampoco se ocupa de un detrimento moral individual, sino que afecta a un interés colectivo. (Ruda González, 2008, p. 75-77).

### **2.1.3.3 LA GRAVEDAD DEL DAÑO AMBIENTAL**

Se ha explicado en líneas anteriores la necesidad de que el daño ecológico puro debe estar revestido de gravedad, en el presupuesto de que todas las actividades que realiza el hombre involucran un impacto al ambiente.

Citando Cafferatta el Trabajo de Bustamante Alsina “Responsabilidad por daño ambiental”, explica el jurista Alisina:

“... Es necesario precisar que el daño ambiental se configura cuando la degradación de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico adquieren cierta gravedad que excede los niveles guía de la calidad, estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que la convivencia impone necesariamente...”(Cafferatta, Daño Ambiental , 2009, p. 20)

Se toman en cuenta elementos como la normal tolerancia y la convivencia, siempre procurando que el hombre pueda vivir en un entorno donde pueda satisfacer sus necesidades y desarrollarse, sin menoscabar sus demás derechos de libertad. Pero, cuando una actividad humana supera la normal tolerancia de impacto, se produce un impacto ambiental. Un ejemplo claro, resulta el tema de la polución de los motores que funcionan con hidrocarburos, ya que es evidente la necesidad de la utilización de dichos artefactos, conociendo el impacto negativo que causan al medio ambiente y el hombre los utiliza diariamente. Se ha sacrificado una parte del medio ambiente para lograr satisfacer una comodidad –en tiempos anteriores- del ser humano que posteriormente se convirtió en una necesidad, por lo tanto se demuestra que los límites permisibles se estiran cada vez.

Para explicar esta situación, Ruda González hace hincapié de que no es necesario incurrir en un estudio alentado de un suceso ambiental para determinar la gravedad y su posterior responsabilidad. El reconocimiento de la

gravedad viene dado para evitar la persecución de impactos ambientales de mínima trascendencia. El punto en donde converge el daño y su gravedad se establece en la tolerancia, pues la no gravedad equivaldría a la tolerabilidad. (Ruda González, 2008, pp. 100-101)

Con respecto a la normal tolerancia Kemelmajer de Carlucci, citado por Cafferatta, señala que el carácter de relevante indica pues que la lesión debe ser importante, tomando en consideración la norma del Código Civil de la República de Argentina que habla de la normal tolerancia; consecuentemente existe una tolerabilidad bajo la cual el daño no es indemnizable –tampoco reparable-. La “normal tolerancia y razonabilidad configuran el norte con el que cabe interpretar la noción de daño ambiental” (2009, p. 36).

El meollo del asunto es encontrar un criterio válido y ampliamente aceptado para catalogar a un daño como grave. Se rescata la subjetividad del asunto; inclusive dejar un cabo suelto tan importante puede resultar en un ambiente de inseguridad jurídica. Al respecto se han tomado varias alternativas. Como se ha expuesto, una de ellas converge un factor de posibilidad de recuperar lo dañado por un mismo proceso natural y en un tiempo determinado. Sobre esto se ha dicho “... el daño debe ser permanente y no meramente temporal o transitorio, pues muchas actividades rompen el equilibrio natural, pero se recomponen por sí solo y en breve, merced a la formidable capacidad de recomposición de la naturaleza.”(Ruda González, 2008, p. 102)

Otra de las maneras de determinar un daño ambiental, sería con la consideración de la norma técnica con respecto a la actividad a realizar, aunque la consideración de la norma jurídica podría dilucidar el tema. Cuando la norma determina una autorización para la realización de varias actividades, tomando en consideración de las consecuencias científicamente comprobadas acerca de la actividad y sus efectos, podría determinarse una línea base bajo la cual podrían actuar, y al sobrepasar la misma, constituiría un daño ambiental a ciencia cierta. En vista que la determinación de un techo límite de acción es la misma autorización la que determina el campo de acción, la denominada línea

base marca el camino del impacto permitido y el daño ambiental, dejando como base de la pirámide el impacto tolerado. (Bedón, 2010, p.68).

#### **2.1.3.3.1 IMPACTO TOLERADO**

Tomando en consideración que la Ley de Gestión Ambiental establece un sistema de licenciamiento ambiental, que procura un estudio de impacto ambiental y una evaluación de impacto ambiental, para determinar una línea base sobre la cual se puede desarrollar la actividad.

El primer escalafón sobre la cual se determina el impacto ambiental y se diferencia del daño ambiental es el impacto tolerado. Esta idea surge de la bien lograda afirmación que no todo impacto al ambiente puede ser considerado como daño ambiental. A ciencia cierta, todas las actividades que realiza el hombre generan un impacto negativo al medio ambiente.

Es menester verificar los límites que obran entre el impacto tolerado e impacto autorizado, pues sobre este último se requiere de la autorización estatal, emitida por la autoridad nacional ambiental que la ley faculte para emitir tal autorización, siempre y cuando se hayan cumplido con todos los requisitos que exige las normas técnica y jurídica.

El criterio para diferenciar los tipos de impactos sería el de la normal tolerancia. En el Ecuador no existe norma con respecto de una que mencione a la normal tolerancia. Por su parte, el Código Civil de la República de Argentina mantiene una mención de la normal tolerancia que podría servir para definir los límites del impacto tolerado. De esta manera el artículo 2618 de la norma mencionada determina:

Art. 2618.- Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de las actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediante autorización administrativa para aquellas... (2003).

La norma argentina no delimita la normal tolerancia, sino que invita a determinar caso por caso la normal tolerancia, ya que la ley establece que según las circunstancias del caso, será el juez que debe disponer la indemnización, que en el caso del daño ecológico puro sería el sistema reparatorio del daño.

El último inciso del expuesto nombrado establece:

...En la aplicación de de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso... (Ibídem).

Como se puede evidenciar en las normas citadas, la determinación de la normal tolerancia es subjetiva, sujeta al criterio de un juez, tomando en cuenta las características del acontecimiento y, la necesidad de dicho impacto. Por ejemplo, son conocidos los efectos negativos de la utilización de combustibles fósiles para el impulso de los motores que utilizan dicho sistema, pero la humanidad ha aceptado el costo hacia el medio ambiente en vista de la utilidad de dichos artefactos.

Hutchinson habla del daño tolerado, ya que supone que el impacto al ambiente que se llama tolerado es negativo, por lo tanto equivaldría al daño. Con respecto al daño tolerable, lo define "... que es aquel que la comunidad debe aceptar, pues no se considera antijurídico, y son la sociedad y los sujetos que la componen los que deben soportarlo..." (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo II, 1999)

Los doctrinarios con teorías más ambientalistas buscan que no exista el daño ambiental, lo cual resulta imposible. Debe tomarse como premisa el impacto tolerado, tomando en consideración que muchas veces la comunidad tolera un daño mayor al permisible, en otras ocasiones no soportará ni siquiera el permisible; cuando sucede este último caso la comunidad siente el daño y reacciona en contra de él, en ese momento las normas deben cambiar en aras del bien de la sociedad. "El razonamiento de que la tolerabilidad representa esa

parte del daño que debe ser soportada por la víctima por el mero hecho de formar parte de la sociedad y de beneficiarse de sus ventajas...” (Ibídem).

#### **2.1.3.3.2 IMPACTO PERMITIDO**

El momento que se tenga la certeza o los indicios de que una actividad genere un impacto considerablemente negativo sobre el medio ambiente, debe procederse a la obtención de una licencia ambiental o cualquier tipo de autorización del Estado para la realización de la actividad; en este punto se cruza la línea entre impacto tolerable y el impacto autorizado.

El impacto permitido o impacto permisible, se ha definido como:

... aquel aceptado por el Estado, dentro de los parámetros que el mismo determine, y dependerá de la política ambiental que aquel fije y nos indicará cuál es la lesión máxima aceptada, el qué, cómo, cuándo y dónde del daño que se le permite producir al operador.... (Ibídem)

Cabe destacar que ningún a ningún operador se le permite dañar al ambiente, solamente se le permite desarrollar una actividad que se genere un impacto mayor al tolerado.

Los parámetros fijados por el Estado deben ser cumplidos a cabalidad, y deben sujetarse a revisión para evitar que el impacto sea mayor y potencialmente sufrir un daño ambiental.

En la legislación ecuatoriana, estos parámetros están fijados por la evaluación de impacto ambiental y el estudio de impacto ambiental. La autorización que permite el impacto se vuelve lícita en la licencia ambiental. En la Ley de Gestión Ambiental, se define a la licencia ambiental como “...La autorización que otorga la autoridad correspondiente a una persona natural o jurídica para la ejecución de un proyecto, obra o actividad...” (2004).

Lo que determina el campo de acción del impacto autorizado es la línea base que se construye con las conclusiones obtenidas de el estudio de impacto ambiental. En este sentido se podría afirmar que si una actividad sobrepasa la

línea base, se configura el daño ambiental, en virtud de que dichos parámetros cuentan con los estudios y la determinación del campo de acción sobre lo que una actividad puede contaminar.

En este sentido, se afirma categóricamente que si una actividad sobrepasa los límites permisibles del impacto autorizado, automáticamente atribuir a dicho accionar un daño ambiental.

Por tal motivo, la determinación del momento y la proporción sobre la cual una actividad que cuenta con autorización ambiental, sobrepasa su línea base debe ser clara y precisa, ya que de ello depende de que se pueda imponer al gestor de la actividad la indemnización o reparación del ambiente.

#### **2.1.3.3.3. DAÑO AMBIENTAL COMO PRODUCTO DE LA VIOLACIÓN DE PARÁMETROS PERMITIDOS EN EL IMPACTO AUTORIZADO**

Una vez que se ha sobrepasado los límites de la autorización estatal para producir un impacto autorizado, o que haya sucedido un acontecimiento que haya provocado un daño ambiental comprobado, se debe establecer el sistema reparatorio o indemnizatorio del daño.

Una definición de daño ambiental puro es la que nos la presenta Cafferatta, tomada de una Resolución conjunta entre la Secretaría de Finanzas y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de Argentina, la cual nos dice "... Se considera daño ambiental de incidencia colectiva, a aquel que afecte algún elemento del ambiente, con presidencia de que traduzca en un daño sobre la persona o sus bienes..." (Cafferatta, Daño Ambiental , 2009). En este sentido, se podría decir que el daño a través del ambiente es aquel que por un suceso ambiental, resulten afectadas las personas en su individualidad o sus bienes.

Es precisamente a este punto que se refiere el daño ambiental como el peldaño más alto en la pirámide en la cual se mide el impacto o daño al ambiente. El deterioro ambiental sea puro o civil trae consecuencias jurídicas que imponen el deber de indemnizar los daños privados y recomponer a la naturaleza.

Resulta el peor de los escenarios, con lo cual se debe establecer todas las medidas para que el bien jurídico protegido se resarza.

Con lo expuesto, se deja sentado las características del daño ecológico puro, para poder identificarlo y poder emprender las acciones y medidas necesarias. Sin embargo la manera más sutil para diferenciar al daño al ambiente del daño a través del ambiente es mediante la determinación del bien jurídico protegido afectado.

#### **2.1.4. BIEN JURÍDICO AMBIENTE**

La consideración del ambiente como un bien jurídico protegido propiamente tal, constituye el primer requisito para la construcción y aplicación de un sistema de responsabilidad por deterioro del medio ambiente, además de fungir como elemento diferenciador entre el daño ecológico puro y el daño a través del ambiente.

La definición y conceptualización de bien jurídico ha sido una ardua tarea para la doctrina sobre la cual no existe un acuerdo definitivo. El bien jurídico se lo puede denominar de varias formas: derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, objeto jurídico, objeto de protección, entre otros. El jurista Arturo Zamora Jiménez toma las definiciones de bien jurídico de varios autores y manifiesta:

“... Rocco precisó que el concepto de bien jurídico ha de apoyarse sobre la idea de valor. Según Cobo del Rosal, el bien jurídico se puede definir como todo valor de la vida humana protegida por el derecho... bien jurídico es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro...” (Zamora Jiménez, 2008).

En una concepción más estricta se define al bien jurídico como “... todo objeto material o inmaterial –de valor económico o no- que satisface necesidades del hombre...” (Hutchinson, daño al ambiente). Esta definición incorpora todo lo

referente a los derechos patrimoniales, los atributos de la personalidad y los valores existenciales de la persona.

En materia ambiental la determinación del bien jurídico es complicada en el sentido de que existe una diversidad de los elementos que conforman el medio ambiente, en vista de que la naturaleza mantiene como elementos a los recursos naturales, las condiciones naturales del espacio, los valores sociales de la conjunción del hombre-naturaleza, los valores sociales ligados al mantenimiento de las condiciones ambientales equilibradas. (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo I, 1999). Para la determinación del bien jurídico ambiente, hay que tomar en consideración lo que se busca precautelar con todo el sistema de protección y, más allá, con el sistema de responsabilidad sobre el deterioro del bien jurídico protegido. Se ha dicho en un principio que toda la protección especial que merece la naturaleza no obedece a la tutela de los elementos del medio ambiente, sino el derecho protege la calidad del ambiente, siguiendo la teoría antropocéntrica, la protección verificaría ante la necesidad que tiene el hombre de la naturaleza y sus recursos y de esta manera poder garantizar su subsistencia y la de sus generaciones futuras.

Como ya se ha argumentado, la tutela del bien jurídico ambiente no puede ser de carácter universal, ya que de ser así, se impediría al hombre el desarrollo de cualquier acción u omisión que menoscabe a la naturaleza.

Por otro lado, tomando en consideración que el medio ambiente no solo constituye la suma de sus elementos Ruda González (2008) considera que el medio ambiente con su abundancia interacciones mutuas integrando de muchísimos factores que influyen recíprocamente y constituyen un sistema con un verdadero equilibrio. Por lo tanto el medio ambiente se encuentra compuesto de los sistemas que armónicamente funcionan para constituir un todo.

Pastorino (2005, p. 83) afirma que para que exista una concepción adecuada para el bien jurídico ambiente, se debe neutralizar el régimen de propiedad, y

solo así podría integrarse a la definición los bienes de dominio público, como los bienes privados. Más adelante reconsidera y se afirma que el medio ambiente es un bien colectivo porque satisface necesidades colectivas, esenciales para cada individuo que habita en el planeta. El medio ambiente es, a más de equilibrio ecológico es también el conjunto tangible de sus elementos, es por tal que resulta imposible de darle un tratamiento como bien jurídico siguiendo la doctrina civilista, el ambiente no puede ser un bien apropiable individualmente, como tampoco una propiedad colectiva, pues en estricto derecho debe coexistir los dos.

En fin el bien jurídico ambiente, es imposible de delimitar en un marco definitivo, en el intento de la concepción de toda su dimensión, se tomará los alcances del daño ecológico puro que Pasqualotto propone y que (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo II, 1999, p. 79) Iturraspe transcribe, y manifiesta que la degradación al ambiente alcanza:

“... 1) al hombre, en su salud, en sus actividades sociales o económicas; 2) las formas de vida animal o vegetal; 3) el medio ambiente en sí mismo considerado, tanto desde el punto de vista físico como estético...”.

#### **2.1.5. DERECHOS DE LA NATURALEZA COMO UNA DELIMITACIÓN AL BIEN JURÍDICO AMBIENTE**

Hutchinson afirma que “... el fin mediato de la protección del ambiente no es el cuidado de la naturaleza en sí misma, sino el cuidado del hombre y el afianzamiento de su dignidad mediante la satisfacción de sus necesidades vitales...” (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo I, 1999, p. 318) La esencia de la protección no se extendía a los elementos bióticos o abióticos que componen la biósfera, sino la protección de la calidad de vida de los seres humanos, siguiendo claramente una teoría antropocéntrica.

Una de las principales novedades que trae la legislación y las normas fundamentales ecuatorianas, es el reconocimiento de los derechos de la

naturaleza, esta implicación jurídica ha sido ampliamente explicada en líneas anteriores.

En el 2003, González Márquez realiza un estudio para el Programa de las Naciones Unidas para el medio Ambiente –PNUMA- y, al exponer los alcances del bien jurídico ambiente en cada una de las normativas latinoamericanas, en lo que respecta al Ecuador, la Constitución Política se reconocía el derecho a la población en un medio ambiente sano y el marco jurídico del desarrollo sustentable.

Hoy, con el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, el bien jurídico ambiente cambió de vista, se cambió la matriz del pensamiento filosófico y se “adoptó” la teoría ecocéntrica en el sentido de que la naturaleza goza de protección propia por la calidad que ahora ostenta: sujeto de derechos. Como se manifiesta en el segundo inciso del artículo 10 de la Carta Magna, la naturaleza tendrá aquellos derechos que le sean reconocidos en la Constitución, en concordancia con lo que se dispone el Capítulo VII del Título I del texto fundamental, en este sentido se encuentra que la naturaleza es titular del derecho a la conservación, restauración y de representación.

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza eleva el juicio de ponderación en temas jurídico medioambientales, pues se podrían incoar acciones por daño ecológico puro, sin el argumento clásico de la lesión de los derechos individuales del ser humano, sino que directamente se puede iniciar la acción con el argumento de la violación de alguno de los derechos de la naturaleza. El reconocimiento deja en evidencia por primera vez que la protección a la naturaleza no viene dada por la necesidad de garantizar la subsistencia del hombre, sino por la necesidad de cuidar integralmente el planeta, ya que es el lugar donde se reproduce la vida y es considerado casi como un ser autónomo y especial con vida propia.

En virtud de lo expuesto se ha podido definir el bien jurídico ambiente como el valor que busca proteger los derechos de la naturaleza y extender la protección

por tal reconocimiento y en defensa de dichos derechos, no por la defensa de los derechos individuales del ser humano.

Como se ha podido argumentar, la determinación de un bien jurídico que abarque todos los componentes del medio ambiente resulta de vital importancia en la tarea de identificación del daño ecológico puro, ya que dicho tipo de daño deteriora al medio ambiente concebido como bien jurídico.

#### **2.1.6. RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR DAÑO ECOLÓGICO PURO**

Una vez acontecido el suceso descrito en líneas anteriores, se debe proceder a determinar la responsabilidad tomando en consideración el sistema designado para tal efecto.

En este sentido, entra en acción lo dispuesto en el artículo 396 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que marca imperativamente que "... la responsabilidad por daños ambientales es objetiva...". Este mandato constitucional transforma el sistema para determinar la responsabilidad tanto para el daño ecológico puro como para el daño a través del ambiente.

Las consecuencias inmediatas que se coligen de la lectura del texto constitucional es que se deje de lado el derecho de daños clásico para determinar que la responsabilidad es objetiva. Esta aseveración constituye la consideración solamente de los elementos de la existencia del daño y el nexo causal.

Que impone la verificación del elemento del dolo o la culpa para determinar la responsabilidad

El nexo causal trae inmersa la antijuridicidad, que constituye como indispensable para la determinación de la acción o actividad ilícita.

La justificación más acertada para la aplicación del factor de atribución objetivo es que:

... en la responsabilidad común no se puede activar el mecanismo de la responsabilidad si no existe un daño patrimonial o personal, determinado y directo. Pero si aplicamos este principio en todos los casos de daños ambientales no se conseguiría la finalidad prevista por la Constitución: la protección y restablecimiento del entorno ambiental... (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo I, 1999, p. 327)

Se considera que el derecho ambiental mantiene la premisa de la prevención del daño, pero una vez acontecido se requiere de un mecanismo de responsabilidad y sanción que propenda a la conservación del medio ambiente por sobre una indemnización de carácter económica.

En este sentido se tomarán en cuenta dichos elementos para determinar si el promotor de la actividad que ocasionó el deterioro significativo del medio ambiente es responsable por el daño causado. Una de las características fundamentales de la responsabilidad objetiva es que se parte de la idea que no existe dolo o culpa en la acción, por lo tanto el accionado no puede excepcionales con la inexistencia de dichos elementos para eximir su responsabilidad.

Cafferatta advierte la peculiaridad del daño ambiental, afirma que

... El daño jurídico... tiene que cumplir con una serie de requisitos que enseña la doctrina: debe ser cierto, concreto, directo, personal, diferenciado. El daño ambiental no cumple con ninguno de los requisitos, pues indirecto o reflejo, impersonal, muchas veces incierto, hasta hipotético, es de causalidad difusa..." (Cafferatta, 2008, s/n)

El derecho de daños clásico predica que el primer elemento a verificar es la antijuridicidad o la ilicitud. Sobre esto Mosset Iturraspe señala que en materia ambiental la imputación del daño, puede nacer de una conducta lícita, pues su licitud inicial no impide que se sancione el resultado, ya que se trata de un daño injustamente padecido.

La norma constitucional ecuatoriana no es la única que predica la responsabilidad objetiva para daños ambientales. Por su parte, la Ley General del Ambiente de Argentina (2002) dispone en su artículo 28 que "... El que acuse el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior de su producción...." La legislación de Costa Rica en su Código General Procesal (2012) establece que "... en materia ambiental la responsabilidad será de carácter objetivo...", de esta manera los análisis jurisprudenciales y legislativos de la mayoría de países de la región aplican el criterio de atribución objetivo para el daño ambiental.

La responsabilidad objetiva se determina para el daño ambiental en virtud de la protección que se le otorga a la naturaleza, pues con tal disposición se invita a los gestores de las actividades riesgosas que apliquen los principios preventivo y precautorio de manera más eficaz para evitar a toda costa el daño, ya que se advierte que cualquier deterioro al ambiente que cause su actividad se presumirá su culpabilidad.

El factor objetivo consiste precisamente en la eliminación de los elementos del dolo o la culpa, para atribuir la responsabilidad. En la atribución de la responsabilidad no se considera a la persona, sino a la actividad o cosa peligrosa. La culpabilidad recaerá en el gestor de la actividad, siempre que se verifique que el daño existe y que dicha actividad produjo el daño, no se considera nada adicional; casi no admite excepciones. En materia ambiental – específicamente en la legislación ecuatoriana- adicional a ello se invierte la carga de la prueba y la imprescribibilidad de las acciones ambientales.

En derecho civil clásico se toma la máxima de "quien alega debe probar", en materia ambiental la carga de la prueba recae sobre el demandado, quien es el que debe comprobar las excepciones que ha utilizado en su defensa.

### **2.1.6.1 EXISTENCIA DEL DAÑO COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA**

Resulta interesante ver cuando el maestro Hutchinson (1999) explica los elementos de la responsabilidad objetiva, toma como el primero de ellos la actividad del hombre. En realidad la actividad del ser humano constituye la base teórica para considerar cualquier tipo de responsabilidad. Sería una aberración lógica y jurídica el querer determinar la responsabilidad por un daño causado por las actividades de la propia naturaleza, sin que intervenga la obra del ser humano.

El mencionado autor hace alusión que cualquier tipo de responsabilidad extracontractual –incluida la responsabilidad con el ambiente- debe contener como elemento fundamental la actividad humana, dicha actividad debe generar un daño, y la actividad debe ser antijurídica, de antemano se anticipa que en materia ambiental dicha antijuridicidad no es sinónimo de ilicitud o ilegitimidad.

La lógica sigue, que para incoar una acción por daño –sea de recomposición o de indemnización- debe verificarse la existencia del menoscabo. El derecho ambiental escapa de lo tradicional; se ha dicho ya que en materia ambiental se juega con el elemento de la incertidumbre científica del daño.

Un menoscabo al medio ambiente puede o no tener la comprobación científica del caso, no solo con respecto a lo nocivo que puede resultar para el ambiente o la salud humana alguna actividad, sino también a la gravedad del deterioro. Es por tal que en el proceso ambiental se debe comprobar la existencia del daño y la gravedad del menoscabo para continuar al siguiente paso –dicho sea la comprobación del nexo causal-; esta constituye una de las excepciones que puede plantear el denunciado para eximir su responsabilidad.

Los juristas insisten en la necesidad del estudio del daño como condición primordial para fijar la responsabilidad, sin daño alguno no habría qué reparar, además de constituir uno de los dos elementos que se analizan en la imputación de la responsabilidad objetiva.

Según Hutchinson, el daño en el lenguaje común se refiere a

...todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza... (Ibídem).

Esta definición trae varios elementos que definen al daño. El perjuicio o menoscabo es el elemento fundamental al definir al concepto, también es considerable el accionar de alguien o algo para que tenga como consecuencia el daño. Jurídicamente hablando se debe tomar a la definición de daño con un aspecto más limitado, en el sentido de que para establecer la responsabilidad, el desmejoro debe ser la consecuencia de un acto antijurídico.

Esta definición, adecuada al derecho ambiental, podría entenderse como: "... toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, considerados individual como colectivamente, a que no alteren de modo perjudicial las condiciones naturales de vida...". (Peyrano, 1983).

Como se puede observar el menoscabo debe referirse a las condiciones de vida del ser humano en su entorno natural, aunque nuevas teorías ya expuestas se orientan a que el menoscabo lo sufre la naturaleza como un ente autónomo, que por efecto de rebote causa problemas de salud pública o desmejoro de la calidad de vida de los habitantes de una zona.

El carácter especial del daño ecológico puro es la transgresión de un interés colectivo, muchas veces difuso, que afecte el bien jurídico ambiente, pues

El presupuesto básico de la responsabilidad-reparación es la producción de un daño, ya que... para que proceda el resarcimiento es ineludible la producción de un menoscabo en la esfera jurídica del perjudicado... (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo I, 1999, p. 150).

La propuesta de la existencia de un daño cierto al medio ambiente como presupuesto de la responsabilidad, obedece las consecuencias jurídicas que acarrea el daño ambiental, en el sentido de que la recomposición solamente operará ante un daño producido que se tenga la certidumbre que se desmejoró al medio ambiente. La característica de certidumbre del daño excluye a los daños eventuales. Por otro lado la doctrina acepta a los daños futuros como sujetos de análisis en la determinación de la responsabilidad. El daño futuro se ubica en la línea de tiempo ex post a la realización de la actividad que trae el daño, pero por la certidumbre de dañoso que trae investida, debe ser reparado, por lo que la fijación de la responsabilidad por el daño futuro resulta indispensable en la teoría del daño ambiental.

El daño eventual se refieren a los daños conjeturales, que pueden o no ocurrir, en la teoría clásica del derecho de daños no son resarcibles.

Hutchinson (1999) citando a Chapus, refuerza esta idea, en el sentido de que el carácter del daño cierto, que puede ser actual o futuro, en este caso los dos, y la exclusión de los daños de carácter eventual. El daño será eventual cuando se juega con la hipótesis de que pueda existir o no y depende de ciertas condiciones que pueden acontecer como no.

El daño ambiental puede ser actual o futuro, o en su caso actual y futuro; es conocido que los efectos de los daños al ambiente pueden aparecer en un futuro, o ser de carácter continuado, es decir que el menoscabo evoluciona y continúa afectando a la naturaleza inclusive con mayor gravedad.

Esta afirmación constituye una limitación a la responsabilidad objetiva por daño ambiental. Los conceptos de daño cierto o eventual son excluyentes, y lo que se busca con la responsabilidad objetiva es fijar la atribución para quien obro y provocó un daño cierto, por lo tanto al resulta imposible fijar una atribución de responsabilidad de manera objetiva para quien produjere un daño eventual o no comprobado.

Esto no lo exime de tomar todas las medidas posibles para evitar un evento dañoso, pero en estricto cumplimiento del principio precautorio.

Volviendo a las afirmaciones de Hutchinson, no se puede establecer una definición concreta de daño cierto, pues cada una de las circunstancias son particulares para cada caso, la certeza o eventualidad va a depender de los elementos sometidos a evaluación del juez en cada proceso.

Por su parte el carácter cierto de los daños actuales se encuentra marcado por la temporalidad, es decir que la existencia del daño se manifiesta integralmente antes de las acciones reparatorias, la certeza del daño actual se determina por los estudios periciales, técnicos y científicos que se realice en el lugar donde haya acontecido el suceso.

Los problemas surgen el momento de la determinación y el pronunciamiento de la reparación de los daños futuros. Este tipo de daños se caracteriza porque temporalmente pueden no haberse manifestado o manifestado parcialmente al momento que el juez valore el daño para el fijamiento de la responsabilidad. Pueden manifestarse parcialmente en la actualidad, pero pueden seguir evolucionando o proyectándose al futuro. El carácter fundamental en este tipo de daños, es la certidumbre de que los sujetos o el ambiente sufrirán las consecuencias del daño a futuro, no cabe en este punto la especulación.

En fin, la existencia cierta de daño actual o futuro debe ser determinada a primordialmente para determinar una responsabilidad por un factor objetivo de atribución.

#### **2.1.6.2. NEXO CAUSAL COMO ELEMENTO DE LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA**

Una vez que se haya comprobado la existencia del daño, se procede a verificar el nexo causal, es decir la correcta adecuación del daño con una actividad determinada.

Como se ha manifestado la problemática de la relación de causalidad en materia ambiental, surge por la dificultad de determinar la causalidad de un daño a la naturaleza, inclusive porque la causalidad puede ser difusa, es decir pueden haber varias circunstancias que hayan provocado un detrimento al medio ambiente.

Según Cafferatta “El nexo causal responde a la siguiente pregunta: tal hecho ¿es de por sí apto o idóneo, normalmente, en forma regular, para producir este hecho dañino?...” (Cafferatta, <http://www.pnuma.org>, 2008) Tal como se encuentra planteada la pregunta, dejaría a pensar que en materia de la determinación del nexo causal no cabe la certeza absoluta, pues se deja al arbitrio del juzgador la determinación del grado de probabilidad. La determinación de que tal hecho produce tal efecto, no se aplica rígidamente al campo del derecho ambiental, pues es una característica propia de este la incertidumbre; esto obedece a la dificultad de tener pruebas científicas irrefutables en lo que concierne a la existencia y funcionalidad de la naturaleza.

Para una mejor comprensión del concepto es pertinente recurrir al derecho comparado. El Código Civil de la República de Argentina (2003) establece una distinción en materia de consecuencias de los hechos, es por tal que en su artículo 901 distingue: 1) las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder, es decir, las que siguen un curso natural y ordinario, se definen como las consecuencias inmediatas; 2) las consecuencias de un hecho distinto, se denominan consecuencias mediatas; 3) las consecuencias que no pueden preverse, son consideradas las consecuencias casuales.

La aseveración descrita es muy importante para la determinación de la causalidad de una consecuencia y la identificación del sujeto que tienen la responsabilidad por tal hecho. En este sentido el artículo 904 del cuerpo legal mencionado, establece que “Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.” (ibídem).

Esta es la base legal que el juzgador del país referido emplea para determinar la responsabilidad objetiva en base a una causalidad no prevista. En Argentina se ha buscado atenuar el empleo de la prueba para la determinación del nexo causal, pues todo sistema de responsabilidad podría fracasar en caso de que no se compruebe la relación de causalidad, lo cual resulta impensable en un derecho que protege a un bien jurídico tan delicado como lo es la naturaleza.

Por su parte Mario Valls advierte la complejidad de la prueba de la relación de causalidad, ya que la considera compleja, muy técnica, complicada y costosa, ya que la falta de intermediación espacial y temporal entre la fuente y el perjudicado, puede establecer un tipo de indefensión al sujeto pasivo por falta de medios de prueba. La solución que el jurista propone es la formulación de la idea que tenga el juez en base a las probabilidades. (Valls, 2007).

La problemática es ahondada por Ruiz Piracés, pues califica a la comprobación del nexo causal como una insuficiencia del sistema de responsabilidades, pues es claro que en materia civil no se presenta tal dificultad en el derecho de daños; pero en materia del daño ecológico puro la situación es distinta, ya que el detrimento puede ser causado por fuentes lejanas, incluso de carácter transfronterizo. Otra dificultad se genera cuando las consecuencias afectan a sistemas de relaciones altamente complejos, o pueden presentarse tras largos periodos de tiempo. (Ruiz Piracés, 2003). En un avance por tratar de dilucidar el problema, se trata de adoptar la teoría alemana, que establece un sistema de presunciones legales, en tal virtud “la causalidad se presumirá cuando un establecimiento resulte apropiado para causar un daño ambiental...”. (ibídem). Es en este punto donde se torna fundamental la inversión de la carga de la prueba, pues el gestor de alguna actividad deberá probar que su actividad no atentó contra el medio ambiente.

En contraste, se encuentra un problema en la definición del espacio-tiempo de la producción de daño –en el caso del daño con efectos futuros-, pues una excepción favorable al demandado, podría ser la imposibilidad de la determinación del tiempo y lugar de la actividad que generó el daño, excusándose que su actividad no provocó el menoscabo que apareció tiempo

después. En este caso, el bien jurídico protegido no obtendría su restauración, pero ahí es donde aparece el deber del Estado de tomar todas las medidas mitigadoras de los daños ambientales. Sin duda la problemática con el nexo causal, no puede dejar en indefensión a la naturaleza.

Una vez expuesta la problemática de la relación de causalidad en materia ambiental, es preciso definirla y establecer mecanismos de determinación válidos para determinar la responsabilidad. En materia penal se ha abordado el tema en la forma que se expone en las líneas siguientes:

Se advierte la necesidad de recurrir a otras ramas del derecho, en este caso el Derecho Penal, para abordar la problemática del nexo causal. Se tomará al daño ambiental equivalente a un delito, en el sentido de que ambas conductas son prohibidas y altamente reprochables en el mundo del derecho.

En materia ambiental, debe mediar una relación que permita adecuar la imputación de un resultado al gestor de una acción. En este sentido:

“...La relación de causalidad entre acción y resultado, y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado con, por lo tanto, el presupuesto mínimo para exigir... una responsabilidad por el resultado producido...”. (Muñoz Conde, 2010, p. 20)

En materia ambiental es pertinente hablar de actividad en lugar de acción, pues en la mayoría de los casos, el daño ambiental se produce por una actividad que ha venido realizándose.

Muñoz Conde (2010, pp. 20-24), propone varias teorías básicas para la determinación del nexo causal en los delitos de resultado, mismas que es conveniente analizar: 1) la teoría de la adecuación; 2) la causa jurídicamente relevante.

Se ha excluido la teoría de la equivalencia de las condiciones, por su insuficiencia, ya que dicha teoría busca la causa de la causa, en este sentido

todas las personas que resulten beneficiarias directa o indirectamente de la acción que produce el daño, serían proporcionalmente responsables por el daño.

La teoría de la adecuación propone que no toda condición del resultado concreto es causa, solamente aquella causa que es adecuada para producir el daño es la jurídicamente válida para la determinación de la responsabilidad. Lo interesante de esta propuesta, resulta en el hecho de que para determinar la condición adecuada se recurre a otro criterio determinante de la responsabilidad, que es la diligencia debida. En este sentido, si se actúa con la diligencia debida, aunque se haya verificado un resultado, dicha actuación orbita en lo jurídicamente permitido. (ibídem).

Por su parte, en materia ambiental esta teoría resulta casi ineficiente, en el sentido de que se ha demostrado que el accionar con la diligencia debida, aun cuando se hayan verificado todas las obligaciones de prevención y precaución que impone el derecho, no eximen de la responsabilidad por daño ambiental. La única salvedad, que sigue la lógica jurídica, es la actuación dentro del ya mencionado impacto autorizado, ya que el poder del Estado ha considerado una línea base de acción, y si posteriormente se verifica que dicha acción alcanza un perjuicio a la naturaleza o al derecho a vivir en un medio ambiente sano, podría constituir una eximente de responsabilidad, pero siempre con la salvedad de que el perjuicio al ambiente debe ser mitigado y restaurado –en estricto cumplimiento de los derechos de la naturaleza-, sobre quien recae dicha responsabilidad se hablará en la parte pertinente a la delimitación de la responsabilidad objetiva.

Por otro lado, la teoría de la causa jurídicamente relevante, diferencia entre la determinación de la causalidad, y la cuestión de si una causa es relevante o no. Para Muñoz Conde, el problema de la causalidad es un problema jurídico, pues ya se ha considerado que todo resultado es producto de una causa, pero en el mundo del derecho penal –en este caso observando el derecho de daños- la causalidad se determina con la ayuda de criterios jurídicos; pues solamente las

causas jurídicamente relevantes serían factores de atribución de la responsabilidad. (Ibídem)

En la materia que concierne a la presente investigación, se puede decir que la relevancia de la acción para determinar la responsabilidad en los daños ambientales, es muy amplia pues como se ha podido demostrar las causas ambientalmente relevantes pueden obrar desde una omisión o desde la inobservancia de la debida diligencia, o simplemente de la introducción de una actividad ambientalmente riesgosa y que dicha actividad produzca un deterioro significativo al medio ambiente.

Finalmente se concluye que la determinación de que una actividad, efectivamente ha producido un daño al ambiente, es causa suficiente para atribuir la responsabilidad al que haya realizado dicha actividad y la verificación de dichos elementos constituyen los factores determinantes de la existencia de la responsabilidad utilizando el factor objetivo de atribución.

#### **2.1.7. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR DAÑO AMBIENTAL**

El tema de la prueba en materia de daño ambiental también goza de sus particularidades.

La prueba es definida como "... La demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho...". (Cabanellas, 2006, p. 313) Por su parte, el principio general de la carga de la prueba se encuentra contenido en el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil (2005), que dispone:

"Art. 113.- Carga de la Prueba.- Es obligación del actor probar los hechos que propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo... El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa...".

El artículo 397 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), en su numeral 1 establece: "... La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado...".

Esta disposición de rango constitucional rompe con el mencionado principio general del derecho civil que establece que el "que alega debe probar". Sin duda en todas las ramas del derecho la prueba constituye el elemento más importante para acreditar la calidad de titular de un derecho.

El derecho clásico toma como principio rector en materia de la carga de la prueba el "actoriincumbitprobatio", con lo cual corresponde al demandante probar la existencia del daño y perjuicio generado por la acción antijurídica que provocó el daño. (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo II, 1999, p. 194-196).

En materia ambiental, si se tomara en consideración el principio señalado, el demandante –que resulta ser la víctima- puede resultar perjudicado por la ausencia o insuficiencia de prueba, que ocasionaría que el demandado resulte exento de la responsabilidad. Se habla de una posible indefensión del demandante, en vista de que los medios de prueba en materia ambiental resultan complejos, por la necesidad de un argumento científico de la existencia del daño y el nexo causal. Esa certidumbre científica que se le exige a la prueba, puede resultar en costas muy elevadas, que en la mayoría de los casos la víctima no la podría cubrir, y de poder hacerlo resultaría insensato en vista de que la consecuencia jurídica al hecho dañoso no resulta en una indemnización económica –con lo que se pueda cubrir el gasto- sino en una reparación al medio ambiente.

En solución a la problemática descrita, Hutchinson expone la teoría de la presunción de la falta o del funcionamiento anormal, que "... es una técnica de prueba indirecta de hechos que consiste en un desplazamiento del objeto de la prueba de un hecho desconocido, generador del derecho invocado, a un hecho conocido..." (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo II, 1999, pp. 201-203) En este sentido, se resuelve una verdadera inversión de la

carga de la prueba, mediante la cual la víctima no deberá probar la existencia de un funcionamiento anormal, sino el gestor de la acción deberá probar la inexistencia del daño o del nexo causal.

Esta inversión de la carga de la prueba tiene dos funcionalidades que garantizan la seguridad jurídica de ambas partes: 1) el demandante no deberá afrontar los medios de prueba complicados, costosos, pues se le exonera de dicha tarea; y, 2) al desplazar la carga de la prueba, el demandado podrá probar la inexistencia del daño o la insuficiencia del nexo causal, con lo que se eximirá de su responsabilidad.

Esto último debe comprenderse integralmente en el sentido de que será el demandado quien mayor urgencia tenga en comprobar la inexistencia de cualquiera de los factores determinantes de la responsabilidad –existencia del daño y nexo causal- pues con ello se elimina de la consecuencia de aquello; en tal sentido, sería una aberración procesal pretender que se le impute una prueba a la víctima, con la que claramente favorecería a las pretensiones del gestor de la actividad presuntamente dañosa. Si en la práctica de la prueba se demuestra que existe duda en la determinación de la existencia del daño o nexo causal, se eximirá de responsabilidad al imputado, y si la práctica de la prueba hubiese recaído en el actor el proceso se volvería ineficiente pues el actor incurriría en costas y el imputado libre de responsabilidad.

Por otro lado, tomando en consideración la dificultad de la prueba en materia ambiental, y la imposibilidad de cagar con ella por parte del demandante, cabe decir, que esto constituye la razón inmediata de la inversión probatoria.

Cafferatta en el análisis de la sentencia definitiva dictada por la Corte Federal de San Martín de la República Argentina, segunda sala, en la causa de Sulfatos Argentinos S.A., describe la dificultad de la prueba en materia ambiental. En casos específicos de daño ambiental, se requerirán de toma de muestras, pericias técnicas, informes de las autoridades medioambientales y de salud pública, y demás medios de prueba de cargo. En el caso jurisprudencial mencionado, se logró invalidar la prueba por falta de rigor científico en la toma

de muestras y los estudios consecuentes, logró que se declare imposible determinar el sitio de extracción de las muestras y las condiciones científicas y técnicas que permitan establecer una certidumbre de no contaminación externa de la prueba. El caso de Sulfatos Argentinos S.A. determinaba –en primera instancia- la responsabilidad penal de los gestores de la actividad, misma que fue descartada por los jueces de alzada en vista de que la prueba no fue practicada en debida forma. El caso en mención demuestra la complejidad de la prueba en materia ambiental, que inclusive las autoridades locales y nacionales en materia ambiental lograron aportar al proceso con pruebas irrefutables que ligan a la actividad lucrativa con el potencial daño causado, en esta línea de ideas, resulta improcedente atribuir la carga de la prueba a la potencial víctima, considerando lo compleja que resulta. (Cfferatta, 1997).

Se ha advertido que ya en la esfera de la determinación de la responsabilidad del daño ambiental, se requiere ya una certidumbre científica de la existencia del menoscabo relevante del medio ambiente y la adecuada relación de causalidad entre la actividad y el resultado dañoso.

Por su parte Peña Chacón, basa su explicación de la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental en la teoría del riesgo o peligrosidad, en base a que si una persona introduce una actividad riesgosa, no ha de ser el damnificado el llamado a probar el nexo de causalidad entre la conducta y el daño producido –en caso de que se pruebe la existencia de este-, más bien el derecho parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo, y que solo para eximir su responsabilidad la ruptura de la relación causa-efecto, así la carga de la prueba se invierte en beneficio de la determinación de la responsabilidad. (Peña Chacón, Daño, responsabilidad y reparación ambiental en la jurisdicción costarricense , 2012).

En la legislatura española, la normativa no hace una inversión de la carga de la prueba de manera taxativa para todos los casos, pero la cultura jurisprudencial de la región y el avance doctrinario recurren a una inversión de la prueba para el nexo causal, por el mero hecho de que el demandado haya aumentado el riesgo de producir un daño ambiental. Para Ruda González, la inversión de la

carga de la prueba debe ser automática en todos los casos, y ser el demandado quien deba demostrar que existe otra causa que tenga la mayor probabilidad de haber producido el daño. Pero bajo el concepto de la legislación ibérica, en algunos casos se tiende más a al cumplimiento del *incumbitprobatioactori* en el sentido de que el demandado estaría probando lo que alega en su defensa. Por otro lado, la ley española permite que el juez invierta la carga de la prueba en el caso concreto, cuando el

...demandado pueda procurarse la prueba con mayor facilidad que el actor, porque este es el más próximo a la llamada fuente probatoria –art. 217 LEC-, pero no cabrá la inversión si el actor no aporta indicio alguno de que el gestor causó el daño. (Ruda González, 2008, p. 336)

Como se ha evidenciado, se busca una solución salomónica al problema de la inversión de la carga de la prueba, pues se determina la obligación procesal de las dos partes, para evitar denuncias y acciones infundadas y carentes de argumentos. En el Ecuador la discusión de la carga de la prueba se ha terminado con el mandato expreso y claro de la norma constitucional, en este sentido el que debe probar la inexistencia del daño o el nexo causal es el demandado, pues se parte de su culpabilidad en materia de daños ambientales.

#### **2.1.8. LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE DAÑO ECOLÓGICO PURO**

La prescripción de la acción es definida como la "... Caducidad de los derechos en cuanto a su eficacia procesal, por haber dejado transcurrir determinado tiempo, sin ejercerlos o demandarlos...". (Cabanellas, 2006, p. 302).

En tal virtud, la prescripción de las acciones se refiere a la caducidad del derecho, cuyo efecto procesal consiste en la imposibilidad de ejercerlos por vía judicial una vez que se haya verificado el tiempo que la laye haya determinado para que opere tal caducidad.

En materia ambiental, precisamente en materia de daño ecológico puro, la Constitución Nacional (2008), en el último inciso del artículo 396 expresamente

manda "... Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.". Con esta afirmación, las acciones por daños al ambiente no prescriben nunca y pueden perseguir a los gestores del daño indefinidamente.

De antemano se advierte que el problema de la prescripción para el daño a través del ambiente, pues en capítulos posteriores se estudiará profundamente esta controversia.

Se ha analizado el carácter continuado de los daños ambientales en el tiempo, pues que sus efectos pueden aparecer integralmente a futuro, o el efecto puede agravar la situación del ambiente, o pueden aparecer nuevas consecuencias extrañas al detrimento original, en este sentido, la consideración de los daños sobrevenidos y continuados problemas importantes para el análisis de la prescripción.

Los daños sobrevenidos son aquellos en que se demuestra que una actividad produce ciertos daños, pero por la misma causalidad surgen otros distintos. El problema se centra cuando ya se ha verificado el resarcimiento o recomposición, y posteriormente aparecen nuevas consecuencias dañosas en áreas que no se han tomado en cuenta en la acción inicial. Para este caso resulta inadmisibles que se abra la causa para considerar las lesiones que el juez no consideró en su momento; pero nada impediría que el afectado pueda incoar otra acción por los daños sobrevenidos. (Hutchinson, daño ambiental). Una de las circunstancias que podrían acontecer es que haya operado la prescripción de una acción por daño ambiental, ya que ha pasado tiempo desde que se produjo el daño inicial. La norma suprema subsana este inconveniente con la imprescriptibilidad para las acciones por daño al ambiente.

Con respecto a los daños continuados, se presentarían tres circunstancias:

- a) Los daños continuados en estricto sentido, que serían los que se presentan en un modo sucesivo a lo largo del tiempo, productos de un acto complejo cuyo accionar perdura en el tiempo.

- b) Daños permanentes, son considerados aquellos que mantienen una sola causalidad, pero sus efectos se dilatan a lo largo del tiempo, las consecuencias se prolongan en el tiempo.
- c) Daños progresivos, que tienen como característica que son provocados por actos sucesivos, cuyo acontecimiento provoca un daño mayor. (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo II, 1999, p. 153).

En estricta lógica, los daños producidos en el literal a) no tendrían prescripción propia pues el daño se manifiesta en todo momento, lo que es tomado como punto de partida para medir una posible prescripción.

En el caso del literal b) el tiempo de prescripción se contaría desde la producción de los últimos daños generados.

En el caso de c) se tomaría el mismo criterio, en el sentido de que cada nuevo suceso, daría derecho a una nueva acción, con lo cual no surge el problema de la prescripción.

Los casos expuestos resultan didácticamente ilustrativos para demostrar el punto de la necesidad de la imprescribibilidad de las acciones por daño al ambiente. En el Ecuador, la problemática ha sido subsanada con el mandato de imprescribibilidad.

En definitiva, en virtud del último inciso del artículo 396 de la Constitución de la República del Ecuador, las acciones por daño ambiental –para perseguir y sancionar el daño- no prescriben, y pueden ser incoadas en cualquier momento. La consecuencia jurídica procesal es que el demandado no puede interponer la prescripción como una excepción perentoria, y en caso de hacerlo esta será omitida por el juez competente y continuará con el conocimiento del fondo de la litis.

### **2.1.9 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DAÑO AL AMBIENTE**

Una vez fijada la responsabilidad del daño ambiental se debe proceder a fijar las consecuencias jurídicas producto del reproche de haber generado con su

actividad el daño ambiental. Cabe destacar que al ser un bien jurídico protegido que goza de ciertas particularidades, y el sistema de recomposición no es la excepción.

Ante la certidumbre del daño, la Constitución del Ecuador impone el deber del Estado de adoptar las políticas y medidas oportunas para evitar los impactos negativos al medio ambiente. Las medidas tomadas deben tratar de mitigar el daño ambiental y evitar su propagación.

Vale decir que en materia de daño ecológico puro, la consecuencia inmediata del daño no es la indemnización, en vista de que el titular del derecho es de carácter difuso y de que el bien jurídico protegido es el ambiente. Se ha hecho énfasis en el carácter preventivo del derecho ambiental, es por tal que el sistema de responsabilidad por el daño, impone como consecuencia inmediata la recomposición al ambiente.

La recomposición al ambiente constituye el resarcimiento del derecho afectado con el daño, solo mediante la recomposición integral, el derecho cumple con la misión preventiva en el campo ambiental. Pero, como se ha comprobado el medio ambiente goza de frágiles equilibrios sistémicos que muchas veces son muy difíciles –por no decir imposibles- de recomponer una vez que se ha alterado su funcionalidad.

En el artículo 396 de la Constitución del Ecuador (2008), se establecen los aspectos que deben mediar en la recomposición del ambiente, de este modo se manifiesta "... Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas...". Por otro lado, establece también que "... Cada uno de los actores de los procesos de distribución, comercialización y uso de bienes y servicios asumirá la responsabilidad directa... de mitigar y reparar los daños que ha causado...". (Ibídem). En este sentido, el deber de recomponer al medio ambiente, radica en tres factores y acciones: mitigación, remediación y restauración.

### 2.1.9.1. MITIGACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

La mitigación se puede considerar:

“... al conjunto de procedimientos a través de los cuales se busca bajar a niveles no tóxicos y/o aislar sustancias contaminantes en un ambiente dado... La mitigación ha sido definida también como aquellas medidas inmediatas que se toman para evitar un daño mayor como por ejemplo, en caso de un evento ambiental dañoso la excavación de zanjas para evitar la dispersión de contaminantes...” (Bedón, 2010, p. 52).

El tema de la mitigación es que se considera de carácter urgente, pues lo que se busca es evitar que el daño continúe, y se siga afectando al medio ambiente.

Una vez verificado el daño ambiental, se deben tomar todas las medidas para evitar la continuación del daño. En estricto sentido, el deber de mitigación no resarce el derecho violentado con el daño, sino es una medida urgente para evitar que el impacto sea de mayor proporción.

Las medidas para cumplir con la obligación de mitigar el daño, pueden ser de cualquier índole; en el proceso se deberá determinar técnicamente cuáles son las acciones que el gestor de la actividad debe realizar para mitigar el daño al ambiente. Por su parte, Adela Seguí, refiriéndose al caso Pezzutti, se determinó en sentencia el cese inmediato de la contaminación, para lo cual se dispuso.

“... 1) Cerrar preventivamente el inmueble objeto de la acción. 2) Disponer las medias pertinentes para erradicar y eliminar el bifenilopoliclorado derramado en el predio. 3) Informar el destino que se le ha dado a los transformadores en desuso que ocasionaron el derrame y las condiciones de seguridad, bajo los cuales serán almacenados y tratados...” (Seguí, 2009, p. 141)

En el caso expuesto, se denota que la actividad judicial se orienta a que el daño no continúe su curso. Ante lo cual identifica la fuente del daño y ataca la fuente para frenar los efectos del daño ambiental.

Con respecto de la mitigación, la Constitución de la República del Ecuador, reconoce como un derecho de la naturaleza la restauración. Por su parte, en el artículo 72 de la Carta Marga (2008) se establece la obligación subsidiaria del Estado de "... tomar las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas...". El carácter urgente de la mitigación, impone dicha obligación al Estado ya que el bien jurídico protegido ambiente no puede correr el riesgo de seguir siendo afectado. Un proceso legal puede tardar en determinar la responsabilidad, y fácticamente no se puede tener pendiente la cesación del daño, por tal motivo el Estado asumiría dicha responsabilidad, sin perjuicio del derecho de repetición contra el gestor de la actividad, tal como lo determina el artículo 397 de la Constitución Nacional.

El responsable del deber de la mitigación de un daño al ambiente será cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes y servicios que hayan causado el daño al ambiente. Esta disposición se encuentra claramente establecida en el tercer inciso del artículo 396 de la Constitución Nacional.

Por otro lado, el gestor de la actividad debe mantener en su sistema de manejo ambiental un plan de contingencia para la mitigación inmediata de daños al ambiente, tal como lo dispone el artículo 21 de la Ley de Gestión Ambiental. Este plan de contingencia debe ser de carácter general, pues para adoptar las medidas mitigadoras específicas, se debe conocer el carácter y la dimensión del daño al ambiente.

#### **2.1.9.2 REMEDIACIÓN**

La finalidad suprema de un sistema de responsabilidad por daño es la reparación y el resarcimiento del bien jurídico protegido que ha resultado afectado por la actividad reprochable.

La doctrina en materia ambiental hace una clara diferenciación entre la obligación que tiene el agente que provocó el daño de indemnizar a las personas que han visto menoscabados sus derechos individuales por un daño al ambiente –daño a través del ambiente-; de la obligación reparatoria que se debe a la naturaleza en caso de un daño a ella, a esto último se le conoce como la reparación in natura.

La reparación in natura “... consiste en la restitución del bien dañado al estado que se encontraba antes de sufrir una agresión y es por tanto la única reparación razonable desde el punto de vista ecológico.” (González Márquez, 2003, p. 68)

En la doctrina y especialmente el desarrollo jurisprudencial no se establece una clara diferenciación entre remediación y restauración, ya que pertenecen al sistema de recomposición del medio ambiente en caso de daño. Sin embargo existen sutiles diferencias que es necesario exponerlas para evitar confusiones.

En un sentido gramatical remediar es “Poner remedio al daño... corregir o enmendar algo...” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española). La remediación ambiental consistiría en todas las actuaciones para la eliminación del factor contaminante al nivel más bajo posible, poner fin a la actividad dañosa.

Por su parte, una vez ya acaecido el daño ambiental, se debe procurar que el agente a cargo de la realización de una actividad riesgosa responsa por el daño que ha generado, mediante un sistema que remedie al medio ambiente y reduzca el nivel de contaminación en donde se generó el suceso ambiental. (Valls de Rossi, 2005).

La remediación podría describirse como el conjunto de procesos orientados a recuperar las condiciones y características naturales de los ambientes que han sufrido el daño. La normativa de hidrocarburos ha desarrollado este concepto, por su parte, equipara la rehabilitación ambiental a la remediación del ambiente. En materia hidrocarburífera, se ha establecido un Plan de Rehabilitación de Áreas Afectadas, que consiste en las medidas, estrategias y

tecnologías a aplicarse en el proyecto para la remediación. Este plan incluye también la cobertura vegetal, la remediación de los suelos y demás acciones para las áreas afectadas. (Reglamento sustitutivo del reglamento ambiental para las operaciones hidrocarburíferas en el Ecuador, 2001).

En una definición de la rehabilitación ambiental, se tiene que es el

“...conjunto de acciones y técnicas con el objeto de restaurar condiciones ambientales originales o mejoradas sustancialmente en sitios contaminados y/o degradados como consecuencia de las actividades humanas. Sinónimos: remediación ambiental, reparación ambiental, restauración ambiental.”. (Ibídem).

Se habla de que la remediación requiere ya un estudio técnico avanzado para determinar el método para que la zona degradada quede rehabilitada y sin peligro de que presente efectos nocivos a la salud pública o las afectaciones a la flora y fauna del lugar.

El Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas determina un aspecto muy importante de la remediación que es la biorremediación, el cual se define como

“...Proceso de remediar sitios contaminados que aprovecha el potencial de ciertos microorganismos de degradar y descomponer los contaminantes orgánicos, optimizando a través de técnicas mecánicas y físico-químicas las condiciones para la acción microbiológica...” (Ibídem).

Como se puede evidenciar la técnica legislativa reconoce este medio de remediar, que se distingue por utilizar varios organismos vivos para restablecer naturalmente las condiciones del medio ambiente optimizado.

El tema de la remediación medioambiental debe tener el carácter de cierto, es decir que las técnicas utilizadas no deben procurar una especie de pantomima el cual haga creer que está realizando todas las actuaciones tendientes a remediar el daño. La Corte Constitucional del Ecuador, emite la Resolución

1202 del 13 de febrero del 2009, publicada en el Registro Oficial Suplemento 101; en la causa signada con el No. 1202-06-RA, en el cual los actores interponen el Recurso de Amparo por la contaminación de sus terrenos por las actividades hidrocarburíferas de la zona; por su parte la Corte se pronuncia refiriéndose a que:

“... el hecho de no continuar con los trabajos de perforación de ninguna manera remedia, subsana o mitiga el daño ambiental causado, daño que repercute directamente en la calidad de vida de los pobladores...” (Corte Constitucional, Resolución No. 1202,2009).

### **2.1.9.3 RESTAURACIÓN**

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la restauración como “... Reparar, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía...”. Es la esencia de la restauración, pues una vez mitigado el impacto ambiental, y una vez que se hayan realizado todas las acciones para rehabilitar la zona afectada, se debe proceder al paso final que es volver al ambiente al estado anterior de cuando acaeció el daño, solo de este modo el derecho se resarce y la naturaleza jurídica de las acciones ambientales tienen su razón de ser.

La restauración es el “... retorno a su condición original de un ecosistema o población determinada...”. (Guaranda, 2010, p. 296). Por su parte, el jurista Mario Peña Chacón, habla de que el término correcto que engloba a todo lo que el derecho ambiental pretende con la determinación del sistema de responsabilidades, es el de *restitutio in pristinum* pues este vocablo no solo abarca la restitución de las cosas al estado anterior al daño, sino que abarca también la prevención de daños en el futuro producto de la actividad dañosa. (Peña Chacón, Reparación y valoración económica de los daños causados al medio ambiente, 2006).

El tema de la restauración toma vital importancia en el Ecuador, ya que esta consecuencia se encuentra claramente reconocida como un derecho de la

naturaleza, tal como lo establece el artículo 71 de la Constitución Nacional (2008) “La naturaleza tiene derecho a la restauración...”.

La actividad judicial costarricense nos trae varios ejemplos de las implicaciones de la restauración. En dicho país se maneja un principio innovador que es llamado principio de irreductibilidad de los bosques, que consiste en que el espacio territorial con cobertura boscosa es irreductible, es decir el espacio físico que corresponde a los bosques no puede ser reducido, ya sea por actividad humana o por hechos naturales. En este sentido, nadie puede desmejorar el espacio boscoso y si dicha reducción proviene de un caso fortuito, será obligación del Estado reparar el daño y devolver el espacio menoscabado. (Peña Chacón, Reparación y valoración económica de los daños causados al medio ambiente, 2006).

Por otro lado, el Tribunal Ambiental Administrativo de Costa Rica, estableció una medida de restauración al medio ambiente, en el caso planteado en contra de una empresa que se encontraba a cargo de la administración de una represa hidroeléctrica; misma que ocupaba el 100% del caudal del río, el Tribunal ordenó que permita que pase un 5% del caudal del Río Platanares para evitar que se produzcan daños importantes en la biodiversidad de la zona, a más de ello se estableció una medida compensatoria exhortando a la empresa la siembra de especies nativas o exóticas en la zona. (Ibídem).

Un correcto sistema de restauración del ambiente, consistiría en la aplicación de los principios preventivo, precautorio y de corrección en la fuente. La reparación se realiza rehabilitando, sustituyendo o adquiriendo el equivalente de los recursos naturales afectados, debe implicar también la eliminación de todo tipo de perjuicio a la salud humana tanto real como potencial. (Ibídem).

Por su parte la restauración es un complejo sistema que busca el resarcimiento del bien jurídico ambiente, que por sus características principales, busca algo más que la indemnización económica, a más de ello busca obtener una garantía de no repetición, para que lo acontecido no vuelva a suceder.

El objetivo de la restauración, no puede ser simplemente la reducción del daño. Es necesario que el medio recupere también su funcionalidad. (Ruda González, 2008, pp. 443-449). Se ha dicho que el ambiente precautela también la forma de interrelación de los elementos integrantes de un ecosistema.

Por otro lado, el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental (2004), establece que el juez condenará a más del pago de las indemnizaciones a las colectividades afectadas, también la reparación de los daños. La reparación del daño consiste en el resarcimiento del derecho, es decir cualquier medida para que se oriente a responder por el bien jurídico afectado. La reparación puede abarcar muchas cuestiones que van desde la mitigación, remediación y restauración; hasta las indemnizaciones por el perjuicio civil ocasionado a las personas individualmente.

Por todo lo expuesto, se demuestra que el sistema de recomposición óptimo es el que llega al punto de la restauración de la zona menoscabada, y que puede ir más allá, hasta la garantía de que el suceso no va a volver a suceder.

#### **2.1.10. REPARACIÓN IN NATURA E INDEMNIZACIÓN POR DAÑO ECOLÓGICO PURO**

Se ha dicho que la reparación in natura propende a la restauración del medio ambiente, dejando de lado el hecho de una indemnización económica, pues lo primordial no constituye el lucro a través del medio ambiente, sino se propende al cumplimiento del derecho de la comunidad a vivir en un medio ambiente sano, al desarrollo sostenible y –en el caso del Ecuador- los derechos de la naturaleza, lo cual se consideraría como:

“... conjunto de actividades tendientes a la recuperación y restablecimiento de las condiciones que propician la evolución y continuidad de los procesos naturales...” (González Márquez, 2003, p. 69).

La legislatura y la actividad jurisprudencial regional propenden a la reparación in natura, pero puede darse el caso de que la condena tenga exclusivamente

una indemnización en numerario, misma que no es dada por la casualidad o la falta de análisis, sino que existen circunstancias específicas que orientan a tal decisión.

Por ejemplo, citando al Libro Blanco el jurista Cafferatta destaca:

“... en los casos de daños provocados al medio ambiente, la compensación abonada por el responsable deberá destinarse a la restauración efectiva del daño causado, con lo cual se garantiza que dicha compensación se emplee en realidad para este propósito, con independencia de que la reparación sea técnica y económicamente viable...”. (Cafferatta, Obligaciones prioritarias por daño ambiental, 2009, p. 88)

Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, documento dictado por las Comunidades Europeas, que contiene el estudio y pragmatización de la política de responsabilidad ambiental comunitaria. Presentado en febrero del 2000.

Esta línea de ideas hace pensar que en la Comunidad Europea, la decisión judicial puede estar encaminada a que el gestor de la actividad dañosa efectivamente cancele en costas económicas una indemnización, pero con la finalidad de que el numerario entregado se emplee en la implementación del programa de recomposición del ambiente. Este sistema resulta útil para un efectivo control por parte de la autoridad ambiental nacional correspondiente, para lograr la reparación y restauración. En contraste resulta poco idónea en el sentido de que el juez deberá valorar económicamente a los efectos del detrimento ambiental, lo cual presenta muchas dificultades fácticas.

Otro caso en el que la indemnización prime sobre el deber de restauración sería en el evento que el Estado haya asumido la responsabilidad de la recomposición. En nuestro sistema constitucional cabe recordar que el Estado es el primer llamado a resarcir el derecho de la naturaleza a la restauración, para la eliminación y mitigación de un daño a la naturaleza –artículo 72 de la Constitución de la República del Ecuador- además es el Estado quien debe velar por el cumplimiento de los principios preventivo y precautorio –artículo

396 ibídem-, en este sentido el Estado debe garantizar el cese de la contaminación, mientras opera el sistema de responsabilidades para determinar el obligado por el daño.

Por lo expuesto, el Estado, a través de su autoridad ambiental deberá propender a las labores mitigadoras, y posteriormente la remediación y restauración. Una vez que el proceso legal haya determinado al responsable, la condena deberá valorar las costas incurridas por la restauración que empleó la Autoridad.

El caso más importante para el Ecuador en los últimos tiempos es el caso María Aguinda y otros en contra de la Compañía Chevron Corporation, en el Juicio No.002-2003, por daños ambientales. El caso se centra en que un grupo de personas nativas y no nativas de la región amazónica del Ecuador, denominado Frente de Defensa de la Amazonía incoaron una demanda ante la Corte Provincial de Sucumbíos por los daños perpetrados por la petrolera comúnmente denominada Chevron-Texaco por los a los que mantuvo sus operaciones en la Amazonía Ecuatoriana. En el proceso se logró demostrar la responsabilidad objetiva. Fueron más de doscientos mil hojas llenas de datos científicos que prueban la existencia del daño.

En palabras de Alberto Acosta:

... con este juicio, más allá de su desenlace, se sienta un precedente al encausar a una de las petroleras más poderosas del planeta, que trabajó entre 1964 y 1990 en la Amazonía ecuatoriana. En ese lapso, esta compañía perforó 339 pozos en 430.000 hectáreas. Para extraer cerca de 1.500 millones de barriles de crudo, vertió miles de millones de barriles de agua de producción y desechos, y quemó billones de pies cúbicos de gas.... (Acosta).

Ya en la sentencia de primera instancia, se determina la existencia de varios tipos de daños ambientales, entre los cuales fungen las afectaciones a los ecosistemas de la zona y a la salud pública. En el considerando Décimo Tercero de la Sentencia referida se orienta a que la labor de recomposición se

verificará en primer lugar a la remoción de desechos contaminantes, siempre que sea técnicamente posible. Al respecto se ha dicho:

... los daños ambientales en el área que operó la concesión son muy extensos y resulta técnicamente imposible volver las cosas a su estado original, al punto que en muchos de los casos no se puede reparar los daños, sino que habrá de establecer medidas de mitigación o de compensación de ser el caso... (Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, Juicio No. 2003-0002, p. 177).

El Juicio en mención revestía de la complejidad de que el daño al ambiente repercutía en el ambiente en sí mismo y en la salud pública. Por la extensión y el tiempo transcurrido no se podría pretender una restauración in natura al 100%, sino que fue necesario valorar el daño y sentenciar en costas económicas.

Finalmente el fallo fue de más de 8 mil millones de dólares y el deber de la empresa de presentar disculpas públicas al pueblo ecuatoriano. Estas condenas procuran una reparación, indemnización y resarcimiento del daño moral de la población. Las costas deberán ser aportadas a un fideicomiso mercantil, administrada por una sociedad administradora de fondos y fideicomisos. El beneficiario del fideicomiso será el Frente de Defensa de la Amazonía, y los fondos serán destinados para la recomposición en lo posible del ecosistema perjudicado, para el resarcimiento de la salud pública en la zona, y para el acondicionamiento de obras de desarrollo.

En conclusión, el fin último del sistema de responsabilidades es la restauración de lo afectado, pero en determinados casos, la reparación in natura no es viable, por lo que la obligación subsidiaria de la indemnización salva y resarce el derecho.

#### **2.1.11. IMPOSIBILIDAD DE RESTAURACIÓN**

Se ha dicho que la restauración puede tener un carácter de poco viable técnicamente. Cuando el daño es irreversible, o bien el costo de la reparación

violenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, no debe resultar como eximente para dejar de resarcir el derecho y el bien jurídico protegido. (Peña Chacón, 2006).

Ruda González analiza las formas de reparación, estableciendo que la reparación en especie es que consiste en hacer que las huellas del daño ambiental desaparezcan. Para que se proceda con este tipo de reparación debe cumplir con ciertos requisitos ya que en estudio práctico del asunto. Lo primero que se debe verificar es la posibilidad, en vista de que en algunos casos la reparación en especie es simplemente imposible; por ejemplo – propone el jurista- el caso de un árbol milenario, en el caso del aire, el proceso de remediación es muy complejo y en algunos casos no es posible. En segundo lugar, la reparación en especie debe gozar de exigibilidad, pues en ciertos criterios puede resultar inconveniente o poco razonable, la restauración puede generar más costos que beneficios, por lo que resulta conveniente dejar que la naturaleza se recupere por sí sola. (Ruda González, 2008, p. 463-466).

#### **2.1.12. REPARACIÓN POR EQUIVALENTE**

Ante toda esta problemática Ruda González plantea la denominada reparación por equivalente, la cual no se trata de hacer que el daño desaparezca, sino de compensar la pérdida. Los problemas que surgen por una indemnización – como ya se ha advertido- surgen cuando el valor económico puede no ser utilizado en para el resarcimiento del bien jurídico ambiente, además de la dificultada en la valoración en costas del daño.

Con ello surge la teoría de una compensación ecológica. Este modo de reparación equivale a una especie de permuta en la que el bien dañado se sustituye por otro equivalente desde el punto de vista ecológica, la compensación no es aquí monetaria, sino física y ecológica...”. (Ruda González, 2008, p. 463-464).

Este modo de compensación se asemeja a una reforestación. Otro ejemplo sería el caso de que por un daño ambiental extinga una especie de flora o

fauna, se puede sentenciar a que el gestor de la actividad introduzca una especie de similares características a la extinta.

Peña Chacón define la reparación por equivalente a la realización de obras componedoras del ambiente, pero no en el lugar donde aconteció el suceso ambiental imputado, sino en otros ecosistemas que si permitan la recomposición. (Peña Chacón, 2006). La reparación por equivalente resarce el bien protegido, pues se considera a la naturaleza como una integralidad, como un solo ente que tanto el daño en una zona como la conservación en otra puede determinar el equilibrio de uno o varios ecosistemas.

### **2.1.13. FONDO DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL**

El fondo de compensación ambiental es uno de los elementos que caracterizan la concepción del daño ambiental en el derecho argentino. La Ley General del Ambiente de la República Argentina, determina:

... El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación... (Ley General del Ambiente de la República Argentina, 2002).

Como se puede evidenciar, la legislación prevé una posible imposibilidad práctica de restauración, y se adelanta a una posible decisión judicial del pago de una indemnización.

Mediante los fondos ambientales, las empresas que han incurrido en la actividad dañosa deberán pagar la indemnización, la cual se destinaría a un fondo, en principio para reducir las acciones nocivas del daño causado, pero subsidiariamente para otros fines que el Estado crea conveniente. La delimitación de esta última afirmación resulta fundamental, pues el destino de los rubros del fondo no podría destinarse para otro fin que no sea el

mejoramiento de la calidad del ambiente, pues de lo contrario la acción ambiental no surtiría los efectos que mantiene en su fundamento.

En definitiva, es carente de sentido el hecho de hacer responsable al gestor de una actividad, y otorgarle la indemnización al perjudicado, para que este disponga del rubro y emplee egoístamente la indemnización. Es por tal razón que la última posibilidad consiste en que la Ley prevea esta posibilidad, por ejemplo en países como España, en donde la propiedad cumple una función social, la norma constitucional orienta a que el destino de la indemnización tenga por considerar al ambiente como su principal beneficiario.

Artículo 33 Constitución del Reino de España.

Por su parte la idea del fondo ambiental puede tomar otra dimensión, a ello Peña Chacón prevé la posibilidad de que las empresas que mantienen actividades que son consideradas riesgosas para el ambiente, se les obligue a pagar un canon, el cual es depositado en una bolsa común que servirá para recomponer el ambiente, e indemnizar a las personas afectadas, una vez que se verifique el daño. Esta idea resulta en un híbrido entre un tributo ambiental - por su característica de continuada en el tiempo- y un seguro ambiental, en el sentido de que solamente entraría a operar en el caso de un daño cierto acontecido.

Sería una especie de impuesto, que se pague por una actividad riesgosa.

En el Ecuador la idea de un fondo ambiental no es tan lejana. La legislación de hidrocarburos, se habla de un fondo de rehabilitación ambiental que consiste en que:

...los ingresos provenientes de la comercialización del crudo intemperizado, esto es los hidrocarburos sujetos a procesos de degradación natural provenientes de piscinas, derrames y otros procesos de recuperación relacionados con actividades de remediación medio ambiental, que una vez tratado se re-inyecte a un oleoducto principal, constituirán el Fondo de Rehabilitación Ambiental... cuyo

objeto será cubrir los costos de las actividades de remediación ambiental en el sector hidrocarburífero... (Reglamento Sustitutivo del reglamento ambiental para las operaciones hidrocarburíferas en el Ecuador, 2001).

La actividad hidrocarburífera mantiene un alto impacto ambiental, es científicamente comprobado este hecho, es por tal que para dichas actividades se creó el fondo, y de esta manera poder disponer de él para remediar los efectos nocivos de la actividad.

En conclusión, como se ha dicho ya, en cada caso la actividad judicial será la que determine la mejor manera de resarcir el bien jurídico protegido. La decisión judicial siempre debe orientarse a precautelar ese bien jurídico tan valioso como lo es el medio ambiente.

## **CAPITULO III**

### **3. DAÑO A TRAVÉS DEL AMBIENTE Y RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL**

#### **3.1. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL**

##### **3.1.1. TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**

La Teoría General de las Obligaciones –como la han denominado varios juristas- constituye un pilar muy importante del derecho. Esta teoría ha sido construida tras siglos de desarrollo legal y doctrinario, especialmente en el sistema jurídico romano-germánico, del cual el Ecuador y la mayoría de países de América son parte.

El Código Civil Ecuatoriano (2005) ha establecido las fuentes de las obligaciones, en su artículo 1453, el cual manifiesta:

Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del contrato 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 consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley...

El presente artículo propone un listado de las fuentes de las obligaciones civiles, el cual incluye a los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos; además de la ley que es la fuente de obligaciones por excelencia en un sistema legalista.

Cabe la diferenciación de los delitos y cuasidelitos civiles de los delitos y contravenciones penales; estos últimos mantienen un sistema distinto de juzgamiento e imponen sanciones distintas, que pueden ir desde multas hasta

la privación de la libertad, entre otras sanciones. El tema que nos ocupa en el presente apartado son los delitos y cuasi delitos civiles.

El tema de los contratos y cuasicontratos no constituye materia de estudio en el presente trabajo de investigación, es por tal que no se abarcará el tema, para evitar confusiones al lector.

El artículo 1453 del Código Civil, contiene una disposición claramente válida para el punto a tratar, en vista de que considera como una fuente de obligaciones al hecho que ha inferido injuria o daño a otro, considerando que dicho hecho puede constituir un delito o cuasidelito. El delito y el cuasidelito civil, se encuentran definidos en el artículo 2184 *ibídem*, a saber "... Si el hecho es ilícito y cometido con la intención de dañar, constituye un delito... Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito...". (*Ibídem*).

En este sentido, todo el sistema que fija las responsabilidades por daños o perjuicios causados a otras personas, siempre que se verifique la causa no proviene de un contrato –o cuasicontrato- se deberá recurrir al sistema de la responsabilidad civil extracontractual.

El delito y el cuasidelito civil imponen la obligación de la indemnización para el dueño o poseedor de la cosa que ha revido el daño.

La consideración fundamental de la responsabilidad civil extracontractual es la existencia del daño. Se puede decir a ciencia cierta que sin daño no puede atribuirse la responsabilidad civil, por tal motivo, la existencia del daño es la condición necesaria para la responsabilidad patrimonial.

El objeto del derecho de la responsabilidad civil se funda en establecer los requisitos necesarios para que el daño producido por una persona y sufrido por otra de lugar a una acción reparatoria o una indemnización económica. "... El principio jurídico subyacente es que cada cual corre con sus propios riesgos de daño, a menos que haya una razón jurídica para atribuirlo a un tercero..."(Barros Bourie, 2006, p. 34). Es precisamente el fundamento de la

responsabilidad civil extracontractual el hecho de que ninguna persona puede sufrir un daño injusto por la acción o el accionar de un tercero, y en caso de sufrirlo le dará derecho a una compensación para el resarcimiento del derecho. Con la responsabilidad sobre un daño se crea un vínculo jurídico entre el que produjo el daño y el que lo sufrió.

En algunos casos la indemnización por el daño civil puede no ser estrictamente indemnizatoria, puede establecerse –según el caso- muchos criterios para resarcir el daño; pero en principio la compensación económica es un método válido para resarcir el derecho individual de una persona

Es por tal la importancia de verificar jurídicamente si una persona es responsable por el daño causado a otro. Para determinar la responsabilidad, se utilizan varios factores que determinan el camino a seguir para identificar el responsable de un daño, estos se denominan factores de atribución de la responsabilidad.

Los modelos de atribución de responsabilidad, que tradicionalmente han coexistido en los sistemas jurídicos son la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. Se ha hablado de la responsabilidad objetiva en líneas anteriores, pero enfocada desde un punto de vista ambiental; por su parte el presente enfoque de los factores de atribución es netamente civil, pues el objeto de estudio de daño a través del ambiente es de naturaleza civil.

### **3.2. FACTOR SUBJETIVO DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD**

En su fundamento, la responsabilidad civil subjetiva es la que se funda en el dolo o culpa del agente. Se funda en la acción del sujeto y su elemento de voluntad. La responsabilidad subjetiva supone de manera necesaria la culpabilidad de su autor, lo que se analiza es la conducta del sujeto, es por tal que se la denomina subjetiva. (Alessandri, 1983, pp. 92-94).

En el derecho romano antiguo la Lex Aquilia constituye el texto más importante que trata de la responsabilidad de los daños sobre los bienes ajenos causados injustamente; señala normas generales de responsabilidad, en el sentido de

que el daño debe ser antijurídico, físico y directo. (Bialostosky, 2005, p. 113-114). Este pensamiento fue recogido por el Código Napoleónico y trasladado a las legislaciones civiles vigentes. En este tipo de responsabilidad "... No basta que un individuo que un individuo sufra un daño en su persona o bienes para que su autor deba repararlo, es menester que provenga de un hecho doloso o culpable..." (Alessandri, 1983, p. 109)

En este sentido, para que la víctima del daño pueda tener un resarcimiento indemnizatorio de su derecho, deberá probar que el que le causó el daño incurrió en su accionar con cierto grado de dolo o culpa, de lo contrario su pretensión será desechada.

### **3.2.1. ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA**

En la teoría de la responsabilidad se puede definir a ella desde dos dimensiones: la primera que asocia a la responsabilidad con la adecuación de una conducta a un efecto; y, la segunda que establece que la responsabilidad es la asunción de las consecuencias de una conducta antijurídica. (Molina, 2010).

La segunda dimensión es la que cuenta en el tratamiento de la responsabilidad objetiva, pues busca definir quién o quienes deben asumir con un daño o menoscabo, que en este caso es el ambiente. Para ello, y para todo tipo de responsabilidad se deben analizar cuatro presupuestos, establecidos: el hecho, el nexo causal, el factor de atribución y el daño.

#### **3.2.1.1. EL HECHO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD**

Los elementos que requiere la determinación de la responsabilidad subjetiva son el hecho y que dicho hecho haya sido ocasionado con el dolo o la culpa del imputado.

En la verificación del hecho la doctrina propone un elemento material y un elemento subjetivo. El hecho voluntario puede ser considerado bajo el carácter externo, que se orienta a la conducta del sujeto –dimensión material-, y el factor interno que se refiere a la voluntariedad. (Barros Bourie, 2006, pp. 97-99).

El primer elemento que sobresale en la teoría de la responsabilidad subjetiva, es el accionar humano, pues aunque parezca lógico, requiere de un análisis para determinar la responsabilidad. Por su parte la dimensión material o la de la acción puede expresarse en un comportamiento positivo, que es la acción propiamente dicha, o un comportamiento negativo que constituye la omisión.

Se llama acción a todo comportamiento de la voluntad humana, pero solo el acto voluntario, es decir aquel que implica una finalidad puede ser jurídicamente considerado para la valoración de la responsabilidad. (Moñoz Conde, 2010, pp. 7-9). Por su parte la dimensión del concepto acción es muy grande, argumenta Cabanellas, "... pues toda la vida es acción, y solo existe inacción absoluta –corporal al menos- en la muerte y en la nada..." (Cabanellas, 2006, pp. 16). La acción consiste en el hacer, obrar de cierta manera, y dicho obraje debe traer consecuencias jurídicas relevantes.

Por su parte, la omisión consiste en la "... abstención de hacer, inactividad, quietud..." (Ibídem, p. 269). La omisión puede describirse como la actitud pasiva del sujeto ante alguna situación o circunstancia. El comportamiento puramente negativo –es decir la omisión- requiere de elementos particulares exigibles para dar lugar a la responsabilidad, en este caso se necesita de la existencia de un deber especial de actuar en beneficio del otro. (Barros Bourie, 2006, pp. 57-59)

En el tema de la voluntariedad, se refiere a la "... potencia o facultad del alma que lleva a obrar o a abstenerse...". El elemento volitivo debe estar en la composición de la acción, ya que el imputado debió haber observado que su acción u omisión traería consecuencias jurídicas.

... La conducta solo es voluntaria en la medida en que pueda ser imputada a una persona como su acción u omisión libre. En otras palabras, la conducta debe ser atribuible al sujeto responsable como *su* hecho.... (Barros Bourie, 2006, p. 65)

El elemento de la acción es la primera verificación que debe hacer el juez para la determinación de las responsabilidades. En el punto a tratar en el presente apartado, resulta importante el tratamiento de la acción del sujeto, toda vez que en el tema de la responsabilidad objetiva por riesgo –que es la problemática que concierne a este capítulo- no se mide una acción sino una actividad constante, que no siempre genera el daño, y tiene como característica ser provechosa o lucrativa para el gestor.

### **3.2.1.2. EL DOLO O CULPA**

Para que una acción sea jurídicamente reprochable, se requiere que haya sido efectuada con el dolo o la culpa del autor del acto, con ello se cumpliría con lo establecido en el artículo 1453 del Código Civil Ecuatoriano.

El primer factor a analizar es el accionar con dolo, sobre esto el artículo 29 del Código Civil (2005), determina que "... El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la propiedad de otro...". Por esta norma legal, se entiende que el hecho requiere de una carga volitiva, y dicha voluntad sea la de proferir injuria a otro o menoscabo a sus bienes.

Existe dolo cuando el autor del hecho u omisión obra con el propósito deliberado de causar el daño, el móvil del asunto es precisamente el daño, pues su acción específicamente va encaminada a dañar a una persona o su patrimonio. No basta la conciencia de que se pueda causar un daño, es necesaria la intención de dañar, por intención se podría decir que es la determinación de la voluntad hacia un fin. (Alessandri, 1983, p. 163). El dolo concebido como se ha dicho transforma en ilícito todo acto, ya que reviste en su esencia el elemento reprochable de el querer inferir daño a otro.

Tomando en consideración que la actividad dañosa puede ser efectivamente una acción, o una conducta pasiva como la omisión. El dolo puede considerarse como positivo o negativo, el dolo de acción será aquel en que efectivamente con la intención de causar el daño, ejecuta una acción. El dolo de omisión será aquel, en que la mera pasividad del sujeto produce el daño, pero la intención del imputado era la de permanecer en el estado pasivo y con dicha conducta proferir el daño. (Barros Bourie, 2006, p. 68)

El estudio del dolo requiere un estudio profundo, pues el análisis casuístico de todas las circunstancias de la vida que puedan resultar acciones u omisiones dolosas, dependerán de los elementos que en conjunto constituyan el hecho. En consecuencia, será el juzgador que al valorar la integralidad de lo sucedido, pueda emitir su pronunciamiento en base a su sano criterio.

El tema de la culpa, es otro factor que se considera en la determinación de la responsabilidad subjetiva. Alessandri, citando a Planiol, propone que la culpa es la violación de una obligación preexistente, que sería la obligación legal de no dañar a otro.

El código Civil del Ecuador (2005) distingue tres clases de culpa, a saber:

... Culpa grave... es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios... Culpa leve... es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios... Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes...

La culpa en general es la falta de diligencia sobre un asunto, para que la culpa pueda regenerar un daño indemnizable se requiere que dicha falta de diligencia genere un daño. La antijuridicidad en la culpa se verifica en el sentido de que si hubiese existido la diligencia debida.

La culpa es: "... un error de conducta, supone descuido, imprudencia, negligencia, falta de precaución, atención y vigilancia, inadvertencia, omisión de aquellos cuidados que la prudencia requiere o hace necesarios..." (Alessandri, 1983, p. 172)

Se han analizado las graduaciones de la culpa en el derecho, ente esto, es la ley que requiere la concurrencia de la culpa grave, la culpa leve o la culpa levísima; además el juez determinará el deber de cuidado que debió haber practicado una persona, ante alguna situación, que ha hecho de la culpa la razón de un daño.

En síntesis, la responsabilidad subjetiva es aquel factor atributivo de la responsabilidad que requiere una acción u omisión, a más de un factor volitivo de actuar con dolo o culpa; si se configura la acción realizada con solo o culpa, se puede determinar la responsabilidad, y con ello las consecuencias jurídicas del daño.

### **3.3. RESPONSABILIDAD OBJETIVA**

Se ha hablado ya de la responsabilidad objetiva desde una óptica ambiental. El factor de atribución objetivo se caracteriza por el no requerimiento de que acaezca el elemento del dolo o culpa.

Se ha manifestado también que los presupuestos que exige la responsabilidad objetiva para determinar la responsabilidad, son la existencia del daño y el nexo causal. En este caso la responsabilidad nace de una actividad, que tiene el carácter de riesgosa, en este sentido, para la determinación de la responsabilidad debe considerarse el daño y que dicha actividad la haya provocado; una vez verificados los dos elementos, el gestor de la actividad es automáticamente responsable por el daño producido.

Algunos juristas denominan a la responsabilidad objetiva como la responsabilidad estricta. A esto se agrega que:

...la responsabilidad estricta se diferencia técnicamente de la responsabilidad por culpa en que no exige negligencia del autor del

daño... queda configurada por la mera relación de causalidad entre el hecho del demandado y el daño sufrido por el demandante... (Barros Bourie, 2006, p. 103).

La problemática de la responsabilidad objetiva, ha profundizado el estudio del derecho de daños, en el sentido de que no constituye simplemente la inversión de la carga de la prueba, sino se presume la culpabilidad, al prescindir de los elementos de la culpa, negligencia, imprudencia o impericia, para basar la atribución en el riesgo creados por las actividades o las cosas.(Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo I, 1999, p. 119-123).

### **3.3.1 EXISTENCIA DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA**

Javier Tamayo Jaramillo propone una definición para el daño: "... Daño civil es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial... Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima..." (Jaramillo, 1986, p. 2).

El daño siempre implica un menoscabo, un detrimento, un deterioro, a una persona o a los bienes de ella, lo cual es jurídicamente reprochable en la medida de que nadie está facultado de atentar contra una persona o sus bienes.

El elemento constitutivo de la responsabilidad civil es el daño. En caso de que no exista el perjuicio causado, no habrá lugar a la responsabilidad, aunque el imputado haya obrado con dolo o culpa, si no acaeció el daño no hay lugar a una acción.

El Código Civil Ecuatoriano establece que el que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización

La funcionalidad de la responsabilidad civil extracontractual se verifica en la reparación el resarcimiento del daño causado a la víctima, no busca una sanción al imputado.

En materia civil, el daño debe ser cierto para poder aspirar a la indemnización, no cabe un daño eventual o hipotético, puede ser un daño presente o futuro pero real. Alessandri manifiesta que el daño debe ser cierto, es decir, real, efectivo, de tal modo de que a no mediar él, la víctima se encontraría en mejor situación. Por su parte un daño no deja de ser cierto porque su cuantía sea incierta o indeterminada, pues la certidumbre del daño tiene relación con su realización, es decir que el hecho haya ocurrido realmente y el daño se haya producido. (Alessandri, 1983, p. 210-211)

Es una de los elementos diferenciadores entre el daño ecológico puro y el daño a través del ambiente, pues cuando el bien jurídico protegido es el propio ambiente, se puede incoar acción por un daño eventual o temido, ya que jurídicamente la naturaleza goza de una protección más estricta que los derechos reales.

Por su parte, en materia de daño, se puede afirmar a ciencia cierta que el daño futuro también configura el derecho de la indemnización, toda vez, que lo que constituye la certidumbre del daño no es su realización, sino es el hecho de haberse producido las circunstancias que determinan tal daño. En el daño futuro, se debe tener la certidumbre de que ha futuro ha de producirse el daño, esta realización puede producirse porque un hecho u acto se prolongará en el tiempo, o porque las circunstancias de tal hecho vuelven inevitable el daño. (Ibídem). Por lo tanto, el elemento constitutivo para el derecho de indemnización es la certidumbre de las consecuencias dañosas a futuro de una acción.

El daño eventual, hipotético, que encuentra su fundamento en conjeturas o suposiciones no es indemnizable en materia civil. Lo contrario sucede en materia ambiental que por la aplicación del principio precautorio, el daño eventual se atiene a que el gestor de la actividad potencialmente dañosa tenga la obligación de tomar todas las precauciones para que dicho daño no se produzca. En materia civil el daño ambiental no es indemnizable ya que sin daño mal se podría fijar una indemnización económica, toda vez que la reparación monetaria no busca el lucro del perjudicado, sino el resarcimiento

del derecho. En materia ambiental, por su parte, el bien jurídico a resarcir es el ambiente, por tal motivo no hay mejor reparación que el daño que no se produce.

La diferenciación realizada se vuelve válida el momento de diferenciar las acciones por daño ecológico puro y daño a través del ambiente. En este sentido, para reclamar acción por un daño eventual al ambiente, se podría solicitar a la autoridad –a través de una medida cautelar- que se tomen medidas para evitar el daño hipotético. Por su parte para que una persona pueda reclamar la indemnización por un daño patrimonial o moral, el daño debe ser cierto y real.

Por otro lado, la naturaleza del daño puede ser de carácter patrimonial o moral. El daño patrimonial se define por el detrimento o menoscabo del patrimonio de una persona. Pero el derecho de daños hay que pensar también en los daños o molestias que sufre la persona que no son patrimoniales, a ellos se los conoce como los daños morales. Es decir el daño moral "... consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos...". (Alessandri, 1983, p. 220), siguiendo con esta idea, en palabras de Ricardo Noboa Bejarano el daño moral es "... todo aquello capaz de producir sufrimientos físicos, angustia, ansiedad, humillaciones y ofensas semejantes..." (Noboa Bejarano, 2000)

El gran reto para el derecho ambiental conjuntamente con el derecho civil, es de que forma un daño ecológico puro puede implicar un daño a través del ambiente que perjudique los aspectos morales de una persona. Al respecto, se tratará ampliamente en posteriores líneas.

### **3.3.2 NEXO CAUSAL**

El nexo causal o relación de causalidad es la adecuación del hecho o la actividad con el daño causado. Cabe destacar que si se exige que el daño debe ser cierto, el nexo causal también debe ser cierto, para la configuración de la responsabilidad objetiva. Podría suceder que se tenga una certeza de la realización del hecho, pero no del resultado; como puede también existir la

certeza del daño pero no se ha verificado aun a ciencia cierta cuál ha sido su causalidad.

De este modo este el punto de vista de los principios civiles clásicos, la determinación precisa del nexo causal entre la actividad del autor y el daño es una de las condiciones indispensables para que pueda acogerse la pretensión indemnizatoria... (Koolen, 1995, p. 11)

Todo resultado es consecuencia de una causa determinada, para la verificación de la responsabilidad objetiva, lo que se debe verificar es que el daño producido sea el efecto de la actividad de un sujeto.

El nexo causal se refiere a que debe existir una relación de causa-efecto entre el hecho y el resultado de carácter dañoso. Al constituir la relación de causalidad uno de los dos elementos constitutivos en la responsabilidad objetiva, es de vital importancia que se establezca indiscutiblemente el nexo. Se ha manifestado la problemática de la identificación de la relación de causalidad, pues un resultado dañoso puede ser producto de múltiples factores que contribuyen para que el daño se produzca. En la sentencia de casación No. 31-2002 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la extinta Corte Suprema de Justicia (2002), en el laureado caso de “Delfina Torres Vda. De Concha” vs. de Petroecuador, Petrocomercial, Petroindustrial y Petroproducción, se ha analizado la problemática del nexo causal; determinando que la “Teoría de la causalidad adecuada” es la más aceptada en el medio jurídico; ella consiste en dejar en manos del juzgador el análisis de cada caso, pues a través de las pruebas presentadas se puede determinar la aptitud de un hecho para generar tal daño, lo cual implica la omisión de todo principio general y dejar que el juzgador determine la existencia del nexo causal según el análisis y su sana crítica.

Con respecto del nexo causal como elemento constitutivo en la determinación de la responsabilidad por factor de atribución objetivo, se colige que el daño debe ser producto de una causa, y si se configura la causa –actividad- y el

efecto –daño- se determinará la responsabilidad, si la ley considera que para tal circunstancia se tomará el factor de atribución objetivo.

Por su parte, en el caso de que la ley se remita a la responsabilidad objetiva, solo bastará que en juicio se compruebe la existencia del daño y el nexo causal, con ello la determinación de la responsabilidad completa su ciclo.

En conclusión, la responsabilidad objetiva: “...Se trata de un nuevo concepto de responsabilidad donde lo que priva es el criterio objetivo sobre el subjetivo, puesto que para su surgimiento es irrelevante si se actuó o no con culpa; basta con que el daño haya sido efectivamente ocasionado, para que de inmediato surja la consecuente responsabilidad...”.(Peña Chacón, 2008).

### **3.3.3 LA ACTIVIDAD EN LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA**

Previo a abordar el interesante tema de la teoría del riesgo como fundamento para la responsabilidad objetiva, cabe tratar un asunto con respecto a la acción y la actividad. En el tema de la responsabilidad subjetiva se ha dicho que ella en la mayoría de los casos es producto de una acción humana; por su parte, en la responsabilidad objetiva resulta conveniente hablar de la actividad humana.

La acción, es el “Ejercicio de la posibilidad de hacer... resultado del hacer...” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española). Por su parte, la actividad es considerada en una de sus acepciones el “... Conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad...”. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española). Es precisamente a esta acepción de la palabra actividad a la que se refiere la teoría del riesgo.

En cuanto la acción es el obrar de una persona que no se prolonga en amplia medida en el tiempo, la actividad es el desempeño prolongado y secuencial de una persona, que puede hacer de una tarea la actividad principal de su sustento. Por ejemplo, la acción sería el lanzamiento de un objeto a la propiedad de otro, infiriendo un daño; la actividad consistiría en el hecho de transportar sustancias en un camión, sobre lo cual una persona ha hecho su profesión, si la sustancia transportada constituye un peligro para el medio

ambiente y el derrame de esta en medio del camino produce un daño, pues no se reprocharía la acción sino la actividad.

La jurista Lidia Garrido, establece que la actividad es el antecedente de la teoría del riesgo. "... el riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización..." (Garrido, 2009). El punto medular en el asunto es que lo jurídicamente reprochable en la responsabilidad objetiva con fundamento en la teoría del riesgo es una actividad, desarrollada comúnmente por la persona imputada, que ha introducido un riesgo en la sociedad por su labor, y ha acontecido un daño por dicha actividad.

### **3.4. TEORÍA DEL RIESGO COMO ANTECEDENTE DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA**

Con el avance de la sociedad y del pensamiento humano, se ha logrado comprender nuevas nociones de riesgo. Jurídicamente dichas nociones han generado en un avance legal y jurisprudencias hasta el grado de la adopción de la teoría del riesgo y la responsabilidad objetiva.

El riesgo, es definido por Cabanellas como la "...Contingencia, probabilidad, proximidad de un daño..." (Cabanellas, 2006, p. 336).

En una sociedad donde las tecnologías se encuentran tan avanzadas, las interrelaciones de los individuos son cada vez más estrechas, algunos de los individuos crean riesgos a terceros con sus actividades para obtener ventajas, dentro de este contexto, si uno de esos riesgos se materializa y se produce un daño, el gestor de la actividad debe responder por él. (Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo II, 2000)

Resulta evidente que el gestor de la actividad no obrará con dolo o culpa, es por tal que no se puede utilizar el criterio de la responsabilidad objetiva, pues de ser así el gestor de la actividad resultaría inmune en un proceso judicial. Por tal motivo se elabora la teoría de la responsabilidad por riesgo, pues la conducta reprochables es el hecho de que una persona ha introducido un

riesgo, que la sociedad no lo debe correr, pues dicho riesgo es producto de una actividad que irá en beneficio exclusivo de su gestor. En este contexto, es el riesgo injusto la conducta que atribuye la responsabilidad, siempre y cuando el riesgo acontezca y produzca el daño.

La delimitación del tipo de riesgo sobre el cual se maneja la teoría del riesgo debe ser clara, porque si se mira objetivamente, casi todas las actividades humanas conllevan riesgo de producir un daño. Por tal motivo, se ha desarrollado la teoría del riesgo anormal o riesgo simple, en Estados Unidos, la idea es que el tipo de responsabilidad objetiva se aplique solamente para las actividades anormalmente peligrosas, estas actividades son en las que no exista la posibilidad de eliminar el riesgo a pesar del ejercicio de la diligencia o cuidado de evitar el daño. (Ibídem, p. 178)

La actividad jurisprudencial puede determinar el grado del riesgo que mantiene una actividad, incluso podría determinar si un riesgo es lo suficientemente importante para la aplicación de la responsabilidad objetiva como factor de atribución, pero esto generaría un ambiente de inseguridad jurídica ante el desconocimiento de que actividades son consideradas con un riesgo anormal. En tal sentido, acertada es la opinión de Barros Bourie, en que se propone que la remisión de la responsabilidad objetiva por riesgo compete a la actividad legislativa, es decir será la norma legal la que determine la aplicación de la responsabilidad objetiva para una actividad determinada; siempre que el legislador determine que tal actividad conlleva un riesgo anormal. (Barros Bourie, 2006, p. 203).

En efecto, se ha tomado como principio general de la responsabilidad, el factor de atribución subjetivo, pero por excepción y en virtud de la teoría del riesgo se puede determinar la responsabilidad objetiva, pero el legislador debe actuar de manera prolija, al determinar qué actividades se sujetarán a dicho factor de atribución, a más de ello se deben establecer las circunstancias eximentes de la responsabilidad, lo cual no ha ocurrido en el Ecuador, pues solamente se ha determinado que la responsabilidad por daño ambiental es objetiva. (Bedón, 2011).

Por otro lado, la teoría del riesgo se basa en que quien obtiene un provecho o utilidad económica de una actividad riesgosa, está obligado a responder por el daño injusto. La obligación de resarcir el daño, corresponde a quien lucra y se beneficia de las cosas o las actividades que han causado el daño, pues es él quien crea el riesgo. El fundamento es que el "... responsable de riesgo ambiental se hace cargo de los posibles daños al ambiente aunque no haya existido culpa o intención de causar el daño..." (Guaranda, 2010, p. 58).

El riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora a la sociedad una cosa peligrosa por su naturaleza o su forma de utilización. (Garrido, implicancias de la responsabilidad por riesgo). El uso de la cosa o la actividad desarrollada no son desde ningún punto de vista ilícitos, tampoco lo es el riesgo creado, lo antijurídico se configura cuando el riesgo se convierte en daño; en este punto es cuando se vuelve exigible la indemnización. La cosa o la actividad involucran un beneficio económico o no para su gestor o tenedor, y ese beneficio se otorga en función de un peligro introducido a una sociedad que no tiene el deber de asumirlo, esta es la base de la teoría del riesgo.

El fundamento de la teoría del riesgo se ha considerado por el Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, en su Resolución No. 2011-0909 (2011), que en su parte considerativa, expresa:

... es el reconocimiento social de que ciertas actividades, aún siendo lícitas (por lo que no es requisito el ser antijurídico) y necesarias dentro del desarrollo social y tecnológico actual, que no puede ni debe ser obstruido, pero que, concomitantemente generan un riesgo –como entidades productoras de eventuales daños- el cual desde luego no debe ser asumido por la víctima o sus allegados, sino mas bien por aquel que se beneficia de la actividad riesgosa o de la tenencia de una fuente productora de peligro. Esas empresas generadoras de peligro para la comunidad y de beneficio para su dueño, constituyen un medio a través del cual se produce el daño a la victima...

Con todo lo expuesto, se podría decir que lo reprochable jurídicamente –que es lo que fundamenta para que la responsabilidad objetiva imponga una obligación reparatoria o indemnizatoria- es el hecho de introducir un riesgo injusto a la sociedad para beneficio propio, este riesgo verificarse por una actividad o una cosa peligrosa. Como la sociedad no debe asumir el riesgo o sus consecuencias, se establece que el gestor de la actividad riesgosa sea quien repare el daño, y ello solamente puede ser jurídicamente viable con la eliminación del dolo o la culpa en la determinación de la responsabilidad, por lo que la solución práctica es la determinación del factor objetivo de la responsabilidad.

Por tales motivos, se habla de que la responsabilidad por riesgo es la base de la responsabilidad objetiva, pues esta última es la única manera de trasladar la presunción de culpabilidad al gestor de una actividad o tenedor de una cosa dañosa en su naturaleza o su uso.

#### **3.4.1 RIESGO Y AMBIENTE**

Es conocido que las actividades que involucraran al ambiente –por ejemplo la extracción de recursos naturales o actividades de alto impacto- contienen un riesgo intrínseco de dañar y deteriorar al ambiente. Este riesgo es producido por una actividad o una cosa que beneficia a otro, razón por la cual se ha determinado el factor de atribución objetivo.

La delimitación del riesgo, la relación del riesgo con el medio ambiente, son fundamentales para comprender la responsabilidad objetiva por el daño ambiental. Para Martínez García, el riesgo es una invención, en perspectiva sociológica, el riesgo es todo lo que la sociedad considera como riesgo. El riesgo implica toda una teoría de la observación, una observación que parte desde un punto ciego, por lo que riesgo es una palabra que se ha forjado para observar y afrontar la incertidumbre de un daño. (Martínez García, 2012 , pp. 324-325).

El riesgo desde la medida que se lo vea es una advertencia de un daño que puede suceder, es una alerta que siempre obliga al ser humano a tomar una

actitud diferente frente a una circunstancia. En materia ambiental la alerta se ha hecho pública en todas las convenciones que tratan temas de la conservación de la naturaleza. Ante ello, lo que primero se ha hecho es determinar la gravedad de la problemática, poniéndola en el podio de las preocupaciones generalizadas contemporáneas. Posterior a ello, se ha tratado de darle una solución jurídica al problema, con lo que ha surgido la idea de la aplicación de los principios de desarrollo sustentable, preventivo y precautorio.

Se puede decir que el derecho ambiental se divide en tres grandes campos de acción: el plano preventivo, el plano de la determinación de la responsabilidad por daño y el plano del resarcimiento del derecho en caso de daño. El plano preventivo, constituye una parte fundamental para cumplir con la consigna principal del cuidado ambiental, que es que no exista el daño. El plano de la responsabilidad entra a obrar por excepción, pues el derecho ambiental se maneja por el riesgo, por lo tanto deberían tomarse las medidas para evitar el riesgo, pero cuando ocurre el menoscabo, se trata de verificar la responsabilidad hacia quien ha introducido el riesgo. En el campo del resarcimiento del derecho se refiere a la atribución de los medios de resarcir los derechos a quien se le ha comprobado el factor de atribución.

El riesgo opera desde el primer y segundo campo de acción. Si se considera que una actividad puede ser riesgosa se activan los principios preventivo y precautorio. El riesgo en el segundo plano es sustancial para determinar la responsabilidad y las consecuencias jurídicas del daño.

Es preciso manifestar que en materia ambiental siempre se juega con el riesgo de que acontezca un detrimento significativo al ambiente, pero el riesgo es necesario para el desarrollo de la sociedad y la satisfacción de sus necesidades. Siendo el desarrollo tan necesario para la evolución de la sociedad se acepta el riesgo pero con todos los mecanismos para que el daño no acontezca, finalmente si el menoscabo sucede se vuelve responsable el que se benefició de la actividad riesgosa.

### **3.5 PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

En la República de Argentina, en un principio no se contaba con un artículo regulatorio de la responsabilidad objetiva. Posteriormente con la expedición de la Ley 17.711 de 1968 que reforma el Código Civil de dicha nación, introduce entre sus disposiciones la responsabilidad objetiva.

Era común observar que en el derecho civil de tinte francés, no exista la regulación de la responsabilidad objetiva, pues en los tiempos de elaboración del Código Napoleónico no se concebía una teoría de responsabilidad civil sin culpa o dolo.

En tal virtud el artículo 1113 reformado del Código Civil Argentino (2002) establece:

Art. 1113.- La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tienen a su cuidado... En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder... Si la cosa hubiere sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable...

El artículo transcrito marca un camino para la responsabilidad objetiva. Pues establece que en los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas, será responsable a menos que desvincule su accionar con el daño, es decir que al comprobar la inexistencia del nexo causal se puede eximir de la responsabilidad. Por ser un principio general del derecho civil, plasmado en la norma, no abarca todas las implicancias de la responsabilidad objetiva por riesgo, pues deja abierto a que en cada caso se legisle en cuanto a la aplicación práctica de dicha teoría.

Por otro lado, es acertada la opinión del jurista ecuatoriano René Bedón, al procurar que las eximentes de la responsabilidad objetiva se plasmen en la misma norma que la atribuye. En tal virtud el Código Civil Argentino, establece dichas causales, y expresa que el gestor de la actividad se exime de la responsabilidad cuando el acto es realizado por la misma víctima o un tercero, además cuando la cosa peligrosa ha sido utilizada en contra de la voluntad del tenedor de la misma.

En el caso de la legislación peruana, la aplicación de la responsabilidad objetiva es más directa que la argentina. En el artículo 1970 del Código Civil Peruano (1984) se encuentra enmarcada la responsabilidad objetiva, tal artículo establece “Art. 1970.- Responsabilidad por riesgo.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo...”.

La norma establece claramente que la responsabilidad por riesgo; en este caso no menciona la objetivación de la responsabilidad, pero es claro que ante un riesgo injusto, la víctima nada tiene que probar, sino es el gestor de la actividad o el dueño de la cosa quien debe responder.

En el caso de la legislación ecuatoriana, no se cuenta con una norma civil o de otra índole que abarque el concepto de la responsabilidad por riesgo o la responsabilidad objetiva. Sin embargo el desarrollo judicial ha conllevado a que se dicten fallos memorables con respecto al tema. Este es el caso del ya mencionado caso “Defina Torres Vda. De Concha, en contra de Petroecuador, Petrocomercial, Petroindustrial y Petroproducción” por el daño a través del ambiente que habrían incurrido tales empresas en un sector correspondiente a la provincia de Esmeraldas; la sentencia de casación signada con el No. 229-2002 analiza una serie de aspectos procesales y ambientales que resultan interesantes; pero en materia que concierne al presente apartado, es de fundamental importancia el aporte que realiza para la construcción de la responsabilidad objetiva en el Ecuador. En este sentido, en el considerando vigésimo de la sentencia referida se habla de que en artículo 2256 del Código Civil del Ecuador (2005) se contempla la responsabilidad por actividades

riesgosas o peligrosas, “en que la culpa se presume”. Por su parte el artículo 2256 de la antigua codificación actual 2229 que establece:

Art.- 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta... Están especialmente obligados a esta reparación... 1. El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente; 2. El que dispara imprudentemente un arma de fuego; 3. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por ahí transitan de día o de noche; 4. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él; y, 5. El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios.

El artículo transcrito describe claramente actividades riesgosas, que por su naturaleza –dice la norma- están especialmente obligados a la reparación los que incurren en las conductas peligrosas que describe el artículo.

Sin perjuicio de lo expuesto, el artículo en cuestión no resulta suficiente para establecer una verdadera responsabilidad objetiva, en la que la conducta generalizada que contenga un riesgo anormal se aplique dicho factor de atribución. La necesidad de una norma como la disposición argentina o peruana se vuelve completamente necesaria para delimitar el camino de la responsabilidad objetiva; esto facilitaría la labor judicial el momento de aplicar la responsabilidad objetiva, especialmente en el tema ambiental.

Por otro lado la labor de los jueces, ha tratado de definir varios conceptos, en este sentido se tiene que en la sentencia de casación del caso Delfina Torres Vda. De Concha y otros vs. Petroecuador y otros (2002):

...El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para

el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva...

Recientemente se ha producido otro caso emblemático en el Ecuador, es el caso denominado Chevron- Texaco, que en la sentencia de primera instancia en el Juicio No. 2003-0002, el cual recayó en la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, el análisis inicia con el debate de la competencia del juez para resolver, posteriormente se procede a analizar todas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda; en el análisis y valoración de la prueba se busca la determinación de la existencia de un daño cierto y real al medio ambiente y la salud pública de los moradores de la extensa zona afectada; se continúa con el análisis y para determinar una responsabilidad objetiva se remite a los artículos 2214 y 2229 –ex 2241 y 2256 respectivamente- del Código Civil, lo cual se toma como fundamento para la imputación objetiva, dicho criterio es muy similar al utilizado en el caso que contenía como actor al Comité del barrio “Delfina Torres Vda. de Concha” vs. Petroecuador y otros, ante lo cual se procede a analizar la causalidad en el considerando décimo, en el cual se determina que el daño ha sido producido de la actividad riesgosa de Chevron, con lo que se configura la responsabilidad por factor de atribución objetivo, toda vez que se ha comprobado la existencia del daño y el nexo causal.

La competencia para conocer los casos ambientales, radica en el Presidente de la Corte Provincial de donde acaeció el hecho dañoso, en el caso de que el daño se haya propagado en varias circunscripciones territoriales, el juez competente es el que primero haya avocado conocimiento de la causa, en vista de que el artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental, otorga competencia a cualesquiera de los Presidentes de las Cortes Provinciales involucradas.

En este punto, se puede apreciar una dificultad en materia probatoria pues las imputaciones de daño se retrotraían en el tiempo por todos los años que la empresa Chevron realizó las actividades extractivas, el problema se solventó

inclusive porque la huella que dejó la actividad, se puede denotar hasta la actualidad.

Por todo el análisis realizado, se condenó a la empresa Chevron-Texaco a una fuerte indemnización que sobrepasa los 8000 millones de dólares. Se dispuso que los demandantes constituyan un fideicomiso cuyo patrimonio esté conformado por el rubro de la sentencia, el beneficiario de dicho fideicomiso es el Frente de Defensa de la Amazonía –demandantes- siendo las medidas de reparación la forma de beneficiarlos. Todo el patrimonio tendrá como destino la ejecución de las medidas de reparación tanto a la naturaleza como a la salud pública.

Lo que se busca destacar con el pequeño análisis referido a las dos celebres sentencias es la necesidad de una norma regulatoria de la responsabilidad objetiva. Una norma que marque el principio del factor objetivo de la responsabilidad que maque el camino y las implicancias de este tipo de atribución, siempre que la ley establezca que tal actividad es riesgosa o merece la responsabilidad objetiva. Esta carencia de norma, ha sido aplacada en el derecho ambiental por la disposición constitucional del 396 de la Carta Magna. Sin embargo, se destaca la necesidad de un marco regulatorio de la responsabilidad objetiva, que encierre la aplicación de la presunción de la responsabilidad, la inversión de la carga de la prueba, la consistencia de las pruebas de cargo, los factores eximentes de la aplicación de la responsabilidad objetiva. Con una normativa de tal naturaleza solo bastaría que la ley determine que una actividad adolece de un riesgo anormal para la aplicación directa del principio general.

### **3.6 DAÑO A TRAVÉS DEL AMBIENTE**

Una vez explicado el factor de atribución objetiva por los daños causados desde un punto de vista del derecho civil, vale estudiar el daño a través del ambiente que se constituye como uno de los tipos de daño civil, pero con la característica de que es producido por un menoscabo al ambiente. El daño civil por un acontecimiento ambiental no es un daño común; pues si lo fuere la

problemática no sería de tal magnitud, toda vez que su tratamiento sería como cualquier daño incurrido a un particular, pero en este caso, el medio del daño es el ambiente.

El primer aspecto a considerar, es que de ninguna manera se puede equiparar un daño ecológico puro al daño a través del ambiente, esta diferenciación es fundamental el momento de calificar las acciones por uno u otro daño.

La legislación del Reino de España es muy clara la hacer esta diferenciación, en vista de que en la Ley 26/2007, más conocida como la Ley de Responsabilidad Medioambiental (2007), en su artículo 5 numeral 1, establece:

Art. 5.- Daños a particulares... 1) Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que den origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación...

La disposición legal es clara, pues establece que la ley que rige la responsabilidad ambiental solamente aplica para el daño ecológico puro, además salva el derecho de que las personas que han sufrido un daño por un evento ambiental puedan recurrir a la autoridad competente, que en el caso de la legislación ecuatoriana sería un juez de lo civil. Con ello se pretende afirmar categóricamente que no es lo mismo hablar de un daño ecológico puro que un daño a través del ambiente.

Leonardo Fabio Pastorino, al respecto realiza esta consideración:

... Si la afectación que se provoca cae en bienes que constituyen el patrimonio de la persona, se está en presencia del sentido estricto del daño patrimonial... el daño es el presupuesto inevitable para activar el mecanismo de la responsabilidad civil y la condición esencial para la

condena a una reparación... uno de los requisitos del daño es que sea personal... (Pastorino, 2005, p. 165)

En este sentido, el daño a través del ambiente es un tipo de daño, regido por el derecho civil.

### **3.6.1 DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO A TRAVÉS DEL AMBIENTE**

La definición del daño a través del ambiente será la misma que un daño que concierne al derecho civil, solamente que el acontecimiento constitutivo del daño será un menoscabo al ambiente. En este sentido el daño a través del ambiente implicará siempre un daño ecológico puro, pues de no ser así podría configurarse un perjuicio o lesión de carácter meramente civil. La implicancia de ello, es que por ningún medio la víctima podría resguardarse en las importantes implicaciones de la responsabilidad objetiva.

En tal virtud el daño es, como lo define Cabanellas (2006) el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño a través del ambiente, en principio es precisamente lo que engloba la definición transcrita, de hecho es un menoscabo o perjuicio, es un desvalor en la situación de los bienes o la persona. Es una pérdida de las facultades sobre un bien o sobre una persona.

El daño patrimonial es claro, pues el perjuicio sufre una cosa material.

En el caso de las personas, se puede decir que existen dos tipos de daño: el daño a la salud física de la persona, y el daño producido a la moralidad de la persona. Todos estos tipos distintos de daño implican formas diferentes de indemnización o compensación por el perjuicio.

El daño a través del ambiente reúne estos elementos –mismos a que el daño civil clásico- pero abarca una característica que lo diferencia del resto de daños: es fundamental que medie un acontecimiento ambientalmente negativo, es decir que la causa del daño sea un menoscabo al ambiente; en palabras

más precisas, el daño a través del ambiente es una de las consecuencias del daño ecológico puro.

En un clásico ejemplo, un oleoducto de crudo que pasa por un asentamiento humano, sobre el cual puede producirse un derrame de crudo, el derrame – según su magnitud y alcance- constituye un daño ecológico puro, que toda vez que aconteció en las cercanías de un asentamiento humano puede dañar a los bienes de dichas personas o afectar su salud, en este caso se conjugarían los dos tipos de daños ambientales. Por otro lado, si en el mismo asentamiento humano, acontece un evento dañino con una empresa, pero no se ha configurado un daño ambiental, aunque se haya producido un daño civil, no se podría hablar de daño a través del ambiente, sino de un daño meramente civil.

En fin para definir y establecer las características del daño a través del ambiente se tomarán en cuenta todas las características del daño civil, siempre considerando la característica fundamental de este tipo de daños que es precisamente que su hecho generador es el acontecimiento ambiental negativo.

### **3.6.2 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DAÑO A TRAVÉS DEL AMBIENTE**

En materia de daño ecológico puro se habla de un solo bien jurídico protegido, único e inconfundible que es el medio ambiente. En los daños a través del ambiente se puede hablar de dos bienes jurídicos protegidos, según las circunstancias y características propias del daño en cada caso.

Para identificar el bien jurídico protegido, es menester tomar en consideración qué es lo que ha afectado el menoscabo: si afectó a la propiedad y bienes de una persona, o si ha afectado a la moralidad de las personas en la amplia concepción del término.

El primer derecho que puede resultar afectado con un daño a través del ambiente es la integridad en el patrimonio de las personas, es claro que cuando se atenta o disminuye injustamente el patrimonio de las personas se

está atentando su derecho al uso y goce de sus bienes sin limitaciones. En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador (2008), establece que es un derecho de la personas "... una vida digna que asegure la vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo...".

En el tema del daño a través del ambiente, se puede verificar de forma inmediata o mediata la afectación al derecho a vivir dignamente, ya que con un menoscabo en el ambiente, este puede degenerar en una afectación individual a la vivienda o lugar de trabajo o educación de una persona. El punto de equilibrio de este tipo de daño es que a más de dañar el ambiente, se menoscaba también los derechos individuales de una persona con respecto de su patrimonio, y la consecuencia de ello es que no pueda seguir el curso de su vida como lo habría hecho si no hubiese acontecido el suceso.

Otra afectación que puede devenir de un daño ambiental es la salud individual de las personas, sobre ello la Organización Mundial de la Salud advierte que "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades..." (Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 1946), a más de ello se reconoce que el derecho a la salud es un derecho humano. Sobre estas afirmaciones se puede colegir que la protección de la salud individual es de gran importancia. La protección de la salud en su carácter individual, es decir cuando solamente afecta al estado físico y mental de una persona particular, debe hacerse efectivo por una acción civil –que medie en el daño a través del ambiente- pues solamente así podrá verse resarcido su derecho.

Sobre ello, vale la aclaración que en los daños a través del ambiente no se habla de afectación a la salud pública y generalizada de toda la población, sino se habla de una afectación individual a la persona en sus capacidades físicas.

Pasando a otro tipo de daño, se traspasa el asunto hacia el daño moral que puede ser definido como "La lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otros..." (Cabanellas, 2006, p. 108). La definición que trae Cabanellas es de forma

general para el daño moral, pues ya es conocido que en materia ambiental por la aplicación de la responsabilidad objetiva, se debe eliminar de la definición los elementos de culpa o dolo.

El Código Civil ha previsto en sus normas el caso del daño moral, toda vez que en el artículo 2232 *ibídem*, se establece: “Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales...”. (Código Civil Ecuatoriano, 2005).

El daño moral implica cualquier afectación que cause lesiones, y en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillación u ofensas semejantes. En un ejemplo práctico: si por un acontecimiento ambiental se produce el desaparecimiento de un bien que tiene un significado importante para el dueño, no por su valor pecuniario, sino por el estado sentimental que tiene una persona hacia dicho bien. El perjudicado no debe asumir la injusta pérdida por un acontecimiento ambiental, en tal virtud tiene la acción civil por un daño moral a través del ambiente.

De conformidad con el último inciso del artículo 2232 *ibídem*, el elemento constitutivo para el daño moral es que tal daño sea resultado próximo de la acción u omisión ilícita –en el caso ambiental del daño proveniente de una actividad u cosa riesgosa, que no es ilícita- del demandado; y se deja al arbitrio del juez –según se sana crítica- el valor de la indemnización, para ello deberá tomar en consideración las circunstancias del hecho y la apreciación del daño.

Es menester aclarar que el daño moral solo da lugar a una indemnización, en vista de que es imposible de reparar.

Por su parte, cabe destacar que la acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Esta aseveración del Código Civil responde a que el daño moral es un daño individual –tal como lo es el daño a través del ambiente- por lo que la legitimación activa le corresponde solamente a quien haya sufrido el daño.

En consecuencia, en materia civil ambiental, es necesario acaparar todas las formas de daño posible, toda vez que es necesario cubrir las contingencias que podrían ocurrir con un macro daño –daño ambiental- que consecuencia de él se ha producido un daño a nivel individual.

El bien jurídico protegido en el daño civil ambiental, puede variar según la afectación sufrida, es menester identificar el menoscabo, pues de él depende la petición en la acción judicial.

### **3.6.3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DAÑO A TRAVÉS DEL AMBIENTE**

Tomando en consideración que el daño a través del ambiente es un tipo de daño civil, es congruente pensar que las consecuencias jurídicas de dicho daño serán las mismas que un daño meramente civil. En tal virtud, de conformidad con el artículo 1572 del Código Civil Ecuatoriano (2005) “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante...”. A más de ello se tomará en consideración la indemnización por daños morales.

#### **3.6.3.1 DAÑO EMERGENTE**

El daño emergente es “El detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine.” (Cabanellas, 2006, p. 107). Como bien ha dicho el jurista Cabanellas, el daño emergente se refiere a la destrucción material de los bienes, solamente abarca la cuantificación del daño material, es decir se deja de lado todos los perjuicios adicionales que no impliquen el perjuicio al bien material.

La doctrina jurisprudencial ha desarrollado el concepto de daño emergente como “... la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido...”. (Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 2002). Como se ha manifestado, el daño emergente solo implica la pérdida material producto del daño. Por ejemplo, si se produce un derrame de una sustancia peligrosa en

una vivienda, el daño emergente se referirá exclusivamente al valor material de la construcción destruida.

El primer elemento que se pasa a analizar el momento de establecer la indemnización por daños, es precisamente el daño emergente, toda vez que es fácil de determinar, en razón de que simplemente se realizaría una sumatoria de los rubros que hayan costado los daños efectivamente causados.

En este sentido, si ocurre una disminución patrimonial –por la pérdida de activos o el aumento de gastos- se ha producido un daño emergente, ya que se refiere a la destrucción de una cosa por el hecho ajeno, o se incurrió en costas injustamente asumidas por las consecuencias de un hecho imputado a otro. (Barros Bourie, 2006, p. 252).

Por lo expuesto, la distinción que hace referencia el Código Civil, es fundamental el momento del cálculo de la indemnización cuantificable en dinero, ya que puede haber casos en que solo se demuestre en el proceso la existencia del daño emergente.

### **3.6.3.2 LUCRO CESANTE**

Otro de los elementos constitutivos de la indemnización por daño es el lucro cesante. Este es definido por Cabanellas (2006, p. 232) puede ser definido como la “Ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener por obra de otro, perjudicial para propios intereses...”.. La diferencia con el daño emergente, es en aquel solamente se toma en cuenta el valor del bien dañado; mientras en el lucro cesante se debe tener en consideración lo que la persona ha dejado de percibir por el daño producido.

Resulta evidente que una persona que ha sufrido un daño producto de una actividad riesgosa, y por tal daño deja de percibir los rubros que normalmente hubiera recibido si el acontecimiento ambiental no se hubiese producido; también debería tomarse en cuenta para el cálculo de la indemnización. Pues la persona deja de recibir algo por acción de un tercero. El lucro cesante implica la “...frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida

de ganancias de las cuales se ha privado al damnificado...”. (Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 2002).

Por su parte el lucro cesante puede ir en doble sentido, por no producirse un ingreso o por no disminuirse un pasivo; lo importante es que se sienta las repercusiones del daño hacia un aumento del patrimonio a futuro.

El factor del lucro cesante es una expectativa, pero una expectativa que tenga una gran probabilidad de acontecer. Pues no se puede acreditar a título de indemnización un valor económico que no se tiene cierto grado de certidumbre que vara a ser percibido, esto en virtud que la indemnización no corresponde a un afán de lucro del perjudicado, sino al resarcimiento de un derecho adquirido o adquirible a futuro. El lucro cesante contiene un elemento abstracto, que supone asumir un cierto curso futuro. (Barros Bourie, 2006, p. 234). Este dilema puede ser resuelto por la determinación el análisis de la consecuencia lógica de no producirse el daño, en otras palabras, el análisis del juzgador debe orientarse a la ubicación de las circunstancias si no se hubiese producido el daño.

### **3.6.3.3 LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL**

La relación del daño moral con el daño a través del ambiente, puede verificarse en situaciones poco comunes, pero ante esta contingencia se debe establecer el sistema de determinación de la indemnización por dolo moral cuyo factor de repercusión haya sido un menoscabo al ambiente.

Como ya se ha manifestado, el artículo 2232 del Código Civil establece que la reparación de los daños morales procede si el detrimento es consecuencia de la acción ilícita o riesgosa. Por su parte, la cuantía de dicha indemnización corresponde determinar al mismo juez, en base a las pruebas presentadas; es decir las partes presentarán las pruebas necesarias para orientar al juez a un rubro que sea apegado a la realidad.

Por su parte, el juez, de conformidad con la sana crítica, procederá a determinar el valor de la indemnización por el daño moral.

### **3.6.4 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR DAÑO A TRAVÉS DEL AMBIENTE**

Es innegable de que las acciones para perseguir y sancionar el daño ambiental son imprescriptibles.

La problemática de la prescripción por daños a través del ambiente resulta evidente cuando se analiza a dicho daño se le aplican las normas del daño ecológico puro.

Se ha argumentado que el daño a través del ambiente obra dentro de los daños civiles, en este sentido todas las normas aplicables a la responsabilidad civil extracontractual –contenidas en el Código Civil- deberían resultar plenamente aplicables en dichos casos. Por su parte, el artículo 2235 del Código Civil Ecuatoriano dispone “... Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.” (2005).

Las acciones a las que se refiere la norma citada corresponden a las que dan derecho por la acusación de un año en el plano de la responsabilidad civil extracontractual, entre las cuales encaja la acción de indemnización por los daños a través del ambiente.

Por lo expuesto, las acciones por daño a través del ambiente prescribirían en cuatro años, para que opere dicha prescripción se contará el plazo desde que se produjo el evento dañoso.

Por otro lado, el artículo 396 de la Constitución del Ecuador (2008), manda que los daños ambientales impliquen también la obligación de indemnizar a las personas o comunidades por los daños causados por un suceso ambiental. Esta norma constitucional, podría interpretarse como que las implicancias de un daño a través del ambiente se aplican también a las acciones indemnizatorias, por lo tanto se aplicaría también la imprescriptibilidad de los daños a través del ambiente tal como lo dispone el último inciso del artículo mencionado.

En el Ecuador, no ha existido un desarrollo jurisprudencial o legislativo que aclare esta coyuntura, y se decida si se aplica la prescripción ordinaria que manda la norma civil, o se le atribuye la imprescriptibilidad. El análisis dependerá, si el operador de justicia aplica las mismas normas del daño ecológico puro al daño a través del ambiente. Dejando en claro que por disposición último inciso del artículo 396, las acciones judiciales para la determinación de la responsabilidad por daño ecológico puro son imprescriptibles, por lo que es inadmisibile la excepción de perentoria de prescripción en un proceso por daño al ambiente.

## **CAPÍTULO IV**

### **4. DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR DAÑO AMBIENTAL**

#### **4.1. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 41 Y 42 DE LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL**

Una vez que se ha marcado una clara diferenciación entre el daño ecológico puro y el daño a través del ambiente es pertinente proceder a determinar los caracteres propios de la acción que correspondería incoar para la determinación de responsabilidades y respectivas consecuencias jurídicas para un daño ecológico puro.

Tomando en consideración que el daño ecológico puro es aquel detrimento que se perjudica al bien jurídico ambiente en su integralidad, además la norma jurídica que enmarca a política ambiental, las obligaciones y responsabilidades en materia ambiental es la Ley de Gestión Ambiental; es justamente dicha norma que regula la acción para reclamar a un gestor de una actividad ambientalmente peligrosa por un daño.

En tal virtud, el artículo 41 de la Ley de Gestión Ambiental (2004) determina:

Art. 41.- Con el fin de proteger los derechos ambientales individuales o colectivos, concédase acción pública a las personas naturales, jurídicas o grupo humano para denunciar la violación de las normas de medio ambiente...

Esta norma legal marca la legitimación para denunciar un menoscabo ambiental a todas las personas para iniciar un proceso por el daño ambiental.

La norma legal guarda una estrecha relación con la norma constitucional, toda vez que el numeral 1 del artículo 397 dispone:

... 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... (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Como se ha podido evidenciar, la legitimación activa para incoar acciones que pretendan recomponer al medio ambiente dañado por un suceso humano, corresponde a todas las personas, sin importar el perjuicio directo que se haya causado; es decir, en el juicio no se podrá interponer la excepción de falta de legitimación para incoar la acción, ya que todas las personas gozan de legitimación para recurrir a la justicia para demandar un daño ambiental.

Sobre ello, el Jurista René Bedón afirma que en este caso es pertinente hablar de una acción popular, mas no de una acción pública.

La diferencia de la acción popular y la acción pública está en que por la primera se es parte del proceso que se promueve mientras que por la segunda lo que se procura es que el competente, para llevar adelante un proceso, obtenga la información, pues el denunciante no es parte del proceso... (Bedón, 2011).

La propuesta de René Bedón es completamente acertada, en vista de que por la disposición de la norma legal y la norma constitucional, el denunciante de un daño ambiental se convierte en una verdadera parte procesal, en la que funge como actora de la acción. Esto obedece al carácter difuso del derecho afectado con un menoscabo a la calidad del ambiente. En un daño ambiental todas las personas resultan directa o indirectamente afectadas, pues es ya conocido el carácter universal del medio ambiente. Por su parte, la Ley acepta la calidad de bien superior al ambiente, y reconoce que cualquier menoscabo a éste, también resulta en una afectación a la humanidad y su desarrollo de forma integral, por tal motivo la ley otorga la legitimación activa para una acción por daño ambiental a todas las personas naturales o jurídicas u organizaciones comunitarias. Esto obedece a que en realidad cualquiera que sea la persona o entidad que plantee la acción, resulta afectada por el deterioro ambiental.

Por otro lado, la norma constitucional otorga también la facultad a las personas de proponer medidas cautelares ante la autoridad competente. De conformidad con lo que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las medidas cautelares "... tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho..." (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009). Es precisamente la finalidad de una medida cautela: el impedimento de que un derecho sea violentado. Por otro lado, la Ley citada, establece en su artículo 26 "... Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución... las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener... (Ibídem).

En tal virtud, la medida cautelar requiere una acción inmediata de la autoridad competente para evitar que se produzca una afectación a un derecho de las personas o de la naturaleza; y de verse ya afectado, tratar de frenar el atentado para que el daño no resulte más grave.

Las medidas cautelares pueden resultar de máxima utilidad en materia ambiental, en el sentido en que se pueden incoarlas en caso de que una actividad o cosa riesgosa resulte altamente evidente que puede provocar un daño, y a través de ellas, se puede detener a la actividad o la utilización de la cosa riesgosa. También si se produce ya un daño ambiental, se puede solicitar a la autoridad que ordene que se realicen todas las actividades necesarias para evitar que se prolifere el daño y se convierta en una catástrofe mayor.

El tema de la legitimación activa para una acción por daño ecológico puro, queda subsanado por la disposición legal y constitucional que otorga legitimación a todas las personas.

Por otro lado, el artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental (2004), establece que "... Toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, que se inicien por infracciones de carácter ambiental...".

La norma pretende también otorgar la facultad a todas las personas a que comparezcan al proceso por daño ambiental para ser escuchadas por la autoridad. Sobre ello se evidencia que la ley es oscura, al no determinar si las personas pueden comparecer con un derecho a voz –simplemente para ser escuchadas- o si se las puede considerar como parte en el proceso; sobre ello el tenor literal de la norma establece que las personas solamente podrán ser escuchadas en el proceso, es decir presentar su punto de vista o alegato, pero no podrán ser tomadas en cuenta como sujetos activos. Como ya se ha dicho este tema se encuentra subsanado con la legitimación activa universal que otorga la Carta Magna.

La segunda parte del artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental (2004) dispone:

... El Presidente de la Corte Superior del lugar en que se produzca la afectación ambiental, será el competente para conocer las acciones que se propongan a consecuencia de la misma. Si la afectación comprende varias jurisdicciones, la competencia corresponderá a cualquiera de los presidentes de las cortes superiores de estas jurisdicciones...

Por lo expuesto, la Ley asigna fuero territorial excluyente, a más de un fuero en razón de grado; ya que establece que el Presidente de la Corte Provincial de donde sucedió el daño, es el competente para conocer la acción; en este sentido, el juez provincial se convierte en juez de primera instancia. La competencia es un término estrechamente ligado a la jurisdicción.

La jurisdicción es el poder de administrar justicia, además se refiere a la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; esta potestad corresponde a los tribunales o jueces establecidos por las leyes. Por su parte la competencia es la medida dentro de la cual la jurisdicción se encuentra distribuida entre los diversos tribunales o jueces, en razón de la materia, territorio, personas y grados. (Código de Procedimiento Civil, 2005). Por lo expuesto, la jurisdicción sobre la cual se inviste el Presidente de la Corte

Provincial, es otorgada por la ley, pues es la Ley de Gestión Ambiental la que le otorga la potestad de administrar justicia en materia ambiental.

Por otro lado, por el carácter de protección superior que tiene la naturaleza, y por el interés de carácter colectivo que tiene el bien jurídico ambiente, además del reconocimiento de los derechos de la naturaleza, resulta obvio que un juez especial será el que conozca los temas de daño al ambiente. Por la naturaleza de los sucesos ambientales en el carácter logístico, el Presidente de la Corte Provincial del lugar donde aconteció el suceso, es la autoridad adecuada para conocer, practicar las diligencias probatorias y resolver el asunto.

Por otro lado, se ha mencionado el carácter de expansivo del daño ambiental, es decir cuando se habla de una afectación a la naturaleza esta puede extenderse a varios territorios dentro o fuera de un país. En el caso de que el daño se verifique en varias circunscripciones provinciales, se puede incoar la demanda ante cualquiera de los Presidentes de las Cortes provinciales de las provincias involucradas. Por su parte, para Cabanellas (2006, p. 211), la competencia de la jurisdicción es la "... Contienda suscitada entre dos jueces, tribunales o autoridades, respecto del conocimiento y decisión de un negocio judicial o administrativo...". En el caso expuesto, tomando en consideración que serían dos o más autoridades las competentes para resolver el litigio; se tomará como juez competente el que primero conozca de la causa, pues al avocar conocimiento con el auto respectivo, el hecho demandado ya se encuentra en conocimiento de una autoridad competente, por lo que excluye a los demás Presidentes de las Cortes Provinciales.

#### **4.2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL**

La ley de Gestión Ambiental establece en su Capítulo I, lo que el legislador ha denominado "de las Acciones Civiles", como un apartado del Título Vi "De la Protección de los derechos ambientales"; esto genera mayor oscuridad en el sentido de interpretar la norma. (Bedón, 2010, p. 69-70). La oscuridad a la que se refiere el, recae en el hecho de que el legislador se atreve a hablar de las acciones civiles, en una norma que regula la gestión ambiental, lo que ha

resultado demostrado es que para ejercer una acción civil netamente por un daño a través del ambiente, se debe recurrir a un juez de lo civil.

Por su parte, el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental (2004) propone

...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...

De la lectura de la primera parte del presente artículo se desprende que, evidentemente se le está otorgando legitimidad activa aun grupo que ha resultado directamente afectado por un acontecimiento ambiental. A esta acción, se la ha denominado “acción de grupo” lo cual puede definirse como aquella

... interpuesta por un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas y que ejerce exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnizaciones y perjuicios... (Bedón, 2011).

El carácter singular de la acción que habla el artículo 43 es que se sigue para una acción indemnizatoria por el daño, no una acción para resarcir al ambiente mediante la recomposición; en virtud de que el artículo habla de daños y perjuicios –entendiéndolos por particulares- que son de carácter civil.

Además la normativa marca una salvedad, que es la que se encuentra cuando se manifiesta que la acción podrá ser incoada ante el juez competente, pues no liga la competencia a un juez especial, por lo tanto la acción puede plantearse ante el juez de lo civil.

El motivo de encontrar esta disposición que regula específicamente temas ambientales, es que el legislador pretendió establecer que para que se inicie una acción de grupo por los daños a través del ambiente, las personas deben

mantener un vínculo: la afectación del daño. Por lo tanto la legitimación activa se verificará, toda vez que las personas aliadas para el planteamiento de la acción demuestren ser directamente afectadas por el daño.

Por su parte, se muestra un giro a la aseveración expuesta, toda vez que el segundo inciso del artículo *ibídem* establece:

...Sin perjuicio de las demás acciones legales que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de las 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... 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... (Ley de Gestión Ambiental, 2004).

Con estos mandatos, la Ley retorna a acoger de una acción popular o colectiva, entendida por esta a "...la emprendida por un conjunto de individuos que unifican sus esfuerzos o aspiraciones ante el medio o la sociedad como si constituyeran un solo organismo..." (Cabanellas, 2006, p 17). Como ya se mencionó anteriormente la acción popular se orienta a que varias personas organicen esfuerzos para plantear una acción que se oriente a la recomposición del ambiente por un daño ambiental. Las acciones populares son remedios procesales colectivos frente a agravios y perjuicios de los derechos públicos. (Bedón, 2010).

La norma es clara al hablar de un incentivo de carácter económico para quien haya planteado la acción ambiental, aunque no resulte directamente afectado por un daño a través del ambiente; pues sin perjuicio de la acción civil por el daño, el demandante recibirá el 10 % del costo de la reparación.

El incentivo económico del 10% se lo considera sin perjuicio de la indemnización que se pueda lograr por un daño directo al individuo por un daño

ambiental. El incentivo mencionado se otorga a la o las personas que incoan una acción por daño ambiental, en virtud de los costos procesales y extraprocesales que se puede incurrir en el ejercicio del derecho de la colectividad.

En este sentido, la Ley realiza una separación al mencionar que en caso de que no sea identificable la comunidad directamente afectada o de constituir esta la totalidad de la comunidad, el juez ordenará que la indemnización sea parte de los rubros que comprenda la recomposición. Esta afirmación resulta lógica, toda vez que si no es determinable el afectado directo, se tiene como causa de ello un afectado también directo que resulta el ambiente. Es por tal que, para que resulte resarcido el derecho se deba cubrir la indemnización con la recomposición, de este modo tanto la naturaleza como la comunidad afectada vea recompuesto el derecho afectado. La diferenciación consiste en que se reconoce una indemnización a la comunidad directamente afectada, resaltando para lograr ello se deberá seguir una acción civil por el daño a través del ambiente; en este sentido –como lo advierten varios juristas ecuatorianos- esta disposición podría haber marcado el camino para una acumulación de las dos acciones que marcan el daño a la naturaleza: daño ecológico puro y daño a través del ambiente.

En este punto, cabría también incluir en la redacción de la norma a un individuo que resulte afectado por un daño ambiental, en el sentido de que cuando se habla de que los afectados por el daño a través del ambiente constituyen una comunidad entera, se toma a dicha colectividad como un sujeto procesal que demanda en grupo. Es decir que los afectados comparecen a juicio como uno solo –a través de un procurador común- al igual que en el caso que el afectado resulte una sola persona. En el caso de la determinación de la responsabilidad por el daño a través del ambiente, no se hace una diferenciación entre la afectación a un solo individuo como a varios afectados.

La norma no marca taxativamente una acumulación de acciones, esto marca la problemática de los aspectos procesales para el daño a través del ambiente,

que por ser un daño civil, debe aplicarse la norma sustantiva y adjetiva de carácter civil.

La primera consideración a realizarse, es que la norma determina un procedimiento distinto para las acciones por daño ambiental, que es la vía verbal sumaria. La doctrina establece una distinción entre un juicio verbal y un juicio sumario. En este sentido, se dice que el juicio sumario es "... El de tramitación abreviada..." por su parte, el juicio verbal es "... El de trámite más sencillo dentro de los ordinarios; instruido y ventilado casi exclusivamente de palabra, aun cuando lo inicie el demandante con una papeleta en papel común..." (Ibídem). La fusión de ambos es precisamente el juicio verbal sumario que propone la legislatura ecuatoriana, pues este tipo de juicio constituye un procedimiento abreviado, en donde se toma en cuenta las alegaciones de palabra que se puedan exponer en las audiencias respectivas; se pretende que el trámite no sea tan largo y tedioso como lo es el juicio ordinario. Sin embargo, la tradición documental ecuatoriana, obliga a que el escrito presentado en el trámite tenga peso y mayor validez.

El trámite verbal sumario se encuentra legislado en el Código de Procedimiento Civil, toda vez que en su artículo 828 se dispone que seguirán dicha vía siempre que la ley disponga que se tramiten de dicha manera, lo cual resulta el caso de la Ley de Gestión Ambiental. (Código de Procedimiento Civil, 2005).

El trámite verbal sumario comienza con la respectiva demanda, una vez calificada por el juez se cita con el contenido de la misma al demandado; posteriormente en un plazo no menor de dos y no mayor de ocho días se convoca a las partes a una audiencia de conciliación, en la cual se da contestación a la demanda y su respectiva proposición de excepciones; en la misma audiencia el juez dispone que se abra la etapa a prueba por un término de seis días; una vez que concluya el termino probatorio el juez debe distar la sentencia respectiva en un término de cinco días. Por su parte este trámite solamente admite recurso de apelación de la providencia que niegue el trámite verbal sumario y de la sentencia respectiva. (Código de Procedimiento Civil, 2005).

La problemática surge de la lectura literal del inciso citado, ya que establece que las demandas por daño y perjuicios originados por una afectación al ambiente siguen el procedimiento descrito. Tomando en consideración que el daño ecológico puro no persigue una indemnización de daños y perjuicios, sino la recomposición al ambiente, podría decirse que la regla excluye a los daños al ambiente de la acción verbal sumaria. Pero, tomando en consideración que la disposición se encuentra en una norma que precautela los intereses ambientales, además que la redacción del artículo también deja a pensar que en el daño al ambiente se produce efectivamente un daño y perjuicio al ambiente, se puede colegir que el procedimiento sumario también aplica para la determinación de responsabilidades en el daño ecológico puro.

#### **4.3. PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA PARA DAÑOS A TRAVÉS DEL AMBIENTE**

Una vez que se ha argumentado en los capítulos anteriores que la responsabilidad objetiva implica una presunción de culpabilidad, toda vez que será el demandado quien deba probar la inexistencia del daño o que no existe un nexo causal entre actividad riesgosa o cosa peligrosa y el daño producido. Por su parte, es la misma norma constitucional que en su artículo 396 que establece "... La responsabilidad por daños ambientales es objetiva..." (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Es clara la disposición para el daño ecológico puro, por mismo mandato constitucional, pero al no definir la constitución al daño ambiental, o diferenciarlo del daño a través del ambiente, se vuelve oscura la norma al momento de aplicarla a este último.

La legislación argentina marca una aclaración, misma que no se presenta en la legislación ecuatoriana, ya que en su artículo 29 se verifica:

...El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva... El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción... La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es

independiente de la administrativa. Se presume iuris tantum la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas... (Ley General del Ambiente de la República de Argentina, 2002).

Iuris tantum es una voz latina que significa "Con valor mientras no se demuestre lo contrario. Que cabe prueba en contrario." (Diccionario Jurídico elemental, recuperado [http://www.navarra.es/home\\_es/Gobierno+de+Navarra/Organigrama/Los+departamentos/Presidencia+justicia+e+interior/Publicaciones/Publicaciones+propias/Justicia/Diccionario+juridico/I.htm](http://www.navarra.es/home_es/Gobierno+de+Navarra/Organigrama/Los+departamentos/Presidencia+justicia+e+interior/Publicaciones/Publicaciones+propias/Justicia/Diccionario+juridico/I.htm))

Como se evidencia, la legislación argentina primeramente realiza la delimitación de la aplicación de las normas de la Ley General del Ambiente, manifestando que solamente resultan aplicables dichas normas a los daños ambientales de incidencia colectiva –daño ecológico puro-, se sigue con el establecimiento de la responsabilidad objetiva para la restauración del medio ambiente, realizando una clara diferenciación de aplicación para la acción por daños al ambiente; finalmente se legisla diferenciadamente para la responsabilidad civil y penal, dejando muy en claro que es diferente a la acción de recomposición, por su parte se presume la responsabilidad del autor, una presunción que admite prueba en contrario; en este sentido el demandado deberá plantear y comprobar las excepciones ya expuestas de inexistencia del daño o nexo causal.

La restauración implica la mitigación, remediación y restauración, con lo que la naturaleza volvería a su estado anterior.

Volviendo al caso del Ecuador, la Constitución de la República protege al bien jurídico ambiente, como un interés colectivo, es por tal que a más de haber reconocido los derechos de la naturaleza, y haber establecido todo el sistema de conservación y protección ambiental, establece también la responsabilidad objetiva para daños ambientales.

Por su parte, la aplicación del factor de atribución de la responsabilidad objetivo para el daño a través del ambiente podría resultar poco clara. Si se analiza la integralidad de la disposición se tiene que: "... 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...". (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Se encuentra claro el hecho de que si se habla de indemnización a las personas y colectividades individuales, se entra al campo del daño civil por un suceso ambiental.

Por su parte, el precepto constitucional introduce la palabra "implicará", es decir que el daño al ambiente implica la obligación de indemnizar a los afectados individuales. Todo esto no resulta apartado de la realidad, toda vez que se ha hablado ya de que el requisito sine qua non para que exista un daño a través del ambiente es que de por medio haya un daño ecológico puro. En consecuencia el daño individual por daño ambiental es consecuencia de un daño al ambiente. Siendo el uno consecuencia del otro, se deben aplicar las mismas reglas del juego para la determinación de la responsabilidad del uno o del otro.

Si en el proceso de determinación de la responsabilidad de un daño a través del ambiente no se logra comprobar que existió previamente un daño ecológico puro, simplemente se trataría de un daño civil clásico, y su tratamiento debe ser como tal.

Por todo lo expuesto, vale decir que la misma norma constitucional determina la implicancia inmersa que existe del daño civil ambiental y del daño ambiental, por tales motivos la aplicación de la responsabilidad objetiva para el daño a través del ambiente es completamente válida.

La determinación de la responsabilidad por los daños a través del ambiente debe seguir el factor de atribución objetivo, todo ello abarca una serie de implicaciones de carácter procedimental.

En primer lugar se tiene que la inversión de la carga de la prueba –que la Constitución manda para las acciones ambientales- también se aplicaría para el daño a través del ambiente; en este sentido, el artículo 397 de la Carta Magna (2008) establece:

Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a... 1. Permitir a cualquier persona... ejercer las acciones legales... para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental... la carga de la prueba sobre la inexistencia del daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o demandado...

La disposición sobre la inversión de la carga de la prueba se otorga para garantizar el derecho vivir en un medio ambiente sano, este derecho en determinadas ocasiones puede ser de carácter netamente individual. Por ello, la inversión de la carga de la prueba se aplica también para una acción individual o civil.

El tema de la imprescriptibilidad es otro asunto que se presta para las más diversas interpretaciones. El artículo 396 de la Constitución establece "... Las acciones para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles...". (Ibídem). De la lectura objetiva de la norma, esta solamente habla de daños ambientales, mas no se daños a través del ambiente. Por lo que continúa la amplia discusión –tal como se previno en el capítulo anterior- de que si resulta aplicable para los daños a través del ambiente la imprescriptibilidad o la prescripción de 4 años que manda el Código Civil.

Lo importante es tener en claro que por la implicancia de la regla constitucional, se aplica la responsabilidad objetiva para los daños a través del ambiente. Esta afirmación resulta fácticamente importante, ya que se ha hablado de la dificultad de la prueba en materia ambiental, a más de que los individuos no deben asumir un riesgo por el provecho ajeno; y todos los fundamentos de la aplicación de la responsabilidad objetiva; en este sentido mal se haría en aplicar solamente para un tipo de daño ambiental la responsabilidad objetiva,

pues se menoscabaría el derecho individual afectado que resulta violado por un detrimento al ambiente.

#### **4.4. PROBLEMÁTICA DE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN MATERIA AMBIENTAL**

Desarrollado el análisis de los artículos de la Ley de Gestión Ambiental que establecen los procedimientos para las respectivas acciones ambientales, es pertinente analizar la problemática de una acumulación de acciones en materia de daño ecológico puro y el daño a través del ambiente.

La acumulación de acciones es definida por el jurista Guillermo Cabanellas (2006, p. 23) como "... Tramitación conjunta... La facultad que tiene el actor para ejercitar en una misma demanda todas las acciones que contra el demandado tenga a su favor, aunque procedan de diferentes títulos..." Por su parte la acumulación de autos se considera como "... La reunión de varios pleitos en uno solo, o de varias causas en una sola, con el objeto de que continúen y se decidan en un solo juicio...". (Ibídem). Como se ha observado, el fondo del asunto es que varias reclamaciones judiciales se tramiten conjuntamente, esto en aplicación del principio de economía procesal y para que no se dicten fallos contradictorios. Como se ha observado el jurista, propone a la acumulación de acciones como una facultad del actor, evidentemente puede ser de dicha manera, pero siempre que sea posible o que la Ley así lo permita o disponga.

En la legislación ecuatoriana, el tema se encuentra normado en el artículo 71 y 72 del Código de Procedimiento Civil (2005), que mandan:

Art. 71.- Se puede proponer, en una misma demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles, ni que requieren necesariamente diversa sustanciación; a menos que en este último caso, el actor pida que todas se sustancien por vía ordinaria... Art. 72.- No podrán demandar en un mismo libelo dos o más personas cuando sus derechos o acciones sean diversos o tengan diverso origen... Tampoco

podrán ser demandadas en un mismo libelo dos o más personas por actos... diversos o que tanguen diversa causa...

En el tema del daño al ambiente, se ha dicho que la acción correspondiente para pretender la recomposición de la naturaleza, es efectivamente, la acción por daño ambiental que se propone ante el Presidente de la Corte Provincial del lugar donde aconteció el hecho dañoso, y que la vía de sustanciación es la verbal sumaria. Por otro lado se ha argumentado también, que para la reclamación de una indemnización por daño, cuyo hecho generador sea un acontecimiento ambiental, la acción pertinente es la ordinaria y ante un juez de lo civil. Por tales motivos nos encontramos ante dos tipos de juicio de sustanciación distintos, ante lo cual la solución a *prima facie* sería que se propongan la acción ambiental y la acción civil en una sola demanda con sustanciación ordinaria.

Por su parte las normas de aplicación de la acumulación de autos, se encuentran contenidas en el artículo 108 del Código del Código de Procedimiento Civil, en este sentido, la acumulación tienen lugar ante el pedido de una de las partes que se encuentre legal y debidamente legitimada en el proceso. Las reglas de acumulación de autos siguen el siguiente orden: 1) Cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los procesos pudiere ocasionar la excepción de cosa juzgada en el otro. 2) Cuando se halla en conocimiento de la autoridad un pleito pendiente sobre el mismo objeto. 3) Cuando haya un juicio de concurso. 4) Cuando por seguirse dos juicios diferentes se dividiría la causa en sí. (Ibídem).

Las normas que rigen la acumulación de autos podrían aplicarse para argumentar una acumulación de la acción civil ambiental y la meramente ambiental. El caso de la primera regla, no podría aplicarse en el sentido de que una sentencia en materia de daño ecológico puro o daño civil a través del ambiente no podría utilizarse como excepción perentoria de cosa juzgada, por la naturaleza misma de las pretensiones en ambos casos. La segunda norma, podría dar luz verde a la acumulación, por la naturaleza de la acción ambiental podría durar mucho tiempo en litigio, pero nuevamente se encuentra ante la

problemática de la diversidad de pretensiones. La tercera norma no procede al no tratarse de un juicio de concurso. Finalmente, la cuarta norma, dificulta aún más el problema pues se refiere a la división de la causa y, el fin del derecho ambiental es separar las pretensiones para que el derecho vulnerado se vea resarcido y no confundir a la acción civil de la ambiental.

Pero cualquier aspiración a una acumulación se esfuma al dar lectura al artículo 110 *ibídem*, que manda "... No se decretará la acumulación... en el juicio ejecutivo y los demás juicios sumarios..." (*Ibídem*).

Ante ello el profesor René Bedón ha dicho:

... Un análisis de estas dos normas antes citadas nos lleva a la conclusión de carácter procesal y ambiental de que no se pueden acumular pretensiones en esta vía... si la intención del legislador fuese la de permitir que se demande el daño civil ambiental es decir el provocado a los particulares, junto al daño puro o per se, debería optarse por hacer una exclusión específica al artículo 110... o determinar la vía ordinaria para este tipo de juicios... (Bedón, 2011).

Por lo expuesto, la solución de la litis consorcio activa que propone el artículo 72 *ibídem* es que es posible la acumulación cuando los sucesos materia de la litis tengan el mismo origen, por su parte, los daños ecológicos puros y el daño a través del ambiente tienen el mismo origen: un suceso ambiental. De nuevo la problemática surge en tanto y en cuanto la primera exige la recomposición y la segunda la indemnización. Por tal motivo, es recomendable mantener dos autoridades para resolver los casos expuestos, pues cada accionante podrá referirse y centrarse en cada una de sus pretensiones.

#### **4.5. DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR DAÑO AMBIENTAL**

Una vez que se ha expuesto primeramente el sistema de protección a la naturaleza y prevención del daño ambiental, posteriormente las implicancias del daño ecológico puro y daño a través del ambiente y el factor de atribución

que determina su responsabilidad, cabe delimitar dicho factor, que se ha dicho ya que es la responsabilidad objetiva.

El punto de partida es la norma general contenida en la Constitución de la República del Ecuador (2008) al decir taxativamente "... La responsabilidad por daños ambientales es objetiva...". El avance en materia de la determinación de la responsabilidad resulta muy importante, pero el ámbito de aplicación se vuelve oscuro toda vez que no existe una evolución legislativa al paso de la norma suprema.

Es menester que cualquier cambio en la norma constitucional, implique una actualización legislativa, la promulgación de una nueva ley o código que regule la gestión ambiental en el Ecuador urge para la aplicación del sistema de conservación y de atribución de la responsabilidad. La Carta Magna se ha mostrado en evidencia al respecto de la protección evolucionada del medio ambiente, pero ante una falta de norma adjetiva o de aplicación, se vuelve imposible la aplicación directa y efectiva de los principios ambientales.

En este sentido, se ha creído indispensable extender la sábana hasta donde más se pueda para lograr una aplicabilidad de las normas supremas con los procedimientos legales aún vigentes.

La delimitación es definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como la acción de delimitar, entendiéndose por ella la determinación o fijación de los límites de algo., es decir fijar la extensión que puede tener la autoridad o derechos de alguien. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española).

Con delimitar los alcances de una norma, lo que se pretende es establecer el campo de acción de la misma, las circunstancias en las que debe actuar la norma, y las eximentes de la aplicación de la misma. En el caso específico de la aplicación de la responsabilidad objetiva por daño ambiental, al hablar de delimitación, se refiere a la determinación exacta del alcance de dicho factor de atribución, a los principios civiles y procesales que resultan aplicables en esta clase de procesos, además de la exanimación de las posibles circunstancias

eximentes de la aplicación de la responsabilidad objetiva para el daño ambiental. En este sentido, se estudiará el campo de acción en la disposición constitucional.

La aplicación de la responsabilidad objetiva en algún tipo de daños constituye el revestimiento del derecho en cuanto a la concepción clásica de la aplicación del dolo o culpa se refiere. En estricto sentido, se tomado en consideración que la responsabilidad objetiva parte desde una presunción de culpabilidad –con lo que el imputado debe comprobar que no existe nexo causal entre actividad y resultado-, la aplicación de dicho factor deviene en un perjuicio a al principio de la presunción de inocencia, que en la Constitución de la República del Ecuador se encuentra concebido como un derecho de protección, toda vez que en su artículo 76, numeral 2 se ha manifestado “... se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En este sentido, para romper con el derecho descrito, la aplicación de la responsabilidad objetiva no sería factible de no encontrarse en una norma estrictamente legal, de preferencia de rango constitucional, tal como se ha establecido para el caso de los daños ambientales.

En consecuencia, el primer límite que se debe considerar para la aplicación de la responsabilidad objetiva en general, es que la aplicación de ella es posible, solamente cuando la Constitución o una norma legal lo prevean de esa manera, solamente para los casos a que dicha disposición así lo determine. Como ya se ha advertido anteriormente, en la norma que determine la responsabilidad objetiva o en sus reglas de aplicación deberían constar las causales eximentes de la misma.

Por otro lado, el jurista Diego Papayannis (2011) al realizar su estudio sobre los límites de la responsabilidad objetiva, tomando como punto de partida las publicaciones del profesor Tamayo Jaramillo, ha establecido varias limitaciones

a la responsabilidad objetiva de manera general, pero que pueden ser aplicadas para el caso de los daños ambientales.

Por su parte, se argumenta que el sistema de responsabilidad ha dejado de establecer una indemnización como una sanción, y se ha preocupado de mayor forma del daño injustamente sufrido que del daño injustamente causado.

La aplicación de la responsabilidad objetiva puede traer consecuencias de carácter económico, al punto de que una vez que se determine este tipo de responsabilidad, los involucrados empezarán a tomar todas las medidas preventivas o precautorias sobre los cuales han de evitarse el daño; sin embargo, hasta el punto en que los gestores de la actividad puedan invertir en la toma de medidas, es hasta un monto leve menor que el costo de un potencial daño. En este sentido, la aplicación de la responsabilidad objetiva impulsa a la aplicación del principio preventivo y precautorio en materia ambiental. (Papayannis, 2011)

En este sentido, la determinación de la responsabilidad objetiva para los daños ambientales es una motivación para el cumplimiento de de todo el sistema de conservación y prevención de daño ambientales, tomando en consideración que el fin último del derecho ambiental no es sancionar el daño ambiental, sino es que no existan daños ambientales.

#### **4.6 APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA PARA EL DAÑO AMBIENTAL**

Una vez visto, que la delimitación que propone el presente trabajo de investigación es la determinación del ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva para los daños ambientales, tal como se encuentra concebida en el artículo 396 de la Constitución del Ecuador, cabe decir que la aplicación de la misma es para los daños ecológicos puros y los daños a través del ambiente.

Por su parte se ha dicho también que la aplicación de dicho factor de responsabilidad para los daños ecológicos puros, se determinará según lo que para cada legislación se entienda por ambiente.

El daño ambiental en ciertas circunstancias podría implicar el ambiente urbano, en otros casos solamente el ambiente natural, además de ello, el daño al paisaje o el daño al patrimonio cultural.

El ambiente urbano se refiere a todos los factores que constituyen el ambiente, dentro de una urbe o asentamiento humano, como fuera de él. En contraste con el ambiente natural, que solamente se refiere a los factores bióticos o abióticos que se encuentran en estado natural, y donde no se encuentran los asentamientos humanos de carácter urbano.

El daño al paisaje se considera una expresión abreviada de lo que se ha conocido como “valor paisajístico”, que involucra al paisaje como parte del medio ambiente, pero pone acento en los elementos naturales como los árboles, ríos, lagos, lagunas y demás accidentes naturales, se trata de conservar la belleza y armonía de los elementos que componen el paisaje. Por su parte el patrimonio cultural se encuentra compuesto por los valores históricos, arqueológicos, paleontológicos científicos y ecológicos; es decir de los “accidentes seminaturales y las construcciones, puentes, diques, edificios, entre otros. (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo II, 1999, p. 83-84).

En cuanto al tema del daño a través del ambiente este dependerá de la afectación producida. Puede recaer en el patrimonio o bienes de una persona, como en su integridad física o moral, por lo tanto la responsabilidad objetiva se remitirá a probar el daño y el nexo causal, sobre lo que la víctima argumente que ha resultado personalmente afectada.

La responsabilidad objetiva se aplicará siempre que el demandante argumente que hubo una afectación ambiental, en realidad esta sería la delimitación de mayor importancia. Lo expuesto, no obstruye que existan factores eximentes de la responsabilidad que puedan servir como excepciones favorables al

imputado, no por la inaplicación de la responsabilidad objetiva por daño ambiental, sino porque las circunstancias eximentes rompen el nexo causal que es uno de los presupuestos para la determinación de la responsabilidad objetiva por el daño ambiental.

#### **4.7. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD EN APLICACIÓN DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN OBJETIVO**

En todo tipo de sistema tendiente a la determinación de la responsabilidad por daño, debe existir alguna circunstancia que sirva como factor excluyente de la responsabilidad del imputado, pues de ser de otra manera, una vez suscitado el menoscabo se debería proceder al pago de la indemnización sin posibilidad de exigir un proceso judicial. La presunción que genera el daño ambiental por la aplicación de la responsabilidad objetiva, no es una presunción de derecho, es decir admite prueba en contrario.

El artículo 1113 del Código Civil de la República de Argentina (2002) establece una limitación a la aplicación de la responsabilidad por riesgo causado, y manifiesta

...En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder...

En primer lugar la disposición citada realiza una diferenciación entre la actividad riesgosa y cosa peligrosa. En segundo lugar, la norma expresa claramente cuáles son las dos circunstancias en las que no debe responder el gestor de la actividad riesgosa o el poseedor de cosa peligrosa: culpa de la víctima o culpa de un tercero.

En realidad la norma expresa riesgo y vicio de la cosa, no manifiesta taxativamente que sea una cosa peligrosa, pues el vicio puede considerarse

como una alteración que no permite el normal funcionamiento de la cosa, pero por su parte, el juez puede tomar el artículo como base para aplicarla hacia las cosas peligrosas, en vista de que también se habla de riesgo en general.

La citada norma también plantea una excepción que puede ser tomada en cuenta al hablar exclusivamente de la cosa peligrosa, ya que en su inciso final establece "... Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.". (Ibídem). En este sentido, tampoco será responsable el tenedor de una cosa peligrosa, si esta hubiese sido utilizada por un tercero en contra de su voluntad.

Por su parte, ya en materia netamente ambiental, la Ley General del Ambiente de la República Argentina (2002) establece también las circunstancias eximentes de la responsabilidad al disponer

... La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe de responder...

Por lo expuesto, todos los factores eximentes de la responsabilidad, se encuentran ligados al accionar de un tercero, cabe notar que las legislaciones expuestas hablan de culpa de un tercero, es decir "... cualquier falta, voluntaria o no, de una persona que produce un mal o daño; en cuyo caso culpa equivale a causa...". (Cabanellas, p. 103, 2006).

Como se observa en la norma ambiental internacional, la exoneración de la responsabilidad para el gestor de la actividad implica que este haya cumplido con todas las medidas para evitar el daño, esto en estricto cumplimiento con el principio preventivo y el precautorio, una vez que se haya verificado el cumplimiento de dichos principios, se puede alegar la falta de responsabilidad por el accionar culposo de un tercero.

#### 4.7.1 ACCIÓN DE LA VÍCTIMA

Una de las circunstancias eximentes de la responsabilidad consiste en la acción imprudente de la víctima, es decir de quien sufre el daño. Este es un caso en que el daño no ha sido producido por el presunto agente, pero en este caso el causante del daño no es anónimo sino que es identificable, a más de ello el hecho que produjo el daño recae sobre la propia víctima (Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo I, 1999, p. 233)

Uno de las problemáticas que plantea esta eximente es justamente el límite de aplicación. No se sabe a ciencia cierta si la víctima ha debido actuar con culpa o negligencia. En el caso de que haya actuado con dolo o para beneficiarse con una indemnización, el tema es claro, pues en ese caso el gestor de la actividad no deberá responder. Por ejemplo, si para su propio beneficio económico que podría significar una indemnización por daño ambiental, una persona provoca el derrame de una sustancia peligrosa en su propiedad, mal podría atribuirse la responsabilidad al dueño de dichas sustancias. Esto va estrechamente relacionado con el principio que dice “nadie puede beneficiarse de su propio dolo”.

El jurista Trazegnies (1999), advierte que el accionar de la víctima se encuentra ligada estrechamente a su imprudencia, más allá que su negligencia. Parecería que la negligencia es algo más pasivo que la imprudencia: está vinculada con una omisión, con un descuido. Muchas de las veces las personas tienen contacto con las cosas peligrosas o con las actividades riesgosas, y su falta de conocimiento técnicos y la imprudente manipulación de estos podrían ocasionar un daño ambiental, ante el cual el gestor de la actividad no debería responder.

El caso de la imprudencia, no es del todo claro, toda vez que ya en un proceso por daño ambiental el juez no determinaría la responsabilidad y la condena de restaurar al ambiente a una sola persona, ya que como se ha hablado, las costas de la restauración son muy altas, incluso para las mismas empresas. Caso distinto es en el tema del daño a través del ambiente, pues en caso de

determinarse la culpabilidad de la propia víctima, se rompe el nexo causal y el imputado se libera de la responsabilidad de la indemnización, ente lo cual el demandante pierda el derecho indemnizatorio, sin perjuicio de las demás sanciones en las que pueda incurrir por esta práctica.

En el estudio del daño ambiental de Jorge Mosset Iturraspe, se estudia esta causal de exoneración de la responsabilidad desde la óptica del derecho anglosajón. En un principio, dicho sistema jurídico especificaba que cualquier culpa de la víctima, por insignificante que sea, libera al responsable. Posteriormente, se tomó el concepto de “contribución” de la víctima al daño, ante la cual la culpa no se elimina sino solamente se reduce. En este sentido, se aplica también la base que si no hay culpa de la víctima, no hay eximente de responsabilidad, y se elimina la posibilidad de presumir o aludir que la víctima haya aceptado el riesgo ambiental. (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo II, 1999, págs. 116-120)

La aseveración expuesta por el jurista tiene lógica en cuanto se el hecho es de entera responsabilidad de la víctima, pues es una efectiva eximente de la responsabilidad. Si existe concurrencia de causalidades, y entre ellas está el accionar del perjudicado la responsabilidad se disminuye. Por otro lado la presunción de aceptación del riesgo, no exime de responsabilidad, pues el riesgo es introducido por el agente para su propio beneficio.

#### **4.7.2 ACCIÓN DE UN TERCERO**

Este factor eximente de responsabilidad cuenta con una diferenciación con respecto del anterior, y es que en este caso no interviene la víctima, tampoco el gestor de la actividad, sino un tercero. En este caso existe una identidad de quien produjo el daño, por tal motivo surge la premisa de que la actividad no causa el daño sino el hecho de un tercero. (Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo I, 1999, p. 223)

Para que el hecho de un tercero rompa el nexo causal entre actividad riesgosa y daño, este debe ser determinante, es decir que efectivamente ese accionar haya causado el daño.

Por su parte,

... El carácter extraordinario del hecho está constituido por tratarse de una causa extraña al sujeto que pretende liberarse con esta defensa... ese hecho de tercero, para que tenga un efecto extraordinario, tiene que revestir también las características de imprevisibilidad e irresistibilidad... (Ibídem, p. 324).

En este sentido, la acción injusta de un tercero es un eximente de la responsabilidad, pues se demuestra que la actividad directamente no ha causado el efecto nocivo al medio ambiente, en este caso la responsabilidad recaería en el accionante.

Pensemos en un ejemplo práctico, es conocido que uno de los elementos para la elaboración de clorohidrato de cocaína puede ser la gasolina blanca; si para la elaboración de dicha sustancia nociva para la salud, se sustrae ilícitamente dicho componente de una reserva privada, y en el proceso de sustracción se derrama dicho elemento y se contamina un río; es claro y notorio que el dueño de dicho producto no tendría la responsabilidad sobre el daño, toda vez que su actividad o su producto peligroso directamente no causó el daño, sino la actividad de un tercero, que ilícitamente sustrajo el producto.

Como se ha demostrado, la actividad o hecho de un tercero si podría utilizarse como una excepción de tipo perentorio para eximir de una responsabilidad por daño al ambiente o daño a través del ambiente.

Como se ha observado, en el caso expuesto el nexo causal queda interrumpido temporalmente por la acción de un tercero. Por su parte, Tomas Hutchinson argumenta que no se interrumpe el vínculo de causalidad "... que relaciona el daño con el hecho de un tercero que ha usado la cosa contra la voluntad de aquella. Si la cosa o actividad riesgosa no hubieran existido, el daño no se habría producido, y el tercero no habría podido provocarlo aunque hubiera querido..." (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo II, 1999, p. 108)

### 4.7.3 CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

El artículo 30 del Código Civil Ecuatoriano (2005) define “Se llama caso fortuito o fuerza mayor, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Como se ha visto, la norma no distingue una diferenciación entre ambos conceptos. Sin embargo se dirá que en el caso fortuito no interviene la obra del hombre, puede ser un acontecimiento meramente natural, mientras que la fuerza mayor si interviene el obrar humano, sin embargo se tratan de circunstancias imprevistas que no se pueden prever a futuro.

Estos casos constituyen a *prima facie*, uno de los eximentes que interrumpen la relación de causalidad, por lo que alegar un hecho de esta naturaleza, si exime de la responsabilidad por daño producido.

Mosset Iturraspe, argumenta que al tratarse de un hecho de otro, no imputable al agente, y que han desencadenado en el daño ambiental, podría emir de una responsabilidad medioambiental (Mosset Iturraspe, Hutchinson, & Donna, Daño Ambiental, Tomo II, 1999, p. 115)

Sobre ello, se han planteado ciertas dudas, en el sentido de que el derecho ambiental otorga al ambiente una protección especial, única que prevé el daño y trata de evitarlo a toda costa. Por lo tanto dentro de los límites de la responsabilidad objetiva, no se puede afirmar a ciencia cierta que el caso fortuito o fuerza mayor pueda servir de eximente del daño ambiental.

La naturaleza ve afectado su derecho y la colectividad también puede ver afectado su derecho al goce de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado cuando sucede un detrimento al ambiente, sea cual sea la causalidad, por lo tanto alguien debe responder ante una eventualidad.

Específicamente el derecho a la conservación contenido en la Carta Suprema del Ecuador.

Se ha manifestado en los dos casos anteriores, que constituyen un eximente de la responsabilidad porque la acción no recae en el agente, sino en una persona particular e identificable. En el caso fortuito y fuerza mayor, el causante del daño no es identificado, especialmente si se trata de un hecho producto de la propia naturaleza. Ante ello, el resarcimiento del derecho, es decir la recomposición o la restauración, debe recaer ante alguien, ya que se ha producido un daño injusto. No podría recaer dicha responsabilidad en el Estado, en vista de que se ha producido el daño por una cosa peligrosa o una acción riesgosa, que mantiene un poseedor o gestor, que ha introducido un riesgo a la naturaleza y que debe responder por él. (Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo II, 2000).

La teoría del riesgo provecho es clara al manifestar que quien introduce un riesgo, es el que está dispuesto a correrlo, por lo tanto responde de las consecuencias negativas del mismo. Cabe mencionar que, de no haber introducido tal riesgo no se hubiese producido el daño, por lo tanto el nexo causal no se rompe por un hecho fortuito.

Para concluir con el presente tema, cabe destacar que en las normas argentinas del Código Civil y la Ley General del Ambiente no se menciona al caso fortuito y fuerza mayor como eximentes de una responsabilidad cuando se aplica el criterio objetivo, ya que las normas entienden que no existe tal ruptura del nexo de causalidad, sino que se debe responder ya que existe el daño y la actividad o cosa peligrosa constituye un elemento determinante para tal menoscabo.

#### **4.7.4 OTROS POTENCIALES FACTORES EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD**

El derecho se encuentra en constante evolución, esta es una cierta premisa que se demuestra con el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, pues la norma se adecua a la sociedad según la evolución del pensamiento.

El jurista Santiago Cavanillas Múgica propone varias circunstancias para eximir de la responsabilidad al gestor de la actividad riesgosa.

En este sentido, ha dicho el jurista que los llamados “riesgos del desarrollo” constituyen una causa de exoneración de la responsabilidad, tomando el ejemplo de la Ley de Responsabilidad Medio Ambiental del Reino de España, que dispone que el imputado puede descargar de responsabilidad si prueba que “... el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión, o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o de utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento...” (Cavanillas Múgica, 2012 , p. 449)

Por lo expuesto, se entiende a dicha norma como la protección a un riesgo del desarrollo. En un país industrializado, que entiende que el desarrollo es la parte fundamental para el contenido de los pueblos, acepta un riesgo al permitir una actividad peligrosa en aras del desarrollo. El incentivo a los emprendimientos y las investigaciones es el fundamento para no proponer un freno, que desestime dichas actividades, que en este caso sería la aplicación de la responsabilidad objetiva para el daño ambiental. En este sentido, ante una legislatura tan estricta en materia ambiental como la ecuatoriana, podría proponerse esta causal no como una eximente total a la responsabilidad, sino como una atenuación de la condena por tal, siempre que el medio ambiente vea resarcido del perjuicio.

El jurista mencionado, también propone como una causal de exoneración o de atenuación, la asunción de riesgos por parte de la víctima (ibídem). Por su parte, para delimitar lo dicho, surge como primer problema, el conocer cuando la víctima ha aceptado correr un riesgo, pues los mecanismos contractuales no han desarrollado este concepto. Una solución propia para esta problemática constituye el consentimiento previo informado que dispone la consulta y el consentimiento de la comunidad en donde se desarrollará una actividad riesgosa y potencialmente nociva para el medio ambiente.

Para finalizar con el presente tema, cabe destacar que en vista de que no es posible dejar de recomponer al medio ambiente, o indemnizar a quien ha sufrido un daño injusto, es el Estado subsidiariamente responsable por tal

situación. Con esto no se pretende manifestar que el Estado es el responsable directo por el daño, sino es el llamado a recomponer e indemnizar por el detrimento, siempre que se verifiquen cualquiera de los factores eximentes de la responsabilidad o que no se haya podido determinar dicha responsabilidad.

De hecho, por las disposiciones constitucionales, el Estado es el primer llamado a aplicar los principio preventivo y precautorio, y de mediar ya un daño, es el primer llamado a las labores de mitigación, remediación y restauración del daño ambiental.

## CONCLUSIONES

El medio ambiente es todo lo que rodea los individuos que forman parte de la naturaleza. El ser humano es uno de los partícipes más importantes del medio, ya que influye –no siempre positivamente- en el medio ambiente y su evolución y desarrollo propenden al desgaste de los recursos, la contaminación y el daño ambiental. En tal virtud se proponen las siguientes conclusiones:

1. El medio ambiente debe entenderse en un sentido holístico, en tanto y en cuanto tal concepto abarca la suma de las partes que lo componen, y cada una de ellas cumple su función. En materia de derecho ambiental ha sido motivo de discusión definir al ambiente: por un lado se verifica la doctrina que habla del medio ambiente como un todo, y reconoce al hábitat actual del ser humano como parte de dicho concepto. Por otro lado, se tiene que una definición adecuada de ambiente abarca solamente al ambiente natural, es decir a la naturaleza en su estado puro. En definitiva, la legislación debe preocuparse por establecer una definición clara de ambiente, esto para delimitar el campo de acción del derecho ambiental y determinar en qué momento las políticas y normas ambientales actúan con respecto a la prevención y determinación de la responsabilidad por daño ambiental.
2. Por su parte, el derecho ambiental mantiene claramente dos campos de acción: el de prevención y el de la determinación de las consecuencias jurídicas por daño ambiental.
  - 2.1. Con respecto al carácter preventivo del derecho ambiental. La Constitución de la República del Ecuador propone una visión de protección a la naturaleza, elevándola al punto de considerarla como sujeto de derechos. El pilar del reconocimiento, se centra en la teoría ecocéntrica, que propone que la conservación ambiental debe darse toda vez que la naturaleza es el espacio en dónde nace y se desarrolla la vida y, requiere de una protección especial; en este punto es el

medio ambiente por sí mismo, el centro de las preocupaciones sobre la conservación ambiental.

2.2. Sobre el argumento expuesto, cabe destacar que en el artículo 10 de la Carta Magna se establece que la naturaleza será sujeto solamente de aquellos derechos que la misma Constitución le atribuya. Por lo tanto, es amplia aún la discusión sobre cuáles son los derechos efectivamente consagrados, al respecto se ha argumentado a *prima facie* el reconocimiento de dos derechos: el de conservación y restauración. El derecho de conservación implica deber del ser humano a que se respete integralmente la existencia del la naturaleza, en los términos del artículo 71 de la Carta Magna. El derecho a la restauración, que se encuentra contenido en el artículo 72 *ibídem*, se desenvuelve en el momento en que haya acontecido un suceso ambientalmente negativo, e impone el deber de volver al ecosistema dañado al estado anterior al daño.

2.3. El aspecto preventivo del derecho ambiental se fundamenta también en los principios ambientales, que para efectos de la presente investigación, constituyen aplicables:

2.3.1. Principio de desarrollo sustentable: este principio, contenido en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, se basa en la teoría antropocéntrica, en donde el centro de las preocupaciones ambientales se funda en la preocupación por la supervivencia del hombre y el desarrollo de este. De este modo, el desarrollo sustentable propende a que el hombre tiene derecho a satisfacer sus necesidades y alcanzar su desarrollo, observando siempre el cuidado ambiental, para que las generaciones futuras puedan tener la misma posibilidad de desarrollo. En conclusión el cuidado ambiental se da por la preocupación hacia el ser humano.

- 2.3.2. Principio preventivo: el hecho de impedir a toda costa que suceda un impacto ambiental, y tomar todas las medidas para tratar de disminuir los efectos negativos hacia el ambiente por la realización de una actividad, es la base de dicho principio. En este punto, se ha vuelto evidente el carácter preventivo del derecho ambiental, ya que se debe evitar a toda costa la contaminación, por lo que el deber de restauración pasa a un segundo plano. En virtud del principio preventivo, una persona que desarrollará una actividad que tenga como efectos secundarios el deterioro ambiental, tiene el deber de atenuar las consecuencias nocivas, y evitar a toda costa un daño ambiental.
- 2.3.3. Principio precautorio: en el estudio de este principio se debe tomar en cuenta el factor de la incertidumbre científica. En aspecto precautorio, se deben adoptar todas las medidas para la evitación de un menoscabo significativo al medio ambiente, aunque no exista la certeza según la ciencia, de que alguna actividad pueda tener consecuencias negativas para el medio ambiente.
- 2.3.4. Principio “contamina paga”: El principio de contamina paga debe observarse desde dos ópticas, en un primer momento se habla de la internalización de costas ambientales y también desde el principio de responsabilidad. La internalización de costas ambientales, propone que las autoridades de las naciones establezcan un mecanismo para que los gestores de la actividad deben incluir en sus presupuestos las costas para hacer efectivo el control y prevención de la contaminación, además de la provisión económica para afrontar un posible daño al ambiente. El principio de responsabilidad, por su parte entra en acción cuando acontece el daño, e impone la obligación a quien produjo el daño, de asumir con él hasta llegar a la restauración del ecosistema dañado.

- 2.4. Los principios constituyen la base de la norma legal, apoyan en el correcto entendimiento de la ley. Es por tal que el estudio de los principios ambientales aplicables es necesario para comprender el campo de acción de las políticas y el alcance de las disposiciones legales ambientales.
3. En la segunda parte del proyecto, se traslada el estudio hacia la parte del derecho ambiental que determina las responsabilidades y las consecuencias jurídicas por un daño ambiental; entendido por tal a la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente.
    - 3.1. En este punto, cabe realizar la diferenciación de daño ecológico puro y el daño a través del ambiente. El primero se orienta a que el bien jurídico protegido afectado con el daño es el propio medio ambiente, lo cual involucra a todas las personas, pueblos y comunidades. El daño al ambiente, es precisamente el deterioro a todo ese conjunto de organismos y ecosistemas llamado naturaleza.
    - 3.2. En materia constitucional ecuatoriana ha podido definir el bien jurídico ambiente como el valor que busca proteger los derechos de la naturaleza y extender la protección por tal reconocimiento y en defensa de dichos derechos, no por la defensa de los derechos individuales del ser humano.
    - 3.3 Sobre ello, la Constitución ha propuesto una serie de consecuencias jurídicas para que el bien jurídico ambiente se vea resarcido cuando suceda un daño. La aplicación de la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba, proponen que el gestor de una actividad ambientalmente peligrosa, asuma las consecuencias del daño, con la presunción de la responsabilidad, siempre que dicha actividad haya provocado el daño. En este sentido, el que promueve la actividad deberá probar que no ha existido tal daño, o romper el nexo de causalidad, probando que el daño no es consecuencia directa de su

actividad, para que sea eximido de la responsabilidad por daño ambiental. Otra de las imposiciones que trae la Constitución para los daños ambientales, es que la acción para perseguir el daño al ambiente es imprescriptible. Este tipo de daño trae como consecuencia el deber de recomponer al medio ambiente, es decir dejarlo en estado anterior al acontecimiento dañoso.

- 3.4. En cuanto al daño a través del ambiente, este es resultado mediato del daño ecológico puro. En este caso la afectación se da a los derechos subjetivos individuales de las personas –también a los derechos particulares de las colectividades, siempre que no impliquen un problema de salud pública- en donde el patrimonio, la salud individual o daño moral pueden verse afectados por un daño ambiental. El bien jurídico afectado por esta circunstancia dependerá de la naturaleza misma del daño. El daño a través del ambiente genera la obligación de indemnizar a las víctimas que han padecido del menoscabo a sus derechos.
- 3.5. Una vez realizada esta importantísima diferenciación, se pasa a estudiar la responsabilidad objetiva, que encuentra su fundamento en la teoría del riesgo provecho. Se propone que la persona que introduce un riesgo a la sociedad, sea por una actividad riesgosa o una cosa peligrosa, debe responder por los daños que ellos causen.

La norma constitucional es clara al establecer que la responsabilidad por daño al ambiente es objetiva. Sin embargo, se ha demostrado que el avance legislativo no sigue el ritmo del avance constitucional, toda vez que no existe en la legislación ambiental nacional una delimitación a este factor de atribución. Es la norma de carácter legal, la que tiene establecer el campo de acción y los límites de las disposiciones constitucionales, esto en el Ecuador no sucede.

- 3.6. La norma constitucional no es clara al establecer la aplicación de la responsabilidad objetiva para el daño a través del ambiente, pero al analizar las palabras utilizadas por el legislador en la redacción de la disposición, se desprende que el daño a través del ambiente implica un daño ecológico puro, por lo que las disposiciones se aplican para ambos casos. De ello se colige que la responsabilidad objetiva se aplica también para el daño a través del ambiente. La aplicación de la dicho factor de atribución para este tipo de daño ambiental implica la inversión de la carga de la prueba, que constituye otras de las prerrogativas que goza la víctima del daño; esto se da básicamente por la dificultad de la prueba en materia ambiental y por los elevados costos que constituyen los estudios científicos para dimensionar el daño.
- 3.7. Con respecto de la prescripción del daño a través del ambiente, se da una enorme discusión acerca si resulta aplicable la imprescriptibilidad, o la prescripción que común que otorga el Código Civil para este tipo de acciones, que es de cuatro años de conformidad con el artículo 2235 del mencionado cuerpo legal. De lo analizado, se colige debe existir una norma legal o un pronunciamiento jurisprudencial que fije el camino de la prescripción de la acción por el daño a través del ambiente, toda vez que de la redacción de los artículos constitucionales se deja abierto el camino para la aplicación o no de la imprescriptibilidad. Dejando en claro que el camino para la aplicación de la imprescriptibilidad las acciones por daño ecológico puro es completamente viable por mandato constitucional.
4. Por todo lo expuesto, la primera y más importante delimitación de la responsabilidad objetiva para el daño ambiental es que efectivamente, esta se aplica tanto para el daño ecológico puro, como para el daño a través del ambiente. Sobre ello, siempre que exista un daño al medio ambiente o a un derecho subjetivo de una persona, se aplicará el criterio objetivo para la fijación de la responsabilidad.

4.1. Por su parte, con respecto a los factores eximentes de la responsabilidad, se ha argumentado que estos pueden ser:

4.1.1. La acción de la propia víctima: es el caso de cuando la misma víctima que ha sufrido el daño, lo ha provocado dolosamente; por lo que el nexo causal se rompe, ya que la actividad riesgosa no ha causado el daño producido, sino ha sido la acción de la propia víctima, en tal virtud el gestor de la actividad argumentará que no existe la relación de causalidad que es uno de los dos elementos necesarios para la determinación de la responsabilidad utilizando el factor objetivo.

4.1.2. La acción de un tercero: el punto concordante con el factor eximente de la responsabilidad anteriormente expuesto, es que en ambos casos se ha identificado al que ha producido el daño, que en este caso en particular es un tercero que no es la víctima. No se le puede atribuir la responsabilidad al gestor de una actividad riesgosa o al tenedor de una cosa peligrosa cuando ellas no han sido la causa directa del daño.

4.1.3. Sobre el caso fortuito o fuerza mayor, vale decir que no constituye un factor eximente de la responsabilidad, ya que en un primer momento no se vuelve identificable el causante del daño, ya que en caso fortuito o fuerza mayor puede ser un causante completamente anónimo o la acción de la misma naturaleza, por lo que no es atribuible a nadie la responsabilidad. Por otro lado, tomando en consideración todo el sistema de protección ambiental que se encuentra consagrado en las normas constitucionales y los principios jurídicos, queda demostrado que la naturaleza no puede quedar en indefensión cuando se ha causado un daño; por lo que la responsabilidad sigue recayendo sobre el gestor de la actividad o subsidiariamente el Estado, según el deber de cuidado ambiental consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

5. El presente trabajo de investigación, ha tratado de examinar todos los contingentes legales que buscan la conservación del ambiente, y cuando ya se ha causado el daño, buscar la forma más adecuada de resarcir el bien jurídico afectado mediante la restauración efectiva del ecosistema defenestrado. Esta protección, sigue una sola razón: que es el medio ambiente el lugar donde nace y se desarrolla la vida, en donde todo ha sucedido y sucederá, y para que la existencia del hombre esté garantizada se requiere de que aquella Pacha Mama sobreviva.

## RECOMENDACIONES

Sobre las conclusiones del presente trabajo de investigación, es preciso recomendar que la legislación ecuatoriana y la actividad jurisprudencial sufra un profundo cambio en el derecho ambiental. Todo ello para que el sistema de protección que la Constitución de la República del Ecuador que se le otorga a la naturaleza se vuelva fáctica y jurídicamente factible.

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza y de un medio ambiente sano, por su carácter difuso, requiere de normas adjetivas para que la sustanciación de las acciones por la reclamación de dichos derechos se vuelva eficaz en concordancia con los principios de inmediación y celeridad.

La legislatura debe expedir normas de aplicación de los principios ambientales, tanto en las reglas técnicas –a pesar que sobre se ha dado un gran avance en el Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria- como en las normas jurídicas. Una compilación en un nuevo código que combine las normas sustantivas y adjetivas sería la solución al problema. Los principios ambientales deben ser regulados para evitar mal interpretaciones con respecto a su aplicación. Ante ello la legislación comparada puede dar una pauta de la regulación de los principios ambientales. La Ley 25.675, más conocida como la Ley General del Ambiente de la República Argentina, en su artículo 4, determina una definición clara y precisa de los principios que se aplicarán en la interpretación de todas las normas que ejecuten las políticas ambientales. La definición de los principios, resulta muy útil al momento de la aplicación de los mismos y evitar desvíos en su interpretación que podrían desnaturalizar la esencia de los mismos.

En dicho ordenamiento jurídico se deberían tratar las problemáticas de la aplicación de los principios conservacionistas de la naturaleza. Por su parte, se debería establecer una delimitación al denominado impacto tolerado estableciendo una definición exacta –tal como se aprecia en la legislación argentina- para delimitarla con el impacto permitido. El mencionado artículo dispone

Art. 2618.- Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de las actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediante autorización administrativa para aquellas... (2003).

El artículo precedente, invita al juzgador a que sea él, en uso de la sana crítica, determine la normal tolerancia, tomando en consideración todos los factores para tal determinación. Incluso la prerrogativa del juez, traspasa una autorización administrativa, que en casos especiales podría resultar insuficiente para cumplir con los estándares adecuados sobre el medio ambiente en un espacio geográfico determinado. Este sistema de determinación del impacto tolerado, sería uno de los ejemplos que podría tomar la legislación ecuatoriana para determinar la existencia de un daño ambiental.

En lo que respecta a la responsabilidad objetiva por daño ambiental dicho compendio de normas, debería tratar justamente las problemáticas que se han demostrado en la presente investigación: el tema de la aplicación de todas las implicancias de dicho factor de atribución para el daño a través del ambiente, además del establecimiento de la prescripción para la acción por el mencionado daño.

Se recomienda también una norma de carácter general contenida en la ley especial sobre el tema ambiental, que expresamente determine los factores eximentes de la responsabilidad: acción de la víctima o de un tercero, pero especialmente la inclusión del caso fortuito o fuerza mayor, que en las conclusiones del presente se ha demostrado que no constituye un eximente.

Finalmente es necesario el cambio de conciencia hacia los gestores de actividades riesgosas y tenedores de cosas peligrosas que obtengan un lucro por ellas para el cumplimiento de los principios preventivo y precautorio, el de contamina paga para que se realice una efectiva de internalización de costas procesales y el principio de responsabilidad.

Hay que recordar que el medio ambiente es el lugar en donde el hombre habita, se desarrolla y de la naturaleza toma los recursos para la satisfacción de sus necesidades.

## REFERENCIAS

- Acosta, A. (s.f.). <http://observatorio.cdes.org.ec>. Recuperado el 12 de noviembre de 2013, de [http:// observatorio.cdes.org.ec/ analisis /documentos-de-analisis/100-sentencia-a-la-chevron-texaco.html](http://observatorio.cdes.org.ec/analisis/documentos-de-analisis/100-sentencia-a-la-chevron-texaco.html)
- Álvarez, A. & Cornet, V. (2010). Responsabilidad Civil por Daño Ambiental. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Recuperado el 08 de diciembre de 2012 de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/responsabilidad-civil-por-dano-ambiental?searchterm=responsabilidad+civil+por+dano-ambiental>
- Alessandri, A. (1983). De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno . Santiago: Ediar .
- Amábile, G. (2008). Problemática de la contaminación ambiental. Buenos Aires : Editorial de la Universidad Católica de Argentina .
- Ávila Santamaría, R. (2011). El derecho de la naturaleza: fundamentos. En A. Acosta, & E. (. Martínez, La naturaleza con derechos (págs. 173-237). Quito: Abya Yala .
- Ávila, R. (2011). El derecho de la naturaleza: fundamentos. En E. M. Alberto Acosta, La naturaleza con derechos (págs. 173-237). Quito: Abya Yala Universidad Politécnica Salesiana.
- Barros Bourie, E. (2006). Tratado de responsabilidad extracontractual . Santiago : Editorial Jurídica de Chile.
- Bedón, R. (2010). Responsabilidad Civil y Daño Ambiental (Tesis Magistral en Derecho Empresarial, Universidad Técnica Particular de Loja).
- Bedón, R. (2011). Aspectos procesales relativos al daño ambiental en el Ecuador . Ius Humani , 9-41.
- Bialostosky, S. (2005). Panorama del Derecho Romano . México D.F. : Porrúa.

- Bstani de Seguir, A. (2011). Gestión de riesgos ambientales y principio de precaución . En N. (. Cafferatta, Suma Ambiental, Doctrina, Legislación y jurisprudencia; Tomo I (págs. 229-243). Buenos Aires : AbeledoPerrot.
- Cabanellas, G. (2006). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta.
- Cafferatta, N. (2008). <http://www.pnuma.org>. Recuperado el 26 de agosto de 2013, de <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/10%20Cafferatta%20Resp%20por%20dano%20amb.pdf>
- Cafferatta, N. (2009). Daño Ambiental . En N. Cafferatta, J. Galdós, M. Garros, E. Müller, E. Peretti, F. Sagarna, y otros, Derecho Ambiental y Daño (págs. 17-51). Buenos Aires : La Ley.
- Cafferatta, N. (2009). Obligaciones prioritarias por daño ambiental. En N. Cafferatta, J. Galdós, M. Garros, E. Müller, E. Peretti, F. Sagarna, y otros, Derecho ambiental y daño (págs. 77-89). Buenos Aires: La Ley.
- Cafferatta, N. (2009). Teoría general de la responsabilidad civil ambiental . En N. Cafferatta, J. Galdós, M. Garros, E. Müller, E. Peretti, F. Sagarna, y otros, Derecho Ambiental y Daño (págs. 32-35). Buenos Aires: La Ley.
- Cafferatta, N. (2011). Suma Ambiental. (C. Nestor, Ed.) Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Cafferatta, N. (s.f.). La responsabilidad por daño ambiental. Recuperado el 23 de 11 de 2013, de <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/10%20Cafferatta%20Resp%20por%20dano%20amb.pdf>
- Cavanillas Múgica, S. (2012 ). Responsabilidad civil y riesgo . En E. Pérez, E. Arana, P. Mercado, & S. J. (Eds.), Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente (págs. 443-452). Valencia : Tirant lo Blanch .
- Cafferatta, N. (1997). De la complejidad de la prueba en materia ambiental . JA-1997-II-231.

Organización de las Naciones Unidas. (1982). Carta Mundial de la Naturaleza. Recuperada el 17 de octubre del 2013, de [http://www.jmarcano.com/educa/docs/carta\\_mundial.html](http://www.jmarcano.com/educa/docs/carta_mundial.html)

Código de la Niñez y Adolescencia. Ley S/N, 2003, Registro Oficial 737.

Código de Procedimiento Civil. Ley S/N, 2005, Registro Oficial Suplemento 58.

Código Civil Ecuatoriano. Ley S/N, 2005, Registro Oficial Suplemento 46.

Código Civil de la República de Argentina. Ley 340.

Constitución de la República del Ecuador, Ley S/N, 2008, Registro Oficial Suplemento 449. (Act. 2011).

Constitución del Reino de España, Ley S/N , 1978, BOE del 29 de diciembre de 1978.

Constitución de la República de Argentina, Ley No. 24.430, 1995.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. (1992). Organización de Naciones Unidas.

Organización de Naciones Unidas. (1992). Convenio de la Diversidad Biológica. Recuperado el 28 de noviembre del 2013, de <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. (1972). Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano.

Corte Suprema de Justicia. (2002) Comité Representante de asociación “Delfina Torres Vda. De Concha” vs. Petroecuador. Casación. Juicio No. 229-2002.

Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, Sala Única. (2011). María Aguinda y otros vs. Chevron Corporation. Primera Instancia. Juicio No.2003-0002

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2013). Acción de Tutela, Luis Motta Martínez vs. Ministerio de Transporte. Sentencia T-3621378.

Recuperado el 11 de agosto del 2013, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-065-13.htm>

Constitución de la Organización Mundial de la Salud. (1946). Recuperado el 11 de noviembre del 2013, de [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)

Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible- Novedades trimestrales, abril 2007. (2007). Recuperado el 17 de junio del 2013, de [http://esdkorea.unesco.org.kr/download/esd\\_pub/Final\\_CD/DESD\\_2010/ESP/04\\_Info\\_Advoc\\_Tools/PDF/es-avril2007.pdf](http://esdkorea.unesco.org.kr/download/esd_pub/Final_CD/DESD_2010/ESP/04_Info_Advoc_Tools/PDF/es-avril2007.pdf).

Garrido, L. (2009). Implicancias de la responsabilidad por riesgo. Recuperado el 30 de febrero de 2013, de [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar): [www.acaderc.org.ar/.../implicancias-de-la-responsabilidad-por-riesgo/.../f...](http://www.acaderc.org.ar/.../implicancias-de-la-responsabilidad-por-riesgo/.../f...)

Goldenberg, I., & Cafferatta, N. (2001). Daño Ambiental. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

González Márquez, J. (2003). La responsabilidad por daño ambiental en América Latina . México D.F. : Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente .

Guaranda, W. (2010). Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental . Quito : Fundación Regional en Asesoría en Derechos Humanos INREDH.

Güidi, G. (2008). Responsabilidad ambiental del Estado . En J. C. Cassagne, Responsabilidad del Estado (págs. 551-579). Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni.

Güidi, G. (2008). Responsabilidad ambiental del Estado . En J. e. Cassagne, Responsabilidad del Estado (págs. 551-576). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- Juan Pablo II. (1989). Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a los participantes en la XXV Conferencia General de la FAO. Food and Agriculture Organization of the United Nations. Recuperado el 02 de enero del 2014, de [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/speeches/1989/november/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_19891116\\_xxv-session-fao-conference\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1989/november/documents/hf_jp-ii_spe_19891116_xxv-session-fao-conference_sp.html)
- Hermida, C. (2013). ¿Qué es el Sumak Kawsay?. Diario el Telégrafo. Publicación del 17 de abril del 2013. Recuperado el 14 de mayo del 2013, de <http://www.telegrafo.com.ec/opinion/columnistas/item/que-es-el-sumak-kawsay.html>
- Jaquenod de Zsogon, J. (1991). El derecho ambiental y sus principios. Madrid: Dykinson.
- Jaramillo, T. (1986). De la Responsabilidad civil . Bogotá : Temis.
- Koolen, R. (1995). La Responsabilidad por Daños Ambientales. En N. U.-O. PNUMA/ORPALC, La responsabilidad por daño ambiental (págs. 9-49). Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- Ley de Gestión Ambiental, Ley S/N, 2004, Registro Oficial Suplemento 418.
- Ley General del Ambiente de la República Argentina. Ley No. 28611, 2002.
- Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente de los Estados Unidos Mexicanos, Ley DOF S/N, Diario Oficial de la Federación de 15 de mayo del 2013. Recuperado el 23 de septiembre del 2013 de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148.pdf>
- Ley de Responsabilidad Medioambiental del Reino de España. Ley S/N, 2007. BOE 255 de 24 de octubre de 2007.
- Martínez García, J. (2012 ). Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann . En E. Perez, A. Estanislao, M. Pedro, & L. (. Serrano, Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente (págs. 323-355). Valencia : Tirant Lo Blanch .

- Mateo, R. (1998). Monopolio público de la tutela ambiental . JA 1998-IV-1002.
- Molina, F. (2010). Presupuestos de la Responsabilidad Jurídica. Recuperado el 12 de diciembre del 2013, de <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/presupuestos%20de%20la%20responsabilidad%20juridica.pdf>
- Morello, A. (2008). Los “megaprosesos”, contaminación del Riachuelo [Revisión del proceso JA 2008-IV-1191 SJA 2008 Caso Matanza-Riachuelo, Buenos Aires, Argentina]. Recuperado el 02 de diciembre de 2012 de [http://catalogoderecho.uns.edu.ar/cgi-bin/opacmarc/wxis?IscisScript=opac/xis/opac.xis&task=BIB-RECORD&db=derecho&cid=&curr=&total=&cn=007 945&style=Ficha](http://catalogoderecho.uns.edu.ar/cgi-bin/opacmarc/wxis?IscisScript=opac/xis/opac.xis&task=BIB-RECORD&db=derecho&cid=&curr=&total=&cn=007%20945&style=Ficha)
- Mosset Iturraspe, J., Hutchinson, T., & Donna, E. (1999). Daño Ambiental, Tomo I. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J., Hutchinson, T., & Donna, E. (1999). Daño Ambiental, Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Muñoz Conde, F. (2010). Teoría general del delito. Bogotá: Temis.
- Nájera, G. (2007). El principio del que contamina paga: alcances y pendientes en la legislación mexicana . México D.F. : Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública .
- Noboa Bejarano, R. (2000). Daño moral en la legislación ecuatoriana. Recuperado el 2014 de enero de 09, de [http:// www .revistajuridicaonline .com/images/stories/revistas/1990/02/2\\_El\\_Danio\\_Moral\\_En\\_Legislacion \\_Ecuatoriana..pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1990/02/2_El_Danio_Moral_En_Legislacion_Ecuatoriana..pdf)
- Organización mundial de la Salud. (2012). Ambientes saludables y prevención de enfermedades. Recuperado el 28 de julio del 2013, de [http://www .who.int/topics/environmental\\_health/es/](http://www.who.int/topics/environmental_health/es/)
- Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. (1992). Declaración de Río sobre el medio ambiente y desarrollo.

- Papayannis, D. (2011). Sobre los límites de la responsabilidad objetiva. Recuperado el 05 de noviembre de 2013, de <https://www.udg.edu/Portals/123/curriculums/2002279/Sobre%20los%20%C3%ADmites%20de%20la%20responsabilidad%20objetiva.pdf>
- Pastorino, L. (2005). El daño al ambiente. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Peña Chacón, M. (18 de abril de 2006). Reparación y valoración económica de los daños causados al medio ambiente. Recuperado el 11 de agosto de 2013, de <http://www.eldial.com.ar: elDial.com - DC877>
- Peña Chacón, M. (05 de febrero de 2008). Aspectos procesales de la responsabilidad por daño ambiental en la nueva jurisdicción administrativa. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de <http://www.eldial.com.ar: elDial.com - DCD57>
- Peña Chacón, M. (06 de 03 de 2012). Daño, responsabilidad y reparación ambiental en la jurisdicción costarricense . Recuperado el 15 de 07 de 2013, de <http://www.eldial.com.ar: elDial.com - DC17C7>
- Peña Chacón, M., & Ramón, O. (2006). Análisis crítico de la Ley de Responsabilidad Civil por Daño Ambiental. [elDial.com - DC908](http://www.eldial.com.ar: elDial.com - DC908) .
- Peyrano, G. (1983). Daño ecológico, protección al medio ambiente e intereses difusos . LL.1983-III-837.
- Proyecto de Carta de los Derechos Humanos Emergentes en un Mundo Globalizado. (2004). Recuperado el 01 de septiembre del 2013, de [http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc\\_basicos/5\\_biblioteca\\_virtual/1\\_d\\_h/1.pdf](http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/1_d_h/1.pdf)
- Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica. (2000). Recuperado el 13 de septiembre del 2013, de <http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-es.pdf>).
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (1988). Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono. Recuperado el 23 de

noviembre del 2013, de [http://ozone.unep.org/Publications/vc\\_final\\_act/vienna\\_convention\\_final\\_act-Spanish.pdf](http://ozone.unep.org/Publications/vc_final_act/vienna_convention_final_act-Spanish.pdf)

Reglamento ambiental para las operaciones hidrocarburíferas en el Ecuador. Decreto Ejecutivo 1215, 2001. Registro Oficial 265.

Rodríguez, C. (2011). La nueva Constitución del Ecuador ¿La tierra como sujeto de derechos? En N. C. (Dir.), Suma Ambiental (págs. 202-206). Buenos Aires: AbeledoPerrot.

Ruda González, A. (2008). El daño ecológico puro. Pamplona: Aranzadi S.A.

Ruiz Piracés, R. (10 de 06 de 2003). La responsabilidad por daño ecológico. Un análisis a partir de la ley de bases del medio ambiente . Recuperado el 2013 de 11 de 23, de <http://www.eldial.com.ar>: elDial.com - DC2AE

Ruiz Piracés, R. (06 de 10 de 2003). <http://www.eldial.com.ar>. Recuperado el 14 de 10 de 2013, de La responsabilidad por daño ecológico. Un análisis a partir de la ley de bases del medio ambiente : elDial.com - DC2AE

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo -SEPLADES-. (2009). Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013. Registro Oficial Suplemento 144.

Seguí, A. (2009). En N. Cafferatta, J. Galdós, M. Garros, E. Müller, E. Peretti, F. Sagarna, y otros, Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental (págs. 92-161). Buenos Aires : La Ley.

Stone, C. (2009). Protección al medio ambiente. En C. S. Garret Hardin, Derecho ambiental y justicia social (pág. 214). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana .

Trazegnies, F. (1999). La Responsabilidad Extracontractual, Tomo I. Bogotá : Temis.

Trazegnies, F. (2000). La Responsabilidad Extracontractual, Tomo II. Bogotá: Temis.

Tribunal Constitucional, Segunda Sala. (2009). José Luis Romero y otros vs. Petroproducción. Recurso de Amparo. Resolución No. 1202-06-RA

Tribunal de Casación Penal. (2011). Amira Suñol recurrente. Recurso de Casación. Resolución No. 2011-0909.

Valls de Rossi, M. (30 de agosto de 2005). Daño Ambiental (Primera entrega). Recuperado el 17 de julio de 2013, de <http://www.eldial.com.ar>: eDial.com - DC6BA

Valls, M. (14 de 08 de 2007). Responsabilidad Ambiental. Recuperado el 2013 de 17 de 10, de <http://www.eldial.com.ar>: eDial.com - DCBE9

Valls, M. (2012). Presupuestos Mínimos Ambientales. Buenos Aires: Astrea.

Zamora Jiménez, A. (2008). Letras Jurídicas. Recuperado el 11 de 11 de 2013, de <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos6/bien%20juridico.pdf>