

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

**“LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑOS
AMBIENTALES Y LAS INSTITUCIONES DEL CÓDIGO CIVIL
ECUATORIANO”**

AB. MARÍA JOSÉ NARVÁEZ ALVAREZ

2008

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca institucional para que haga de esta investigación un documento disponible según las normas establecidas.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autora, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de la presente tesis, o parte de ella, por una sola vez dentro de treinta meses después de su aprobación.

Ab. María José Narváez Álvarez.

30 de Septiembre de 2008.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA
EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**“LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
POR DAÑOS AMBIENTALES Y LAS INSTITUCIONES DEL
CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO”**

AB. MARÍA JOSÉ NARVÁEZ ALVAREZ

2008

Director de investigación: DR. RICARDO CRESPO

Quito – Ecuador

RESUMEN DE LA TESIS.

Las instituciones clásicas de la responsabilidad civil en los sistemas jurídicos que mantienen el régimen subjetivo, y el ecuatoriano en particular, procuran la defensa de los derechos ambientales a partir de una concepción patrimonialista; razón por la cual los instrumentos normativos han sido diseñados para proteger por separado cada uno de los elementos de la naturaleza, asumidos como bienes específicos de tutela jurídica y en consecuencia ignorando su función integral; hecho que dificulta la reparación eficiente de los derechos vulnerados por daños ambientales y aún más compleja la reparación cuando se trata de un *daño ecológico puro*.

La incidencia del derecho comparado y de las recomendaciones doctrinarias en la evolución de las normas legales, coadyuvan a que los Estados asuman la responsabilidad extracontractual objetiva para el tratamiento de las afectaciones generadas a partir de un daño ambiental, cuyos efectos recaigan sobre bienes patrimoniales particulares, o bienes de titularidad indiferenciada.

Desde esta perspectiva, la presente investigación pretende re-conceptualizar ciertos términos del derecho positivo objetivo sobre la materia, evidenciar las dificultades prácticas que genera el régimen de responsabilidad civil extracontractual subjetiva contenido en las instituciones del Código Civil ecuatoriano, y destacar su insuficiencia en los procesos de reparación integral de los daños ambientales.

Las conclusiones que plantean son provisionales y más que respuesta a los problemas concretos, podrían ser asumidos como nuevos elementos del contenido esencial para futuros debates teórico-metodológicos que coadyuven a la implementación de instrumentos jurídico-institucionales para la reparación de daños ambientales.

DEDICATORIA.

A la Amazonía aún verde y a la juventud:
con la esperanza de que pueda ver el sol cada nuevo día.

AGRADECIMIENTOS

A Dios y a mi familia por impulsarme para alcanzar mis sueños,
y la Universidad Andina Simón Bolívar
por enseñarme que en el mundo queda mucho por hacer.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	9
CAPITULO PRIMERO: El ambiente como objeto de tutela jurídica.....	13
1.1 Ambiente, daño y daño ambiental	13
1.1.1 Ambiente.....	13
1.1.2 Daño.....	14
1.1.3 Daño ambiental.....	16
1.2 La tutela al ambiente	21
1.2.1 Características del derecho a la propiedad.....	21
1.2.2 Racionalidad del derecho ambiental.....	24
1.3 Teoría de la responsabilidad civil	29
1.3.1 Responsabilidad civil contractual.....	32
1.3.2 Responsabilidad civil extracontractual.....	35
1.3.3 Responsabilidad civil extracontractual, subjetiva y objetiva en la temática ambiental.....	37
1.4 La responsabilidad ambiental como generadora del deber resarcitorio y reparatorio	46
CAPITULO SEGUNDO: Efectos de la responsabilidad ambiental: La reparación del medio ambiente.....	50
2.1 La responsabilidad civil extracontractual y el daño civil en el Código Civil ecuatoriano, frente al daño ambiental	52
2.1.1 Los elementos comunes.....	55
2.1.2 Los caracteres del daño civil.....	60
2.1.3 Los caracteres particulares del daño ambiental.....	61
2.2 Efectos de la responsabilidad ambiental: resarcimiento patrimonial y reparación ambiental	64
2.3 Instituciones y normativa para reparar el daño ambiental	68
2.4 Instrumentos adicionales para la reparación ambiental	74
2.4.1 La suspensión de la actividad dañosa.....	76
2.4.2 La restitución in natura.....	77
2.4.3 El daño moral desde la óptica ambiental.....	79
2.4.4 Cuantificación económica de los daños ambientales.....	80
CAPITULO TERCERO: Problemas prácticos en la administración de justicia ambiental en el Ecuador.....	84
3.1 Las diversas acciones legales de la responsabilidad civil	85
3.1.1 Medidas cautelares sugeridas por el derecho comparado.....	85
3.1.2 Acciones contempladas en la legislación ecuatoriana.....	88
3.1.3 Acciones sugeridas por el derecho comparado para la reparación ambiental.....	93

3.2	Problemas prácticos dentro de los procesos que pretenden reparación ambiental en Ecuador	97
3.3	Problemas de competencia entre el juez civil y el juez especial en Ecuador	101
	Conclusiones	104
	Recomendaciones	105
	Bibliografía	108

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑOS
AMBIENTALES Y LAS INSTITUCIONES DEL CÓDIGO CIVIL
ECUATORIANO**

INTRODUCCIÓN

La crisis ambiental es una crisis de la modernidad y por ende una crisis civilizatoria; la mayor preocupación por este fenómeno de carácter planetario se ha hecho visible con más fuerza desde mediados del siglo anterior. Ha convocado a múltiples sectores y ha sido objeto de atención en las denominadas “Cumbres Mundiales” convocadas por la Organización de las Naciones Unidas en Estocolmo en el año 1972, Río de Janeiro en 1992, y Johannesburgo en el 2002. La trascendencia del tema por el evidente deterioro ambiental del planeta, ha impulsado el reconocimiento de los derechos de tercera generación, la constitucionalización de los derechos ambientales, y la creación de políticas públicas en materia socio-ambiental. En el Ecuador, a partir de la expedición de la Constitución Política de la República en el año 1998, se introdujo en el ordenamiento jurídico la protección de los derechos ambientales de los ciudadanos como una garantía del Estado.

Las disposiciones de la Constitución de 1998 generaron una serie de cambios en las normas de menor jerarquía, entre otros, los aplicados a la Ley de Prevención y Control de la Contaminación y que posteriormente fuera sustituida por la Ley de Gestión ambiental. Sin embargo, a nivel latinoamericano, por el respeto reverencial que los países del Cono Sur tienen a sus códigos civiles¹, no se hicieron las reformas legales necesarias cuando estas atacaban a dichos cuerpos legales en el tema específico al tratamiento normativo de la reparación de los daños ambientales. En tales

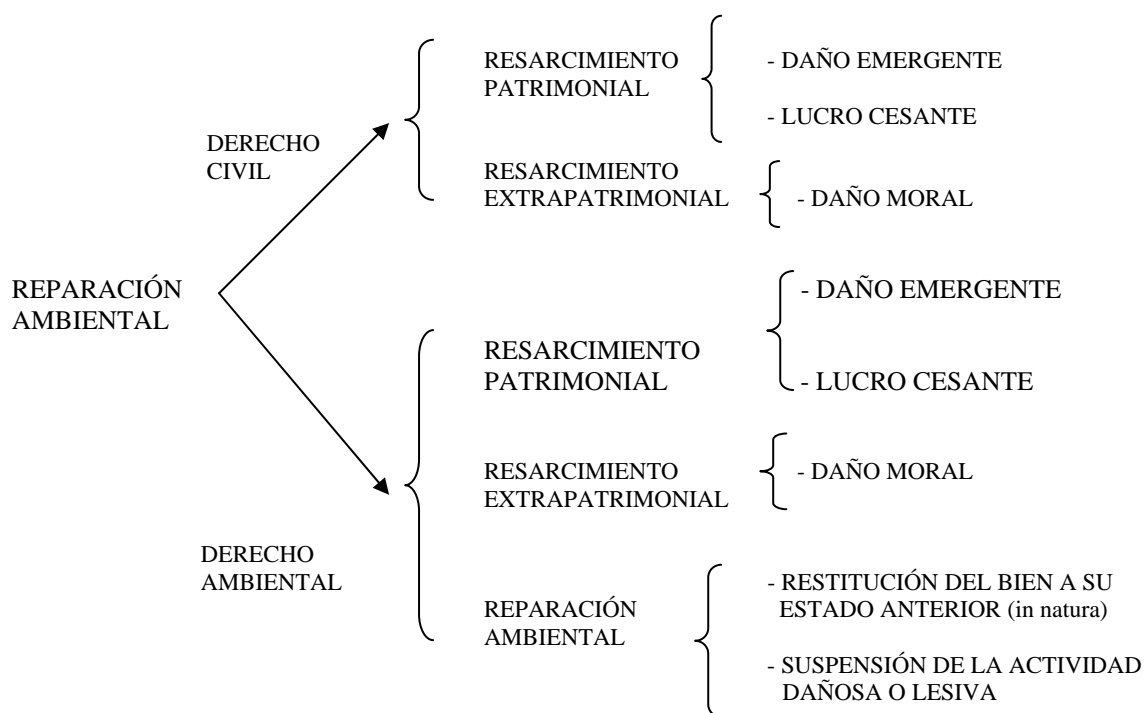
¹ La codificación del Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield en los países que tienen sus costas hacia el Océano Atlántico, y el Código Civil de Andrés Bello en Bolivia y en los países que tienen sus costas hacia el Océano Pacífico.

circunstancias se optó por hacer extensivas a la temática ambiental las disposiciones alusivas a los daños del Código Civil vigente.

Esta suerte de empate normativo ha traído a la larga una serie de inconvenientes al momento de administrar justicia, porque las instituciones del Código Civil no están concebidas bajo la misma base epistemológica del derecho ambiental ni pretenden los mismos resultados.

Desde esta perspectiva las diferencias son claras. En materia de “Reparación de Daños”, o “Indemnización por perjuicios”, el Código Civil es eminentemente reparador y consagra tres instituciones: el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral;² es decir, su estructura tiende al resarcimiento patrimonial por el perjuicio ocasionado a un bien jurídico tutelado. El espíritu de la reparación por daños ambientales pretende, además del resarcimiento patrimonial, la restitución del ambiente al estado anterior a la provocación del daño o su compensación en especie (*in natura*), la suspensión de la actividad dañosa o lesiva, y el daño moral, los cuales no pueden satisfacerse integralmente con la mera aplicación de normas estrictamente civiles, como se puede apreciar en el siguiente gráfico.

² CÓDIGO CIVIL.- Artículo 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el **daño emergente y el lucro cesante**, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.
Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.
Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.



En Ecuador, las normas que atienden la reparación por daños ambientales se encuentran dispersas en varios cuerpos normativos de legislación interna, o en normas de derecho internacional introducidas en el ordenamiento jurídico nacional una vez que aquellas han sido ratificadas por el órgano estatal competente, y todas estas mantienen al Código Civil como norma residual de aplicación inmediata cuando se evidencia el vacío legal.

El derecho ambiental busca la protección del entorno vital a partir de la regulación de las conductas humanas, prohibiendo la contaminación o alteración negativa del medio ambiente (prevención), ó en su defecto remediando las perturbaciones que alteran su equilibrio (reparación). El espíritu del derecho ambiental es velar por el medio ambiente como una universalidad jurídicamente tutelada a partir de la prevención de los daños ambientales, mientras que el derecho civil pretende la reparación patrimonial de los elementos base que componen el ambiente, y que debido a su alteración, generan un detrimento patrimonial al legítimo poseedor.

La Constitución Política de la República del Ecuador en el numeral 6 del artículo 23 garantiza el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, y en el numeral 23 del mismo artículo garantiza el derecho de propiedad. El Estado es el sujeto pasivo de estas garantías. Sin embargo, ¿Cómo las hace efectivas cuando los derechos ambientales y el derecho a la propiedad que tienen sus ciudadanos se ven afectados por las consecuencias negativas de las actividades productivas en las que incursionan otros ciudadanos, también garantizados por el derecho a la libre empresa?

¿Será posible que las instituciones del Código Civil, puedan compensar la inexistencia de normativa erigida sobre los principios de ubicuidad, sostenibilidad, globalidad, subsidiariedad y solidaridad? ¿Son suficientes y eficaces las instituciones consagradas en el Código Civil ecuatoriano para satisfacer las obligaciones propias de la responsabilidad ambiental, surgidas a partir de la presencia de un daño ambiental?

El debate teórico está propuesto, y en el desarrollo de la presente investigación se dilucidará la responsabilidad civil extracontractual por daños ambientales y las instituciones del Código Civil ecuatoriano, abordando conclusiones que antes que respuestas al problema, constituyen parte del análisis.

CAPÍTULO PRIMERO: El ambiente como objeto de tutela jurídica.

1.1.- Ambiente, Daño y Daño Ambiental.

1.1.1.- Ambiente.

Al *ambiente*, o medio ambiente como también se le denomina, García Pelayo y Gross³ lo ha definido como el compendio de valores naturales, sociales y culturales existentes en un lugar y en un momento determinado, que influyen en la vida material y psicológica del hombre. Yesid Ramírez⁴ sostiene que el ambiente es el escenario donde interactúan dialécticamente el medio natural, el medio humano y el medio técnico. En el glosario de definiciones que consta a continuación de la disposición final de la Ley de Gestión Ambiental ecuatoriana, se define al medio ambiente como:

*“Sistema global constituido por elementos naturales y artificiales, físicos, químicos o biológicos, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la naturaleza o la acción humana, que rige la existencia y desarrollo de la vida en sus diversas manifestaciones.”*⁵

Lo dicho permite afirmar que las definiciones generales de “medio ambiente” lo ponen en relación con el hombre o con la vida, asumiendo un antropocentrismo necesario, indispensable para entender adecuadamente estos conceptos”.⁶

Jurídicamente, no hay uniformidad de definiciones para el concepto de medio ambiente, pero las existentes podrían agruparse en restrictivas o extensivas.

³ Ramón García Pelayo y Gross, *Diccionario pequeño Larousse Ilustrado*, Argentina, 1988, p. 60

⁴ Yesid Ramírez, *Derecho Ambiental*, Colombia, Ed. Ibañez, 1998, p. 38

⁵ Ley de Gestión Ambiental ecuatoriana, Registro Oficial No. 245 de 30 de julio de 1999

⁶ Mauricio Libster, *Delitos ecológicos*, Argentina, Depalma, 2002, p. 7

Restrictivamente, el medio ambiente está conformado únicamente por los bienes naturales, otras definiciones incluyen el patrimonio cultural. En forma extensiva, además de los bienes naturales y el patrimonio cultural, en el medio ambiente se comprenden temáticas como la política social y la calidad de vida.⁷ González Márquez⁸ señala que desde la óptica *científica*, el ambiente ha sido definido como el conjunto de elementos naturales, es decir, aire, agua, suelo, flora y fauna, que se encuentran en interacción; el énfasis de este concepto no es el antropocentrismo.

Mosset Iturraspe⁹, citando a Jordano Fraga, recoge todos estos elementos al afirmar que:

“Por ambiente, entorno o medio, se entiende la sistematización de distintos valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales que condicionan en un momento y espacio determinados, la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes recursos”

Esta es la definición de ambiente que se asume en la presente investigación.

1.1.2.- Daño.

En un intento por definir el Daño, Ramírez Gronda¹⁰ señala que es todo menoscabo o detrimento que se sufre física, moral o patrimonialmente, o dicho de otro

⁷ Carlos Alberto Soto Coahuila, *El derecho frente a los depredadores del Medio Ambiente*; Perú, <http://info.upc.edu.pe/hemeroteca/tablas/derecho/advocatus/advocatus1305.htm> vista el 21 de diciembre de 2007

⁸ José Juan González Márquez, *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*, México, Ed. PNUMA, 2003, p. 14

⁹ Jorge Mosset Iturraspe, *Daño Ambiental*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2006, Tomo I, p. 33.

¹⁰ Juan Ramírez Gronda, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Argentina, Ed Claridad, Séptima edición 1976, p. 107.

modo, el perjuicio material o moral sufrido por una persona. Esta definición es insuficiente en cuanto a describir los elementos que componen el daño en sí.

Cabanellas,¹¹ sostiene que “Daño” es todo perjuicio o menoscabo, que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes, y que sus causas pueden ser el dolo, culpa, negligencia, o caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o causalidad entre el autor y el efecto. Complementando esta idea, Ossorio¹² señala que si el daño es causado por el dueño de los bienes, el hecho tiene escasa o ninguna relevancia jurídica. La relevancia jurídica se concreta cuando el daño es producido por la acción u omisión de una persona en los bienes de otra. La importancia de esta afirmación es la consecuencia jurídica que genera la consumación del daño por la acción u omisión de esa “otra” persona, quien puede estar, previo a la generación del daño, vinculada a la víctima o no. Este es el factor que determina que la responsabilidad civil sea contractual o extracontractual¹³.

Con respecto a la institución jurídica “**daños**” la legislación ecuatoriana, aunque no la define,¹⁴ en muchas normas la asocia con los “perjuicios”, de lo que se entendería que existe un estrecho nexo entre los daños y los perjuicios. El artículo 2214 del Código Civil ecuatoriano determina los hechos generadores del daño y prescribe:

¹¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1982, p. 85.

¹² Manuel Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1984, p. 194.

¹³ El tema de responsabilidad civil contractual y extracontractual será tratado en un subcapítulo del presente texto. Existen casos en que confluye tanto la responsabilidad civil contractual como la extracontractual, pero este acápite no es analizado en la presente investigación debido a que no es el objeto de la misma.

¹⁴ Específicamente en el Código Civil ecuatoriano no se define al “Daño” como si lo hacen los códigos civiles con influencia del código de Vélez Sarsfield, tal es el caso argentino, por ejemplo, en cuyo art. 1068 prescribe: *habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona, a sus derechos o facultades*. Así mismo, el artículo 1069 describe los elementos que constituyen el daño, sus efectos, consecuencias y los tipos de responsabilidad que genera.

*“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido **daño** a otro, está obligado a la **indemnización**; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”*

El artículo 1572 del mismo cuerpo normativo establece:

*“La indemnización de perjuicios comprende el **daño emergente** y el **lucro cesante**, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento...”*

El daño moral también se incluye como hecho generador de responsabilidad (aunque la acción deba hacerse por cuerda separada), al estar presente en el último inciso del mentado artículo, *“Exceptúanse (...) las indemnizaciones por **daño moral** determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código”*.

1.1.3.- Daño Ambiental.

Finalmente, una vez definido lo que es el ambiente y lo que es el daño, se hace necesario conceptualizar qué es el **daño ambiental**.

El daño ambiental ha de entenderse como los perjuicios que se causen o pudieran causarse al medio ambiente, es decir, a los recursos naturales o al patrimonio cultural en general, independientemente que, como consecuencia de un daño al medio ambiente (por ejemplo, contaminación del aire), se produzcan daños a las personas (enfermedades) o a sus bienes (perjuicio en las cosechas).¹⁵

¹⁵ Carlos Alberto Soto Coahuila, *El derecho frente a los depredadores del Medio Ambiente*; Perú, <http://info.upc.edu.pe/hemeroteca/tablas/derecho/advocatus/advocatus1305.htm> vista el 21 de diciembre de 2007

Cafferatta,¹⁶ afirma que el daño ambiental no sólo es el daño que recae sobre el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de “impacto ambiental”, sino que se refiere también al perjuicio que el medio ambiente afectado ocasiona colateralmente a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación, el resarcimiento de un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que se le ha causado.¹⁷

Siguiendo la misma línea, Gheri¹⁸ sostiene que el impacto ambiental y el daño ambiental son conceptos distintos y señala que el impacto ambiental es el daño que recae sobre el patrimonio ambiental de la comunidad por cualquier acción – que también podría ser omisión – del hombre, que provoque cualquier alteración o modificación al ambiente y que afecte negativamente la calidad de vida humana o sus condiciones de desarrollo económico social en el ámbito de la actividad humana; mientras que daño ambiental es la afectación de carácter individual, ocasionada a personas determinadas, por incidencia del impacto ambiental. El mismo Gheri en otra de sus obras,¹⁹ de manera general señala que el daño ambiental es aquel que recae sobre cualquiera de los componentes del medio ambiente.

¹⁶ Néstor Cafferatta, *Daño Ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 2002, p. 7.

¹⁷ El autor evidencia el nexo causal entre la lesión a bienes particulares, tutelados jurídicamente, y el ejercicio del derecho de acción. Sin embargo, a partir del reconocimiento de los derechos de tercera generación, los daños al medio ambiente deberían generar en los órganos estatales competentes, como la Autoridad Ambiental por ejemplo, la obligación de iniciar acciones de oficio tendentes a su reparación, más aún si el Estado garantiza la preservación de la naturaleza y ha declarado de interés público **1.** La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país. **2.** La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas. **3.** El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

¹⁸ Carlos Gheri, *Daños al ecosistema y al medio ambiente*, Argentina, Ed. Astrea, 2004, p. 27.

¹⁹ Carlos Gheri, *Derecho y reparación de daños*, tomo III, Argentina, Ed. Universidad, 2001, p. 37.

Varios autores se refieren al impacto ambiental como “daño ecológico puro”, pero esta diferenciación resulta indiferente porque la doctrina impulsa hacia la comprensión del daño ambiental propiamente tal como un concepto abarcativo del impacto ambiental y del daño ambiental.

Si el perjuicio por el daño ambiental recae sobre bienes específicos de un particular sin afectar a los bienes de propiedad de otros miembros de una colectividad o comunidad, o si no afecta derechos de titularidad indiferenciada, cabría iniciar las acciones previstas por el Código Civil para lograr su resarcimiento patrimonial, ya sea en numerario o en especie, sin necesidad de recurrir al derecho ambiental. Bastaría con iniciar la acción por daños y perjuicios. Sin embargo, esta no es la premisa axiológica que trata esta investigación porque en la práctica se ha evidenciado que tras un daño “ambiental”, existe un impacto ambiental, y así mismo, tras un impacto ambiental existen uno o más daños ambientales.

Mosset Iturraspe²⁰ define al daño ambiental como la degradación del medio ambiente, como toda lesión o menoscabo al derecho individual o colectivo de conservación de la calidad de vida, porque se estimó que esta calidad de vida era el bien jurídico tutelado.

El glosario de términos que existe en la Ley de Gestión Ambiental, define al daño ambiental como:

“toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de la condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus

²⁰ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1999, p. 14.

componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos.”²¹

La doctrina concuerda en que esta clase de daños tienen la particularidad de recaer sobre bienes de titularidad indiferenciada; suelen exteriorizarse lentamente ya que sus efectos nocivos, en muchos casos, se manifiestan después de transcurrir un largo período de tiempo; sus consecuencias negativas suelen alcanzar grandes magnitudes al punto de convertirse incluso en supranacionales; son de difícil y costosa determinación tanto del agente dañoso como de las víctimas, principalmente por la falta de intermediación espacial y temporal entre la fuente del perjuicio y quien lo sufre; y, finalmente, la cuantificación real de los daños causados y su recomposición es prácticamente imposible.²²

Bibiloni²³ manifiesta que los daños ambientales pueden presentarse de las siguientes formas:

Daño evidente.- Es aquel en el cual tanto el hecho generador como sus consecuencias, los responsables y los damnificados directos, quedan rápidamente en evidencia, lo que allana el principio del camino para el ejercicio de las acciones ambientales, porque se facilita la determinación de las responsabilidades iniciales y de las primeras relaciones causales. En estos casos las acciones irán dirigidas principalmente hacia los responsables directos, y subsidiariamente en forma refleja al

²¹ Esta definición de daño ambiental, por estar presente expresamente dentro del ordenamiento jurídico nacional, es la que ha de ser considerada para el desarrollo normativo sobre esa institución jurídica. Se puede decir que existe un avance legislativo al respecto ya que denota una leve tendencia a entender al medio ambiente como un objeto de tutela jurídica per se, aunque mantiene la corriente civilista de concebir al daño ambiental como el detrimento sobre uno de sus componentes.

²² Ramón Martín Mateo, *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo I, Madrid, España, Ed. Primum, 1991 p. 85. / Jorge Bustamante Alsina, *Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 1995 pg. 45.

²³ Héctor Bibiloni, *El proceso ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Lexis Nexis, 2005, p. 80 y ss.

Estado.²⁴ El objetivo de estas acciones es procurar el cese, la mitigación, la recomposición y el resarcimiento del daño inferido.

Daño oculto.- Es aquel cuya existencia y efectos terminan siendo deducidos o descubiertos mucho tiempo después de acontecidos, y una vez que se manifiestan sus terribles consecuencias, son la causa de los más graves desequilibrios ambientales y de los más importantes perjuicios para el entorno. En estos casos se puede identificar con facilidad a los damnificados y también, aunque con dificultad, a las relaciones causales; lo verdaderamente difícil es determinar a los responsables directos debido a su oculta participación en los hechos, por lo que las acciones estarán dirigidas en contra del Estado que garantiza la protección del medio ambiente y porque está obligado a prevenir el daño, a investigar las causas, y el origen de los hechos que ocasionaron el perjuicio.²⁵

Daño ignorado.- Este se presenta cuando se trata de hechos nocivos cuyos efectos mediatos no siempre pueden preverse y ni siquiera en base a la ciencia se podría determinar las consecuencias futuras. En este caso la acción estará dirigida a eventuales conductas permisivas u omisivas de parte de las autoridades de aplicación y control de las normas ambientales, obviamente previo al análisis objetivo de las reales posibilidades fácticas o técnicas de detección del riesgo, y por ende de prevención. El objeto de las acciones es la cesación inmediata de los efectos dañosos y su mitigación.

²⁴ El artículo 20 de la Constitución prevé que las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.

²⁵ Los artículos 86 al 91 de la Constitución de la República señalan las obligaciones del Estado con respecto a prevenir y proteger al Medio Ambiente, y al amparo del artículo 20, existe una responsabilidad solidaria y subsidiaria cuando no es posible identificar a los responsables directos del daño.

1.2 La tutela al ambiente.

El nuevo derecho ambiental difiere del derecho ambiental clásico porque considera al medio ambiente como objeto de tutela jurídica per se, para efectos de su protección y de la reparación de los daños ambientales²⁶, lo cual requiere de una estructura jurídica distinta a la que heredó del derecho civil, cuyo objeto es la protección de los elementos que componen el ambiente. Los sistemas jurídicos que emergen a partir del sistema continental europeo hicieron extensivas las instituciones jurídicas del derecho civil principalmente, y del derecho administrativo, para la defensa del medio ambiente, aplicando la lógica del derecho a la propiedad. En la concepción occidental de la propiedad, este derecho es un derecho subjetivo, abstracto, un atributo propio del ser (carácter ontológico).

1.2.1.- Características del derecho a la propiedad.

Aunque el derecho romano forja la idea básica de la institución “propiedad”, es durante la época del Renacimiento que el respeto a la propiedad privada se convierte en un objetivo primordial del derecho. A finales del siglo XVI, el holandés Hugo Grotio, entre otros juristas humanistas de la época, promovió la idea de que la propiedad era el resultado del consentimiento de la sociedad²⁷, trastocando de este modo la filosofía del derecho imperante y concibiendo a la propiedad como un derecho subjetivo, de

²⁶ Incluso hay una nueva tendencia doctrinaria que promulga el reconocimiento de la naturaleza como “Sujeto” de derechos, aduciendo que la naturaleza es un ser vivo (por los componentes considerados como generadores de vida) mucho más permanente que lo que es el propio ser humano, un macro sistema que contiene millones de micro sistemas vivos.

²⁷ Esta idea fue desarrollada más adelante por los filósofos Thomas Hobbes, Jean Jacques Rousseau, entre otros. El pacto social fue la politización del concepto de propiedad inicialmente concebido por Grotio. Sin embargo, la teoría de la propiedad alcanza su mayor desarrollo en la obra de John Locke considerado como el inventor de la filosofía liberal de la propiedad. Locke parte del hipotético estado de naturaleza que sirve de marco de referencia a todas las discusiones filosóficas y políticas de su época. En este estado de naturaleza los hombres son libres e iguales. Libres porque pueden hacer lo que deseen sin tener que pedir permiso a nadie, iguales porque no existe ninguna autoridad política susceptible de imponerles un estado de sujeción jerárquica. (Dora Ampuero, *El derecho de propiedad, Historia de un concepto*)

naturaleza personal y absoluta. Finalmente en el Código de Napoleón (1804) se consagró la propiedad absoluta, la obligatoriedad de los contratos y el principio de responsabilidad, como una obligación “erga omnes”. Desde entonces, el Derecho Civil precautela el respeto a esos tres pilares sobre los que se erige y desarrolla los medios procesales para obtener la propiedad, determinando los derechos que existen respecto a los bienes.

Marcel Planiol y Georges Ripert conceptúan a la propiedad como el derecho en virtud del cual una cosa se halla sometida, de modo perpetuo y exclusivo, a la acción y a la voluntad de una persona y equiparan el derecho real sobre los bienes a un derecho personal correlativo de una obligación universal de “no hacer”. Planiol sostiene que la relación jurídica del propietario no es con respecto a sus bienes, sino con respecto a todos sus congéneres, quienes tienen la obligación de abstenerse de usar, gozar y disponer del bien que no les pertenece, rompiendo de este modo la teoría clásica que considera que la relación jurídica en los derechos reales se establece entre un individuo y los bienes que le son propios. Así mismo trastoca la tesis de la relatividad en los derechos personales ya que afirma que el carácter “erga omnes” en los derechos del propietario, sobre sus bienes es universal, pero en sentido de abstención. Partiendo de esta premisa, a mediados del siglo XX, Garret Hardin²⁸ desarrolló su teoría denominada “La tragedia de los comunes”, en la que hace referencia a la relación del derecho a la propiedad con el deterioro ambiental y señala que la población tiende de manera natural a crecer exponencialmente, lo que significaría - siguiendo con la lógica del liberalismo económico – que en un mundo de recursos infinitos donde habiten personas con necesidades infinitas, la administración de estas últimas estaría regulada por la “mano

²⁸ Horacio Bonfil, “Garret Hardin, *The tragedy of commons*”, en Gaceta Ecológica, número 37, México, 1995, Instituto Nacional de Ecología./ Garret Hardin, *The tragedy of commons* en Journal of heredity, num. 50, num 68, 1959, p. 1243 – 1248./ (Hardin, *The Tragedy of the Commons*, Science, vol 162, n^a 3860, p. 1243 y ss

invisible” del mercado consagrada por Adam Smith en la época liberal de la economía, sin embargo, en un mundo de recursos finitos donde habitan seres con necesidades infinitas, no es matemáticamente posible maximizar dos variables al mismo tiempo para alcanzar un estado de “mayor bienestar para la mayor cantidad de individuos”, así, los países con mayor índice de crecimiento demográfico son los países pobres. El problema se maximiza cuando los recursos, además de finitos, son comunes y de libre acceso para la totalidad de la humanidad, entonces se desata la tragedia que Hardin advierte²⁹ y que consiste en la extinción del recurso natural sobre explotado y en cuya conservación no se ha trabajado, no se ha invertido dinero ni esfuerzo, por cuanto cada individuo no considera más que sus costos y beneficios privados, bajo la hipótesis de que sus propias acciones no tienen una influencia significativa en los recursos globales (teoría de la extinción de los espacios comunes).

Mateo³⁰ señala que el derecho civil ha sido rigurosamente precursor en este ámbito precisamente desde la perspectiva de las relaciones de propiedad, sancionando las injerencias ilegítimas en predios vecinos que causan molestias al propietario agraviado, quien no tenía obligación de soportarlas. El derecho ambiental asume las instituciones del derecho civil que abordan las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia, en base a las cuales se ha instrumentado la solución de múltiples conflictos originados por la incidencia de la contaminación que produce daños sensibles sobre la propiedad privada, pero es necesario distinguir los daños a las personas o a las cosas por alteraciones al medio ambiente y el daño al ambiente propiamente dicho. El primero de

²⁹ Un ganadero obtiene un beneficio directo de la cría de sus propios animales, que pastan en un campo común, pero que también debe pagar un costo en razón de la escasez de la hierba, costo que crece con la cantidad de sus animales. Sin embargo, como comparte sus costos con los otros ganaderos mientras que el rédito solo proviene de su ganado, tiene interés en aumentar su rebaño y apacentar cada vez más animales. Como cada ganadero tiene el mismo interés, esta estrategia lleva a una creciente escasez de la hierba, es decir, a la desaparición del recurso común.

³⁰ Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Ambiental*, Madrid, España, Ed. Trivium, 2001, p.62, 63.

ellos es asimilable a las diversas hipótesis de daño, ya reconocidos por el derecho clásico. La segunda noción conceptual del daño es el perjuicio o menoscabo soportado por los elementos de la naturaleza o el medio ambiente, pudiendo además recaer específicamente en personas o bienes jurídicamente tutelados. Como ya se ha manifestado, generalmente los daños ambientales traen consigo impactos ambientales y detrimentos patrimoniales en las personas a causa de esos impactos, pero hasta la actualidad el derecho se ha preocupado por el primer concepto de daño, dejando relegada la atención y la solución del daño ambiental como unidad integral e integradora.

1.2.2.- Racionalidad del derecho ambiental.

Lo que definió la estructura jurídica que los Estados construyeron para su propia administración fue la creencia de que los recursos naturales eran inagotables, de ahí que los Estados posibilitaron el acceso irrestricto a esos recursos considerados como “materias primas” para reafirmar un derecho que nació antes que el ambiental: el derecho a la “libre empresa”, que inicialmente era reconocido como la posibilidad de los ciudadanos a incurrir en actividades productivas, aprovechando los recursos, para generar rentabilidad.

Bibiloni ³¹ traza una línea histórica de la percepción del ambiente en el derecho y la influencia de la corriente ecologista en su reformulación; señala que a partir de los resultados de los trabajos de investigación de Charles Darwin, a mediados del siglo XIX, comienza a delinearse el concepto que hasta la actualidad existe sobre el ambiente, como comprensivo del comportamiento de los seres vivos y de los factores externos que

³¹ Héctor Bibiloni, *El proceso ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Lexis Nexis, 2005, p. 75 y ss.

ejercen influencia sobre su conducta. Es decir, tanto los seres vivos como los recursos de la naturaleza eran bienes que debían administrarse.

La Ecología, dice Bibiloni, fue revelando poco a poco que los seres vivos intercambiaban entre sí, y con el medio físico, una red de complejas y variadas relaciones que lo abarcaban todo, es decir, existía entre el hombre, los demás seres vivos y las cosas inanimadas, una íntima interdependencia integral que aunque demostró ser estable, es también de un frágil y delicado equilibrio. Continúa Bibiloni explicando que la Ecología, como ciencia, pretendía la defensa de aquella intrincada trama de relaciones que lo abarcaba todo; así surgieron corrientes conservacionistas extremas que preconizan que debemos regresar al pasado porque todo lo que hacemos ocasiona daño; y otras moderadas que promulgan que el acceso a los recursos naturales debe estar caracterizado por la sostenibilidad y sustentabilidad. Frente a esto, los sectores políticos y económicos, principalmente, salieron en defensa de sus intereses haciéndolos ver como los intereses de todos. En este marco se generaron propuestas de diverso tipo y en ese desorden, señala Bibiloni, se levantó un serio obstáculo para determinar con mayor precisión los intereses jurídicos que debían ser materia de tutela.

Hay necesidad, según Rubén Elías Morán,³² citando a Ramón Martín Mateo, de definir al ambiente para sustantivizar la materia que es objeto de este sector nuevo en el ordenamiento legal general. Sin embargo Mateo³³ señala que en la estructura del derecho hay un concepto técnico jurídico de ambiente, pero existe indudablemente otra noción amplia, a veces incoherente aunque legal e incluso constitucional de este concepto, lo que nos obligará en cada caso a escudriñar qué es lo que se quiere tutelar, para lo que hay a veces referencias de carácter hedonístico como la remisión a la calidad

³² Rubén Elías Morán, *Derecho Procesal Civil Práctico*, Tomo II, Quito, Ecuador, Ed. Edilex, 2008, p.345.

³³ Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Ambiental*, Madrid, España, Ed. Trivium, 2001, p.80, 81.

de vida, o filosóficos como la dignidad humana a la que parece remitir la mención que hacen las constituciones, al derecho a disfrutar de un Medio Ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, a lo que desde el naturalismo se adiciona la utilización racional de los recursos naturales. Dice Mateo, que todo ello parece inconexo y asistemático, por lo que debemos concluir con una obviedad: El objeto del ambiente en sentido amplio será lo que el legislador quiera que sea. Leff³⁴ afirma que la racionalidad capitalista no se combate tan sólo con los valores de una nueva ecosofía o de la filosofía de la ecología social, sino que se requiere la construcción de otra racionalidad social: la racionalidad ambiental.

Narváez³⁵, en referencia a Leff, dice que el proceso civilizatorio de la modernidad se ha fundado en principios de racionalidad económica instrumental que han moldeado las diversas esferas del cuerpo social: los patrones tecnológicos, la organización burocrática y los aparatos ideológicos del Estado. El autor en cita señala que la problemática ecológica cuestiona los costos socio – ambientales derivados de una racionalidad productiva fundada en el cálculo económico, en la eficacia de los sistemas de control y predicción, en la unificación de los comportamientos sociales y en la eficiencia de los medios tecnológicos. La cuestión ambiental plantea así la necesidad de introducir reformas democráticas al Estado, de incorporar normas ecológicas al proceso económico y de producir nuevas técnicas para controlar los efectos contaminantes y disolver las externalidades socio – ambientales generadas por la lógica del capital.

Dice Leff que la realización del concepto de racionalidad ambiental es la concreción de una utopía que emerge como una respuesta social a otra racionalidad que ha tenido su momento histórico de construcción, de legitimación y de tecnologización.

³⁴ Enrique Leff, *Saber Ambiental*, México D.F. , México, Ed. Siglo XXI, 2002, p. 177 - 179.

³⁵ Iván Narváez, *Derecho ambiental y sociología ambiental*, Quito, Ecuador, Ed. Jurídica Cevallos, 2004, p. 67 – 70.

La racionalidad ambiental incorpora un conjunto de valores y criterios y se construye mediante la articulación de cuatro esferas de racionalidad: la *racionalidad sustantiva*, que propende a fomentar el desarrollo de las colectividades que se desenvuelven en su espacio ambiental, preservar la diversidad biológica del planeta, conservar y potenciar el desarrollo sostenible, preservar el patrimonio natural y cultural que ha emergido de la interacción del hombre con el medio ambiente; la *racionalidad teórica* que pretende la generación de criterios para evaluar proyectos y estilos alternativos de desarrollo; la *racionalidad instrumental* que pretende la creación e incorporación de instrumentos técnicos, ordenamientos jurídicos, arreglos institucionales y procesos de legitimación que traduzcan los propósitos del desarrollo sustentable en acciones, programas y mecanismos que den eficacia a sus objetivos y, finalmente, la *racionalidad cultural* que busca la participación de las comunidades en la percepción, gestión y manejo de sus recursos.³⁶

La conservación del medio ambiente como un bien jurídico digno de tutela, la paralización de las causas de degradación ambiental, y la consagración de los derechos de tercera generación, son cuestiones que dentro de la economía clásica no fueron consideradas, pero que actualmente tiene consecuencias económicas visibles dentro de los sectores productivos, porque los costos que habría que comprometer para evitar esos deterioros o los que implican la reparación de los daños, son montos que, en varias legislaciones, deben ser justificados en la contabilidad que cada compañía lleva, o como en el caso ecuatoriano, deben asignarse conforme las políticas de prevención de daños por actividades de riesgo que la autoridad ambiental establece, previo a la emisión de las licencias ambientales que les permite operar dentro del Estado ecuatoriano.³⁷

³⁶ Enrique Leff, *Saber Ambiental*, México D.F., México, Ed. Siglo XXI, 2002, p. 170, 171.

³⁷ Las Licencias Ambientales son permisos emitidos por la autoridad ambiental para la incursión de una empresa en una actividad denominada de riesgo, estas se emiten una vez que la empresa haya acreditado

Desafortunadamente las políticas de prevención no hacen consideraciones integrales, sino que se limitan a satisfacer intereses economicistas tanto de los afectados como de los agentes dañosos. La valoración de los bienes ambientales deteriorados y la respectiva cuantificación económica debe recoger además de las pérdidas patrimoniales, todos los costos sociales, colectivos, sociológicos, culturales, psicológicos, esto al decir de Gherzi,³⁸ es un análisis epistemológico económico de los daños al ecosistema que permite la cuantificación desde una proyección social y no meramente individual o empresarial. Las políticas ambientales se perfeccionan en sus instrumentos para la prevención de los daños ambientales entre los que la doctrina menciona: estructuras normativas, ecoimpuestos, privilegios tributarios, permisos de desechos negociables, licencias ambientales (límites tolerables de contaminación), creación de mercados de derechos de contaminación (titularización para emisión de Derechos de Carbono), entre otros.

En conclusión, el reconocimiento del medio ambiente (considerado como un todo único, una universalidad) como objeto jurídico tutelado, es el primer paso que los Estados han de dar para la creación de un sistema de responsabilidad ambiental que posibilite su reparación conforme las bases epistemológicas del derecho ambiental

todos los requisitos especificados en las TULSMA y una vez aprobados sus estudios de impacto ambiental.

Ahora bien, en la práctica existe una confusión entre auditoría ambiental y estudios de impacto ambiental; La auditoría ambiental analiza la situación del ambiente en el momento en que se va a dar inicio al desarrollo de las actividades de riesgo (minerías, petroleras, madereras, etc.) y los impactos potenciales que se darían en este proceso, esto es, la auditoría ambiental expone de frente todos los riesgos ambientales a los que se expone una empresa. El estudio de impactos ambientales, en cambio, es un procedimiento previo a la incursión en la actividad de riesgo, que sirve como base en la toma de decisiones pues registra y valora de manera sistemática y global todos los efectos potenciales de un proyecto con el objeto de evitar desventajas para el medio ambiente. (Bustamante Alsina, 1995: 85) Además, el estudio de impactos ambientales es determinante, tanto en la legislación nacional como en la extranjera, para la obtención de ciertas autorizaciones administrativas como las licencias ambientales por ejemplo.

³⁸ Carlos Gherzi, *Daños al ecosistema y al medio ambiente*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 2004, p. 67.

porque las medidas preventivas y las acciones que este promueve, son tendentes a la conservación del espacio natural que abarca la protección a cada uno de sus elementos.

1.3.- Teoría de la responsabilidad civil.

El derecho romano consagró esencialmente tres principios: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y, *alterum non laedere*, (no dañar al otro). Este último hace referencia al concepto de “alteridad”³⁹ ya que jurídicamente la estructura del derecho civil protege a la víctima de los daños, y genera para el agente dañoso la obligación de restituir y/o reparar a esa víctima por el detrimento patrimonial que su accionar le haya causado. A esta obligación jurídica de indemnizar el daño causado - considerada también como sanción resarcitoria - que nace para quien generó el daño en la persona o en los bienes de otro, es lo que de modo general se denomina “Responsabilidad Civil”, que se distingue de la responsabilidad penal por ser esta última la obligación de estar a las consecuencias jurídicas, predeterminadas por la ley formal con carácter de orgánica, que el ordenamiento señala como consecuencia de la realización de un hecho comisivo u omisivo, que reviste los caracteres de punible.⁴⁰

La obligación de “responder” por los daños causados tiene su origen en el principio universal de justicia que pretende la restitución del patrimonio de la víctima al estado anterior a la concreción del acto dañoso. Existe en esta afirmación un elemento filosófico que es el concepto de “justicia”, uno económico que es la restitución del

³⁹ Partiendo del concepto de “daño” que se expuso anteriormente, los daños originados por el propietario de los bienes afectados no entran en las consideraciones de la responsabilidad civil.

⁴⁰ ESPASA, *Diccionario Jurídico*, Madrid, España, Ed. Espasa, 2001, p. 1271

detrimento patrimonial. Jurídicamente el bien tutelado es el derecho subjetivo del agraviado por el daño inferido por los actos del agresor.

El fin último de la responsabilidad civil es la indemnización de los detrimentos que se ocasionen a los particulares como consecuencia del incumplimiento de una relación jurídica obligacional, o por los efectos negativos que las actividades de una persona generan en otra, sin que exista un vínculo previo entre el productor del daño y la víctima. La responsabilidad civil es a su vez el fundamento de la reparación civil.

La *responsabilidad civil* es, entonces, la obligación de indemnizar a otro por el daño que se le ha inferido por el cometimiento de un delito o cuasidelito, dando el derecho para exigir su cumplimiento tanto al causante del daño como a sus herederos. La *reparación civil* consiste en resarcir a la víctima de la infracción del orden jurídico, o a los causahabientes de la misma, de todo quebranto de orden económico, resarcimiento que se completa con la indemnización de perjuicios. La reparación operará posterior a la cuantificación del daño por regulación del tribunal, atendiendo el precio de la cosa y el de la afección del agraviado.⁴¹

La presencia de la culpa en el cometimiento de los actos dañosos ha sido fundamental en diferentes etapas de la historia del derecho. El derecho más primitivo atendía de igual forma a la responsabilidad civil y penal y generaba en el agente dañoso la misma obligación de reparar por el daño causado independientemente de la existencia del “ánimus”, considerando además que esta obligación era sucedida por los herederos de quien causó el daño, lo que finalmente degeneró en el abuso del derecho. El derecho romano no diferenciaba los ilícitos en civiles y penales, sino más bien los dividía en delitos públicos y privados. La iglesia, a través del derecho canónico, asoció a la culpa con el pecado, e incorporó los conceptos de pecado grave y leve que eran distintos de la

⁴¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1982, p. 546. El tema referente a la cuantificación del daño será analizado en otro acápite de esta investigación.

“negligencia”. Más adelante se distingue entre responsabilidad penal y responsabilidad civil. La tipificación surgió como el fundamento de la responsabilidad penal mientras que en la responsabilidad civil se incorpora la culpa como uno de sus requisitos generadores. Al respecto Llabias, citado por Alterini, señala que *“muy lentamente la humanidad se fue desembarazando de ese infantilismo jurídico que atendía a la cruda materialidad del obrar sin advertir que los actos humanos son tales por la carga intencional que los anima, pues de otro modo, desprovistos de esa calidad personal quedan destituidos de su dignidad para pasar a ser simples hechos del mundo animal, externos al hombre”*⁴²

En el siglo XIX aparece el movimiento racionalista que criticaba el positivismo imperante en la época y por el cual cada monarca, príncipe o autoridad local dictaminaba sus propios ordenamientos jurídicos generando un caos por la excesiva normatividad existente, promulgando que el derecho debía reformarse para tornarse en un sistema preciso, completo y coherente, consagrador de principios, de los cuales se desprenderían normas para todos los casos jurídicamente relevantes. Domat y Pothier, junto con otros autores de antes de la Codificación francesa, impulsaron la creación de un principio general de responsabilidad civil a partir de la interpretación de los textos jurídicos romanos y las teorías de los jurisconsultos romanos.

El Código Civil francés de 1804 recogió en un solo corpus iuris todas las normas dispersas que respondían a la ideología liberal burguesa de los juristas racionalistas. En este nuevo orden jurídico, la ley era considerada la única fuente legítima de derecho.⁴³

El derecho francés - dados los intereses que protegía - puso su atención a la resolución de los conflictos generados por daños desde la posición del agente dañoso y

⁴² Atilio Alterini, *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Argentina, Ed Dike, 1995, p. 155.

⁴³ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 2003, p. 324.

otorga a la culpa el lugar de elemento generador de la responsabilidad civil que no había tenido en el derecho romano, justificando que esta es la institución jurídica que responde al principio económico del “dejad hacer, dejad pasar” mientras no existiera la prueba de que la actuación dañosa seguía la lógica canónica de la “culpa – pecado” pues la principal implicancia de la culpa en el aspecto económico es que no debía limitar el nivel de actividad siempre que se observe el nivel de diligencia requerido para no tener que responder.

Esta concepción generó cierta desprotección e indefensión a la víctima del daño en el sentido de que puso sobre esta todo el peso de tener que probar la existencia de la intención de causarle el daño que pudo haber tenido el agresor, y en caso de no poder hacerlo, debía resignarse a soportar los agravios. Dice Alterini que quien causó un daño no estaba exento de un reproche moral. Pero – curiosamente – la ortodoxia de este esquema subjetivo lo eximía del reproche patrimonial.⁴⁴

A partir de entonces, los Códigos Civiles que han seguido la tradición del Código francés, han conservado para la responsabilidad civil la característica de ser eminentemente subjetiva y reparadora, creando un sistema de sanciones pecuniarias, principalmente, para los casos de incumplimiento de la norma *alterum non laedere* interpretada por el legislador de cada país, y reconocen en los actos jurídicos y los hechos jurídicos la fuente de las obligaciones. Cabanellas manifiesta que todo hecho productor de efectos para el derecho se denomina hecho jurídico; cuando este hecho procede de la voluntad humana, se denomina acto jurídico.⁴⁵ Estas actuaciones jurídicas se consideran, respectivamente, como las fuentes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

⁴⁴ Atilio Alterini, *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Argentina, Ed Dike, 1995, p. 157.

⁴⁵ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de derecho usual*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Omeba, 1968, p. 96.

1.3.1. Responsabilidad Civil Contractual.

La responsabilidad civil contractual surge por el incumplimiento de las obligaciones generadas en una relación jurídica que las partes – el autor del daño y la víctima - voluntariamente crearon con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad.⁴⁶ Partiendo de la premisa “los contratos son ley para las partes contratantes”, estos obligan a sus suscriptores a cumplir lo que se expresa en ellos, y a asumir las consecuencias que la ley hace nacer de la obligación.

La responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en razón de un contrato supone la existencia de presunción de culpa sobre el deudor o agente dañoso, y por ende la carga de la prueba recae sobre este, quien mientras no demuestre que su incumplimiento, o retraso para el cumplimiento de sus obligaciones no le son imputables, está obligado a reparar el daño que ese incumplimiento o retraso le acarreo a su acreedor o víctima del daño. Al acreedor le es suficiente demostrar el cumplimiento de las obligaciones por él adquiridas en el contrato y el incumplimiento de la obligación de dar, hacer o no hacer que asumió el deudor para que se presuma la culpa de este último. El Código Civil ecuatoriano no hace referencia a la ilicitud del incumplimiento sino únicamente a que este exista.

La culpa, en la responsabilidad civil contractual, es la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.⁴⁷

⁴⁶ Para que la relación jurídica previa pueda generar responsabilidad civil contractual debe atender los requisitos establecidos en el artículo 1461 del Código Civil y estar liberada de vicios.

⁴⁷ Atilio Alterini, *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Argentina, Ed Dike, 1995, p. 224. El artículo 29 del Código Civil ecuatoriano aunque no conceptualiza la culpa, la asemeja a la predisposición subjetiva del individuo en determinadas circunstancias, así pues la culpa grave es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún 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, o la diligencia con que un buen padre de familia debe administrar un negocio; y culpa levísima es la falta de aquella esmerada diligencia que un

Las causas que en la legislación ecuatoriana eximen al deudor tanto del cumplimiento del contrato como de la obligación de pagar daños e intereses por el incumplimiento, son la fuerza mayor o el caso fortuito en las formas determinadas por el Código Civil, y al tenor del artículo 1563 de este cuerpo normativo la carga de la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.

Ahora bien, la responsabilidad civil contractual puede ser limitada por mutuo consentimiento de las partes mediante la inclusión de cláusulas penales dentro del propio contrato, situación que no procede en la responsabilidad civil extracontractual por no existir relación previa entre las partes.

Bustamante Alsina,⁴⁸ haciendo un análisis de la legislación argentina, señala que los principios de la responsabilidad contractual son: a) El deudor debe responder de los daños y perjuicios que ocasiona al acreedor el incumplimiento de la obligación, b) El incumplimiento de la obligación importa la presunción de culpa del deudor. c) La culpa se juzga en abstracto, d) No existe graduación de la culpa en relación al mayor o menor provecho que el contrato reporta al deudor. El artículo 1563 del Código Civil ecuatoriano si considera este último punto al establecer que el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

⁴⁸ Jorge Bustamante Alsina, *Teoría General de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Argentina, 8ª ed., Ed. Abeledo Perrot, 1993, p. 47.

Cuando la responsabilidad civil contractual ya ha sido determinada, el acreedor puede solicitar como formas de reparación por las afectaciones sufridas las siguientes medidas:

OBLIGACIÓN	REPARACIÓN	ART. Código Civil
Dar	- Indemnización de perjuicios	1564
Hacer	- Indemnización de la mora - Hacer ejecutar el contrato por un tercero ó indemnización por perjuicios	1569
No Hacer	- Destrucción de la cosa hecha por el deudor ó por el acreedor a expensas del deudor. - Indemnización de perjuicios	1571
Pagar una cantidad de dinero	- Indemnización de perjuicios por la mora	1575

1.3.2. Responsabilidad Civil Extracontractual.

La responsabilidad civil extracontractual es una institución tan antigua como la responsabilidad contractual. Es la obligación de resarcir o reparar, que nace para una persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo **contractual** legal. Es decir, nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica previa.

Tuvo su origen en el Derecho Romano,⁴⁹ con la expedición de la ley de las XII Tablas que autorizaba a los acreedores a poner en venta como esclavo al deudor impago, después de sesenta días de prisionero. Específicamente en la tercera tabla se consagra la obligación de indemnizar por los daños ocasionados por créditos impagos, (de lo que se desprende la responsabilidad por hechos propios) y en la octava tabla se consagra la ley

⁴⁹ Históricamente, la responsabilidad civil extracontractual ha tenido dos enfoques: la romana, denominada subjetiva, se erige sobre la existencia de la culpa en el accionar del agente dañoso, y la anglosajona, denominada objetiva, que se erige sobre el riesgo y la efectiva existencia del daño, y en cuya determinación no se toma en cuenta la culpa de quien genera el daño, sino únicamente como atenuante para la imputación del deber resarcitorio.

del talión y se castigan los daños causados por animales, el encantamiento de las cosechas, el traslado indebido de frutos y la tala de árboles⁵⁰ (responsabilidad por hechos ajenos, o de cosas o personas a cargo del sujeto). El fundamento es el quebrantamiento del principio general del derecho “*alterum non laedere*” ó “*neminem laedere*” (no causar daño a otro).

En el Código Civil francés de 1804 se evidenció la preocupación de sus redactores por asegurar la reparación de los daños, pero por las características de este Código que ya se han mencionado anteriormente, el principio rector de la responsabilidad civil fue, que esta no existe sin culpa, y que es el que persiste hasta la actualidad bajo el nombre de responsabilidad civil extracontractual subjetiva.⁵¹ Con esta estructura jurídica, la víctima sólo podía alcanzar el derecho a ser indemnizada si conseguía demostrar la culpa del autor del daño. En la época del industrialismo, con la aparición del maquinismo y la proliferación de los accidentes por la circulación vehicular por un lado, y los laborales por otro, la víctima experimentaba mayores dificultades para aportar tal prueba⁵².

Hacia finales del siglo XIX, juristas de la época, entre los que se destacan Raymond Saleilles y Josserand, se pronunciaban en favor de relevar a los trabajadores de la carga de la prueba sobre la existencia de la culpa del patrono en los casos de accidentes laborales como requisito previo para ser indemnizados, a la vez que promovían la asunción por parte del patrono de todos los riesgos del trabajo independientemente de la existencia de culpabilidad alguna, sustentándose en la teoría

⁵⁰ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1982, p. 174

⁵¹ Con el desarrollo doctrinario posterior a la promulgación del Código Napoleónico, la tendencia jurídica se inclina por el principio “no hay responsabilidad civil sin daño”.

⁵² Henry Mazeaud; *Lecciones de derecho civil*. Vol. I. Buenos Aires, Argentina; Ed. Europa América; 1.959. p. 93.

del riesgo que de modo general suponía que el creador de una fuente de daño que le genera rentabilidad, debe asumir la reparación si los riesgos generaban perjuicio a los trabajadores. Jossierand con la tesis de la responsabilidad a causa de las cosas que se tienen bajo guarda y Saleilles con la teoría del riesgo, confluyeron a un punto común: el fundamento de la responsabilidad civil no es ya la culpa, sino el acto dañoso, cuya neutralización se logra mediante la reparación del daño.⁵³ A esta teoría se le denomina responsabilidad civil extracontractual objetiva.

Con el desarrollo tecnológico, la iniciación de era post industrial, la incursión en la creación de armamentos nucleares, y el desarrollo de actividades denominadas de riesgo como la petrolera, minera, maderera, entre otras tantas, los daños que resulten de estas cosas peligrosas o por el ejercicio de estas actividades riesgosas, deberían estar sometidas al principio de la responsabilidad civil extracontractual objetiva, y no como en las estructuras jurídicas actuales que aún conservan la responsabilidad civil extracontractual subjetiva para casi todas estas actividades, puesto que la antijuridicidad no es únicamente la violación de una conducta legalmente impuesta, sino que significa una agresión al principio “*alterum non laedere*”.

1.3.3.- Responsabilidad civil extracontractual subjetiva y objetiva en la temática ambiental.

La responsabilidad civil extracontractual subjetiva, establecida desde los tiempos de la antigua Roma y que se mantiene en los sistemas jurídicos que han seguido la tradición romano – germánica, ve en la culpa del agente dañoso el hecho generador de la obligación de indemnizar y reparar por el daño producido, aplicando las reglas

⁵³ Saúl Uribe García, *La responsabilidad por riesgo*, artículo tomado de la Revista Ratio Iuris N° 1, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín – Colombia, 2006.

jurídicas propias del derecho civil. Este tratamiento normativo se ha extendido al ámbito del daño ambiental para afrontar el problema de la responsabilidad y sus posteriores efectos. Para la responsabilidad civil extracontractual objetiva, el hecho generador de la obligación de resarcir o reparar es la realización de los actos o hechos dañosos y la relación jurídica nace en el momento en que ocurre el daño, dado que no existe obligación alguna predeterminada por no existir relación jurídica previa.

La doctrina concuerda en que los elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual son: una acción u omisión antijurídica, la efectiva existencia del daño, y la relación nexo causal entre el acto dañoso y el daño en sí. Creemos necesario incorporar como un elemento adicional, aunque no menos importante, el “factor de atribución”,⁵⁴ ya que ese elemento es el que determina que la responsabilidad extracontractual sea subjetiva u objetiva.⁵⁵ A diferencia de la responsabilidad civil contractual - que puede ser limitada por acuerdo de las partes -, la extracontractual no puede ser limitada cuando la actividad lleva implícito el riesgo de la generación de daños ambientales, porque en estos casos la mera presencia del daño provoca el vínculo entre el autor y los damnificados. El hecho de haber actuado con la diligencia requerida no excusa el pago de los daños ocasionados y la única causa que extingue la presunción de responsabilidad del agente dañoso es probar la ruptura del nexo causal, y no la

⁵⁴ El factor de atribución es el fundamento jurídico que justifica la existencia de responsabilidad y sus consecuencias. En la legislación ecuatoriana el fundamento de atribución de la responsabilidad por daño ambiental es la culpa o negligencia de quien desarrolla la actividad dañosa (artículo 2229 del Código Civil). La situación ideal sobre el factor de atribución sería su objetivización, es decir, crear una presunción jurídica de existencia de culpa cuando se incursiona en actividades de producción de bienes o servicios que generan contaminación tolerada, o cuando la producción no responde a la adecuación constante que el proceso productivo debe realizar en función de cambios tecnológicos capaces de lograr producción ecológicamente sustentable. (Ghersí, 2004, p. 145) y más ampliamente, la mera incursión en actividades denominadas de “riesgo” (Uribe, 2006, p. 1)

⁵⁵ En el caso peruano este elemento ya ha sido incorporado en su legislación y ha sido objeto de comentarios por parte de los juristas de ese país, tal es el caso del doctor Lizardo Taboada Córdova dentro de su obra “*Elementos de la responsabilidad civil*”, Lima, Perú, Ed. Jurídica Grijley, 2001.

inexistencia de culpa – en cualquiera de sus formas: imprudencia, negligencia o impericia -, como en la teoría subjetiva.

Sandra Mejías Álvarez⁵⁶ manifiesta que la responsabilidad civil extracontractual subjetiva se perfecciona cuando existe una acción (facere) u omisión **culposa** (non facere) que sea ilícita, es decir, contraria a Derecho y que además exista el elemento subjetivo de la culpa o el dolo; el menoscabo cierto que como consecuencia de un evento sufre una persona tanto en sus bienes como en su persona; y una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, sin que exista vínculo contractual entre el que realiza la acción u omisión y el que sufre el daño; pues de lo contrario se aplicarían las reglas que rigen las obligaciones nacidas de los contratos. Concordando con el criterio de Osorio,⁵⁷ la autora citada señala que además no debe existir una acción culposa de la víctima que haga aplicable el principio de concurrencia de culpas, el cual tiene su sustento en otro principio del derecho: “la mora purga la mora”.

Bustamante Alsina⁵⁸ manifiesta que la responsabilidad civil extracontractual *subjetiva* tiene las siguientes características: a) Obligación general de responder por el daño causado a otro; b) La imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa: no hay responsabilidad civil sin culpa; c) la culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia; d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones; e) la obligación de responder es una sanción resarcitoria y no represiva del daño causado.

⁵⁶ Sandra Mejías Álvarez, *Obligaciones nacidas de la responsabilidad extracontractual*, vista en www.mejiasabogados.es el 06 de enero de 2008.

⁵⁷ Manuel Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1984, p 94.

⁵⁸ Jorge Bustamante Alsina, *Teoría General de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Argentina, 8ª ed. Ed. Abeledo Perrot, 1993, p. 47.

Los elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual *objetiva* son los mismos que los de la responsabilidad subjetiva. El criterio transformador de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva a la objetiva es la perspectiva desde la que se entiende al factor de atribución, como lo explica Ghersi:⁵⁹ el factor de atribución es el elemento determinante para la medición de la extensión de la reparación, el cual es la culpa o dolo tratándose de responsabilidad civil extracontractual subjetiva,⁶⁰ y en su carencia, la presencia de las consecuencias mediatas e inmediatas que tengan un nexo adecuado de causalidad con el daño, refiriéndose a la responsabilidad civil extracontractual objetiva.⁶¹

Bajo estas precisiones cabe preguntarse ¿la responsabilidad civil extracontractual subjetiva surge por un acto lícito, o únicamente en presencia de un acto ilícito?

Oswaldo Manthey⁶² sostiene que la concepción subjetiva de la responsabilidad hoy en día ha experimentado cambios que la impulsan a ser mas objetiva, por lo que

⁵⁹ Carlos Ghersi, *Derecho y reparación de daños*, Tomo IV, Buenos Aires, Argentina, Ed. Universidad, 2003, p. 69 y 70.

⁶⁰ Ghersi, en la obra citada, comenta que tanto en el Código Civil de Vélez Sarsfield como en la reforma del Código Civil argentino de 1968, aún existe un vacío legal en la determinación de los elementos configuradores de la responsabilidad civil extracontractual por lo que en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Argentina, se asumió como situación provisoria que debía aplicarse la extensión del “cuasidelito” lo cual significa que la legislación argentina – al igual que la ecuatoriana – es tendente a la responsabilidad civil extracontractual subjetiva ya que para la consumación de un cuasidelito, es imperiosa la presencia de la culpa (mas no la intención de dañar porque eso configura un delito) por parte del agente dañoso. Ver artículo 2184 del Código Civil ecuatoriano, y artículo 1109 del Código Civil argentino.

⁶¹ El Código Civil ecuatoriano guardando coherencia con la institución de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, en su artículo 2236, concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por **imprudencia o negligencia** de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción. Sin embargo en un avance normativo, la constitución de 1998 en su artículo 91 ya contempla la facultad de iniciar acciones aún cuando el daño no se ha configurado (Principio Precautorio).

⁶² Oswaldo R. Manthey Pinto, *Canalización de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Ambiental*, en Revista Jurídica “La hora judicial” www.derechoecuador.com/Index.php?option=com_content&task=view&id024138Itemid=426. Vista el 06 de enero de 2008.

permite pensar que la responsabilidad civil extracontractual no se basa exclusivamente en la idea de culpa del sujeto que causa el daño, sino que por el contrario, se basa en la idea de peligrosidad o en la posibilidad de generar un resultado dañoso, que revisten ciertas actividades, aunque estén permitidas por el Estado, más aún cuando la práctica de éstas le suponen al agente dañoso un beneficio económico, mientras que a los sujetos ajenos a la comisión de las actividades les genera una lesión o menoscabo de su patrimonio o tienen la incertidumbre de que un daño aparezca.

Gherzi, citando a Lorenzetti, dice que la afectación del ambiente constituye de por sí una actividad contraria a derecho, es decir, antijurídica, ya que existiendo el derecho a vivir en un ambiente sano, la ilicitud surge de la mera circunstancia de alterar a ese bien, y que en los casos de daño ambiental, el factor de atribución es objetivo, ya que quien crea el riesgo al ambiente es el que debe resarcir.

Mosset⁶³ desarrolla este punto y dice que la conducta activa o pasiva del agente para merecer la sanción resarcitoria debe, en primer lugar, ser contraria a Derecho, así la conducta del agente dañoso debe ser violatoria de una ley, decreto, reglamento u ordenanza; violatoria de las buenas costumbres o del orden público que resguardan la salud de la población; violatoria de la buena fe, probidad o lealtad; o violatoria de los principios éticos de respeto a la persona humana, a su integridad psicofísica, a su dignidad; pero que el punto de inflexión de la antijuridicidad se ha desplazado de la conducta del agente – visión subjetiva – al resultado de ese obrar activo o pasivo – contemplación objetiva -. La preocupación del Derecho es el “daño injusto” a partir del principio *alterum non laedere*, que cuando es transgredido convierte al acto inicialmente lícito, más que en ilícito, en injusto. Dice el autor en cita que esa es la razón principal por la que los ordenamientos jurídicos han admitido supuestos de responsabilidad con

⁶³ Jorge Mosset Iturraspe, *Daño Ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2005, p. 95 - 106

base en daños causados por conductas lícitas, y que esa licitud inicial no impide que se sancione el resultado al cual arriba, que es el resarcir por el “daño injustamente padecido” aún existiendo autorización para funcionar, ya que esta nunca puede interpretarse como “autorización para dañar”. Coincidimos plenamente con este criterio.

El derecho ambiental no restringe su aplicación a actos lícitos o ilícitos, sino que toda su estructura entra en juego frente a la presencia (reparación), o la posibilidad de la presencia (prevención) de un daño ambiental, aun cuando la antijuridicidad del acto determine la existencia de responsabilidad civil y a pesar de que el agente dañoso cuente con autorizaciones administrativas para el ejercicio de sus funciones y haya cumplido estrictamente la normativa que rige sus actividades, porque la antijuridicidad del acto surge cuando se trasgrede un bien jurídicamente tutelado o un derecho reconocido⁶⁴, y tratándose de derecho público, el Estado – quien además figura como garante de los derechos ambientales – está obligado a velar por el bienestar común, aunque las dificultades que ha tenido para afrontar los problemas ambientales generados por el desarrollo industrial no le permitieron cumplir adecuadamente con su función preventiva y reparadora, en cuanto a los derechos ambientales de sus ciudadanos se refiere, y tampoco pudo evadir la responsabilidad solidaria que comparte con los agentes generadores de daños. En la legislación ecuatoriana esto ha sido constitucionalmente consagrado en el artículo 91 de la Carta Magna; que el Estado, sus delegatarios y concesionarios serán responsables por la prestación deficiente de los

⁶⁴ Frente a la responsabilidad civil extracontractual objetiva, un sector doctrinario propugna por el reconocimiento de la responsabilidad por riesgo que es una teoría que rebasa a la objetiva. La teoría de la responsabilidad por riesgo no va a ser analizada en la presente investigación. Sin embargo hago referencia al objeto central de la misma: El mero hecho de vivir en sociedad conlleva riesgos, pero no es esta clase de riesgo la que califica una actividad o cosa de riesgosa. El riesgo que califica una actividad o cosa de riesgosa es aquel que se encuentra por encima de los estándares medios, el que está por encima del riesgo vital ordinario o aquel riesgo desfasado del simple riesgo de vivir en sociedad. La responsabilidad por riesgo procede únicamente en los casos claramente delimitados por el legislador, puesto que reconoce una tipicidad de la responsabilidad civil, en oposición a la atipicidad que caracteriza a la responsabilidad por culpa, la cual no atiende a casos específicos, sino que marca un principio general, de aplicación residual en tanto todo aquello que no esté regulado por leyes especiales, será el principio general el aplicable, es decir, la responsabilidad por culpa.

servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos, que degeneren en un daño ambiental.

De esto se concluye que el legitimado pasivo último de las acciones ambientales será el Estado a la vez que el llamado a establecer medidas preventivas a la generación de daños ambientales. Así pues como ejemplo, la expedición de licencias ambientales es una medida de tutela sustantiva inhibitoria que nace como iniciativa del Estado para procurar la NO producción de desastres ambientales. La autorización o declaración de aptitud ambiental condiciona el funcionamiento de una actividad industrial a una relativa seguridad de no impactar el ambiente con factores contaminantes que pongan en peligro la calidad de vida de las personas que conviven en ese mismo medio, a partir de la imposición de líneas de tolerancia a la contaminación, regulación de las características de las materias primas utilizadas en los procesos productivos, cualificación de los procesos para impedir contaminación innecesaria, y obligatoriedad en la utilización de niveles tecnológicos no contaminantes.⁶⁵

Con respecto a la carga de la prueba, en la responsabilidad civil extracontractual subjetiva la víctima del daño debe demostrar la culpabilidad del autor del acto dañoso.

Dice Alterini ⁶⁶ que el factor de atribución de la responsabilidad es de trascendental importancia para determinar la carga de la prueba, máxime en los casos donde no existe una presunción “favor victimae” como sucede con el sistema de responsabilidad civil extracontractual subjetiva que asume el principio de inocencia a favor del agente dañoso. Es decir, se presume que “la mayor parte de los autores de daños son inocentes de toda falta moral”, y que aún cuando se siga exigiendo

⁶⁵ Carlos Ghersi, *Derecho y reparación de daños*, tomo III, Buenos Aires, Argentina, Ed. Universidad, 2001, p. 127 - 129.

⁶⁶ Atilio Alterini, *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Argentina, Ed Dike, 1995, p. 184, 196.

literalmente un factor de atribución subjetivo para establecer el deber de resarcir, la culpa levísima alcanza para justificar la responsabilidad por los más importantes daños.

Siguiendo la misma línea, Ghersi⁶⁷ sostiene que si consideráramos que el fundamento de la responsabilidad por daño ambiental tiene, en nuestro régimen legal, justificación suficiente en la culpa de quien desarrolla la actividad que da origen al daño, difícilmente podría hallarse un responsable que este pasivamente legitimado para ser el destinatario de la acción y posteriormente obligado a resarcir.

La noción general de la carga de la prueba responde al principio “actori incumbit probatio” que significa que al demandante o actor le corresponde probar no solamente el daño sufrido, sino la cuantía del daño, el nexo causal entre el acto y el perjuicio, y la intencionalidad del agente dañoso de causar el daño⁶⁸. Esto en la práctica se torna complejo porque lo que la víctima debe probar es la subjetividad del agente dañoso en la comisión del daño y en el mejor de los casos, que el agente dañoso no actuó conforme a la normatividad a la que estaba obligado respetar y acatar.

Aún cuando el demandante y víctima del daño haya logrado probar el segundo supuesto, al autor del daño le basta probar una de las cuatro causales de liberación para ser eximido de la sanción resarcitoria que son: a) la inexistencia del nexo causal por haber existido una causa extraña y definida a la relación causal; b) que su actuación en el ejercicio de la actividad que generó el daño ha sido diligente y no ha quebrantado los límites de tolerancia de contaminación impuestos por el Estado; c) que el daño se ha producido por culpa de la víctima; y d) fuerza mayor no ligada a la incursión en la actividad que provocó el daño.

⁶⁷ Carlos Ghersi, *Derecho y reparación de daños*, tomo III, Argentina, Ed. Universidad, 2001, p. 49.

⁶⁸ Sobre la intencionalidad del agente dañoso de causar el daño, cabe acotar que la culpa tiene un doble elemento subjetivo: a) la voluntad para cometer la acción, y b) la omisión de precauciones y cuidados necesarios para evitar el detrimento o perjuicio.

En la responsabilidad civil extracontractual objetiva, y siempre considerando las características del bien jurídico tutelado (el medio ambiente), la posición del juez tiende a “prevenir, en vez de remediar”, y mira en la víctima del daño a un sujeto que ha sido perjudicado de alguna manera (en sus derechos o en su patrimonio) y que debe ser resarcido. La inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima de los daños, es lo que se denomina “favor victimae” que consiste en la atribución objetiva de responsabilidad civil mediante la creación de presunciones de causalidad y de existencia de culpa en el agente dañoso, que posibilita la satisfacción del interés del perjudicado en el resarcimiento del daño. Bajo este régimen, quien ha sufrido el perjuicio debe probar el nexo causal entre el acto dañoso y el daño padecido mientras que es el causante del daño el que debe sobrellevar el peso probatorio de crear en el juez el elemento de convencimiento que lo haga dictaminar en contra de las presunciones legales; la falta de esta prueba le genera al agente dañoso la obligación de resarcir y reparar los daños originados, más aún si estos se producen por el riesgo implícito de la actividad contaminadora.

Este cambio en la actividad probatoria responde a dos principios: el de cooperación, que obliga a asumir la carga probatoria a aquella parte que esté en mejores condiciones de suministrar la prueba y contempla la cercanía con los hechos de quien tiene el dominio fáctico de la situación que es el agente dañoso; y el de justicia, que libera del peso probatorio a las víctimas de un daño ambiental en contraposición a los detrimentos que injustamente han recibido. La causa que podría quebrar la estructura probatoria es la inexistencia del nexo causal entre la actividad que se reputa dañosa, y el daño.

Fue la aparición de nuevas industrias y la racionalidad económica – liberal del Sistema de Economía Capitalista de Acumulación Privada como un subsistema del Sistema Social de Derecho, cuyo objetivo es la reproducción de una clase dominante

para la administración de los recursos, sumada a la permisiva actuación del Estado frente a la excesiva acumulación de riqueza por parte de los dueños de los medios de producción, las que han determinado la necesidad de re-pensar en cuanto al factor de atribución y a la relación causal entre el autor del daño, el daño y la víctima. Es insostenible la vigencia del principio de la responsabilidad por culpa, porque no se puede mantener un sistema que exige a las víctimas demostrar la subjetividad con la que actúa el autor del acto dañoso y que en caso de no poder generar en el juez o magistrado un elemento de convencimiento, deba resignarse a la pérdida. El derecho de daños ha evidenciado la crisis de la culpa como elemento constitutivo de la responsabilidad civil, dando paso a la generación de un axioma más afín al *alterum non laedere* y es que “la víctima siempre debe ser indemnizada”. La administración de justicia en el Ecuador - aunque es reciente su incursión en el tema - está produciendo jurisprudencia que visibiliza el desarrollo de un nuevo sistema, a partir de la interpretación flexible de las normas cuando se trata de desastres ambientales.

1.4.- La responsabilidad ambiental como generadora del deber resarcitorio y reparatorio.

Como ya se ha manifestado anteriormente, el fin último de la responsabilidad civil es la indemnización de los detrimentos que se ocasionen a los particulares como consecuencia del incumplimiento de una relación jurídica previa, o por los efectos negativos que las actividades de una persona generan en otra, sin que exista un vínculo obligacional entre el productor del daño y la víctima. Sin embargo, el Derecho Ambiental ha trazado un eje transversal en las otras ramas del Derecho, impregnándolas de las actuales funciones de la responsabilidad por daños ocasionados al medio ambiente: la función reparadora o resarcitoria frente al daño ya producido, la función

preventiva o precautoria frente al riesgo de que el daño pueda producirse y la función punitiva. Ojeda Maestre⁶⁹ se muestra optimista respecto a la incorporación del Derecho Ambiental en las demás ramas jurídicas al afirmar que: *“En el nuevo derecho, la función social ambiental forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad y sus acciones no entrañarán ni privación ni expropiación. Incluso se llegará a imponer limitaciones a propiedades sin relevancia ambiental, en razón de su cercanía o proximidad con otros bienes de naturaleza ambiental. Cuando la libertad de empresa y la libre circulación de bienes se contrapongan a los valores ambientales se irá optando por estos últimos”* y señala además que en el nuevo derecho ambiental el Estado es más gestor que vigilante.

Hoy por hoy existen algunas normas administrativas y penales que pretenden sancionar las conductas que causen daños al medio ambiente, aunque con obstáculos que deben irse superando como en el caso del derecho penal, que exige que además de la tipicidad, exista la intencionalidad del autor del delito. En el área administrativa ha existido un desarrollo normativo tendente no sólo a determinar la cuantificación económica de los daños ambientales en base a las categorías tradicionales del derecho civil, sino que también posibilita a los magistrados la adopción de medidas – especialmente cautelares - necesarias para restaurar el medio ambiente alterado, además de la imposición de las sanciones tradicionales (multas, clausuras, arresto, etc.). Así mismo los Estados, como ya lo han hecho en otras materias, han adoptado medidas de contingencia como es la destinación de montos recaudados por concepto de multas, generalmente, para la reparación de los daños ambientales. En el caso ecuatoriano el 5% de los recursos que alimentaban el Fondo de Estabilización, Inversión Social y Productiva, y Reducción del Endeudamiento Público (FEIREP) creado en el año 2002,

⁶⁹ Ramón Ojeda Maestre, *El nuevo derecho ambiental*; México, [http://estade.org/derechopublico/El nuevo derecho ambiental%20Ojeda.doc](http://estade.org/derechopublico/El_nuevo_derecho_ambiental%20Ojeda.doc) vista el 27 de febrero de 2008

y que posteriormente fue extinguido porque esta iniciativa estatal no produjo buenos resultados, se debían destinar a la reparación ambiental y social en la Amazonía por daños causados con la incursión en actividades hidrocarburíferas y mineras. Esta situación contrasta, sin embargo, con la tendencia que también se observa hacia una cierta flexibilización de las facultades de policía de la administración pública por lo que finalmente la tutela del medio ambiente resulta insuficiente.

No obstante la ventaja de las medidas administrativas y penales, no se debe confiar exclusivamente al Estado la protección y conservación de la naturaleza, así como la lucha contra los daños al medio ambiente, es necesario que se complemente esta función con la acción de los particulares, mediante el sistema de la responsabilidad civil.⁷⁰

Partiendo entonces del fin último de la responsabilidad civil cabe preguntarse: ¿es necesario que se cause un daño a una persona o sus bienes para argumentar el surgimiento de la responsabilidad civil por un daño ambiental?

El sistema de responsabilidad civil actual está encaminado a la protección de los bienes que el legislador calificó de “jurídicamente tutelados”, y salvaguarda fundamentalmente los derechos de propiedad. La actividad del Estado para la protección al medio ambiente básicamente está definida por fines sanitarios que actúa a través del Derecho Administrativo, y la responsabilidad civil por un daño ambiental en el Ecuador, se presenta cuando se lesiona directa o indirectamente un derecho subjetivo, sin considerar las alteraciones al medio ambiente como objeto de tutela jurídica per se, porque el concepto de daño ambiental que motiva las acciones para su reparación, sigue entendiéndose como el detrimento sufrido por una persona determinada, en su propia

⁷⁰ Carlos Alberto Soto Coahuila, *El derecho frente a los depredadores del Medio Ambiente*; Perú, <http://info.upc.edu.pe/hemeroteca/tablas/derecho/advocatus/advocatus1305.htm> vista el 21 de diciembre de 2007.

persona o en sus bienes, como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental, aunque la norma jurídica establezca un concepto más integrador.⁷¹

La actividad judicial tendente a incorporar innovaciones al respecto ha sido criticada, pero es un indicio de que la perspectiva ambiental está siendo tomada en cuenta y que el panorama actual está en renovación. La legitimación activa de las acciones ambientales juega un rol protagónico en esta evolución del Derecho, porque se trata de quién titularizará en cada caso la acción civil para demandar la reparación de un daño ocasionado al medio ambiente, y ello requiere de un criterio amplio en los magistrados para reconocer a quien pretende obtener la tutela pública del medio ambiente, más aún cuando se refiere a la protección de los denominados “intereses difusos”.

Dice Ghersi, citando a Carranza, que frente a fenómenos como los que apareja el daño ecológico no se está ya en presencia de conflictos puramente intersubjetivos, como ocurre en la concepción individualista del proceso tradicional, sino que en razón de que el daño es difuso y la causa generalmente es colectiva, la violación puede producirse no solamente a nivel de un derecho subjetivo en estricto sentido, sino que pueden ser lesionados intereses legítimos y derechos colectivos.

⁷¹ Ley de Gestión Ambiental ecuatoriana: Glosario de términos: Definición de 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.”

CAPÍTULO SEGUNDO: Efectos de la responsabilidad ambiental: La reparación del medio ambiente

Dada su génesis, el derecho ambiental mantiene instituciones propias del derecho civil, sin embargo por su objeto de estudio se trataría más bien de derecho público. La relación entre el hombre y el medio ambiente debe estar regulada por el Estado, más aún si este es el garantizador de los derechos ambientales de sus ciudadanos como en el caso ecuatoriano y otras legislaciones latinoamericanas. La administración de los recursos naturales por cuenta de los particulares ha generado a la larga las consecuencias negativas que actualmente se pretenden controlar y regular.

El derecho ambiental moderno tiene un propósito *preventivo* que busca evitar los efectos dañinos de la contaminación mediante la implementación de políticas públicas tendentes a preservar la calidad ambiental, y de control; y uno *reparador*, cuando los daños ya se han producido y han alterado el ecosistema original, exigiendo la utilización de herramientas técnicas para su mitigación. Pero la razón de ser del derecho ambiental es la prevención de los daños ambientales y la precaución debida para que estos no se presenten, antes que su reparación. La “prevención” hace referencia a la peligrosidad previamente conocida de la cosa o actividad en la que se incurre, y lo que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. La “precaución” es, en cambio, la incertidumbre sobre la peligrosidad misma de la cosa o actividad, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar una respuesta al respecto.⁷² La fiscalización y el monitoreo de las actividades productivas que extraen los elementos que componen el medio ambiente para utilizarlos como materias primas en la elaboración de bienes y servicios, deben enfocarse en encontrar la línea de equilibrio

⁷² Isidoro Goldenberg y Néstor Cafferatta, *Daño Ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 2001, p. 68 y 69.

entre la producción y el desarrollo sustentable. La actividad productiva que se torne abusiva por sus fines encausados a la exacerbada acumulación de capital se traduce desde ya en impacto ambiental reparable, por la alteración ecosistémica a mediano y largo plazo que provoca.

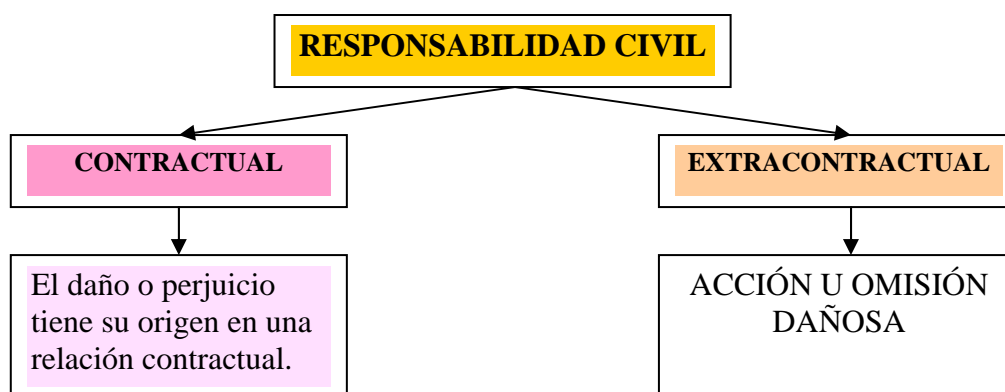
El principio precautorio que consta en el numeral décimo quinto de la **Agenda XXI**, estipula que: “con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”; la normativa nacional lo contempla en el inciso segundo del 91 de la Constitución de la República que señala que el Estado “tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño”, y en el artículo 19 de la Ley de Gestión Ambiental que prescribe que “ Las obras públicas, privadas o mixtas, y los proyectos de inversión públicos o privados que puedan causar impactos ambientales, serán calificados previamente a su ejecución, por los organismos descentralizados de control, conforme el Sistema Único de Manejo Ambiental, cuyo principio rector será el precautorio.”

El principio precautorio – llamado así indistintamente que se trate de prevención o precaución - exige al magistrado que dentro del proceso actúe en el rol de juez acompañante y protector, con activa participación, llegando, incluso, a la flexibilización de las formas procesales, en la medida que no se vulneren las garantías constitucionales de la defensa y del debido proceso. Esa elasticidad debe también orientar al juez en una apreciación comprensiva de la prueba, analizándola en su unidad sistémica más que en sentido literal y restrictivo.

Con el fin de facilitar la comprensión de las diferencias sustanciales en los efectos de la responsabilidad civil patrimonial tradicionalmente entendida (subjetiva), y los de la responsabilidad civil ambientalmente concebida (objetiva), presentamos una caracterización de las particularidades del daño ambiental que las instituciones del Código Civil ecuatoriano no han podido remediar.

2.1.- La responsabilidad civil extracontractual y el daño civil en el Código Civil ecuatoriano, frente al daño ambiental

Izquierdo Tolsada⁷³ sostiene que la responsabilidad civil contractual es aquella que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños a la/s otra/s; es decir, el daño se produce cuando el “otro”, quien mantiene una relación como acreedor o deudor dentro de una relación jurídica perfeccionada en un contrato, incurre en una acción que en los términos del contrato no debía cometer, o deja de hacer algo que si debía (omisión). Extracontractual es, en cambio, la que surge cuando la obligación resarcitoria nace entre personas que no se encontraban previamente vinculadas por un contrato o relación análoga, o estándolo, el agente dañoso genera consecuencias negativas no previstas en la relación contractual.



⁷³ Mariano Izquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, España, Ed. Dykinson, 2001, p. 78 y 79.

La responsabilidad civil extracontractual en la legislación ecuatoriana adopta un carácter sancionatorio - resarcitorio (patrimonial) que se fundamenta en las siguientes reglas: 1) No hay responsabilidad sin culpa, 2) La lesión recaerá sobre un derecho subjetivo y 3) El daño producido generará efectos de menoscabo en el patrimonio de otra persona. Estas reglas promueven que el perjudicado deba soportar un daño que en su consumación beneficia económicamente al agente dañoso y, se deje de lado los intereses relacionados con los valores de la persona originándose un sistema de protección a los intereses económicos.⁷⁴

El Código Civil, en su articulado, hace referencia indistinta a la responsabilidad civil. Es una obligación civil que nace de un delito o cuasidelito que ha inferido un daño a otro (art. 2184 C.C.); que puede imputarse cuando existe malicia o negligencia en el accionar de otra persona (art. 2229 C.C.); que genera el deber reparatorio para quien ocasionó el daño (art. 2214 C.C.); y que da derecho para exigir su cumplimiento tanto al causante del daño como a sus herederos (art. 1486 C.C.). Conviene abordar la temática a partir de una comprensión lógica conceptual que se desarrolla a continuación:

ARTÍCULO CÓDIGO CIVIL	TEXTO
1453	Las obligaciones nacen (...) a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos.
2184	Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, (...) del hecho voluntario de una de las partes. (...) Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.
2214	El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

⁷⁴ Osvaldo R. Manthey Pinto, *Canalización de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Ambiental*, en Revista Jurídica “La hora judicial” www.derechoecuador.com/Index.php?option=com_content&task=view&id024138Itemid=426. Vista el 06 de enero de 2008.

2229	Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.
2236	Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.
2237	Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados.
1486	Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles, las que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.
1572	La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.
OTROS	
1888	- El arrendatario que demuestra que no provocó el daño.
1953	- El acarreador que demuestra que el daño fue provocado por culpa del pasajero.
2147	- El administrador que es responsable de todo daño que se cause a los efectos que administra por culpa suya.
2226	- El dueño de un animal es responsable de los daños causados por éste, aún después que se haya suelto o extraviado
2227	- El que tenga un animal fiero un animal fiero que no reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio es responsable de los daños que cause el animal.
2228	- El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio es imputable a todas las personas que habitan esa parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola.

El código penal ecuatoriano diferencia la responsabilidad civil de la penal en el Art. 67 que señala que la condena a las penas establecidas por este Código es independiente de la indemnización de daños y perjuicios de acuerdo con las normas del Código Civil y de Procedimiento Civil.

El daño clásico y el daño ambiental coinciden en cuanto a sus elementos configuradores, pero es la perspectiva desde las que se los analiza y trata lo que particulariza a este último del primero.

2.1.1.- Los elementos comunes

El acto o hecho jurídico: Ya se ha dicho que el primer presupuesto de la responsabilidad civil es la existencia de un acto o hecho jurídico, así mismo se estableció que estos actos o hechos deben provenir de una persona o personas distintas al propietario de los bienes afectados por el daño. El obrar humano consiste en una acción o una omisión. El Código Civil ecuatoriano, en el artículo 1453, prevé que las obligaciones nacen, entre otras causas, a consecuencia de un hecho que ha inferido daño a otra persona, como en los delitos (dolo) y cuasidelitos (culpabilidad culposa). Ese hecho puede ser individual o colectivo, es decir se trata de la presunción de una autoría mancomunada en el cometimiento de un solo hecho dañoso, ó de una autoría plural de hechos diferentes pero que apuntan a originar un mismo resultado dañoso. El daño ambiental, dice Mosset Iturraspe⁷⁵, tiene un autor, una persona que, desde cerca o desde lejos, voluntaria o involuntariamente, queriendo o no, por negligencia o con intencionalidad, “mueve los hilos”, pone en marcha el efecto degradante, “hace lo que ambientalmente no debe hacerse”. Así mismo ocurre con el daño civil, detrás de sí tiene un agente dañoso, un autor.

⁷⁵ Jorge Mosset Iturraspe, *Daño Ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal - Culzoni, 2006, Tomo I, p. 59.

El perjuicio: También llamado “daño cierto y real”, está vinculado a los “daños y perjuicios” que hacen referencia al mal que se cause a una persona o cosa, o la pérdida de ganancia o utilidad, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse por la comisión u omisión de un hecho. El artículo 2214 del Código Civil ecuatoriano precisa que él que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; y el primer inciso del artículo 2229 dice que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. En conclusión el perjuicio ha de ser real, cierto y determinado, y ha de recaer sobre bienes, derechos o intereses jurídicamente tutelados; cuyo goce corresponda a personas distintas al agente dañoso.

Tanto el daño civil como el ambiental generan un detrimento. La diferencia fundamental entre ambos es el tipo de tutela que exista para el objeto sobre el que recae el perjuicio.

La violación a un bien, derecho o interés jurídicamente protegido: El perjuicio es *reparable* en tanto recaiga sobre un bien, un derecho, o un interés *jurídicamente tutelado*. Cuando se refiere a un bien, el perjuicio recae sobre el patrimonio de la víctima a causa de la generación del daño, pero si se trata del perjuicio sobre un “bien de titularidad indiferenciada”, existe el problema de no poder determinar exactamente a los afectados ni la exacta cuantía del detrimento en cada víctima del daño.

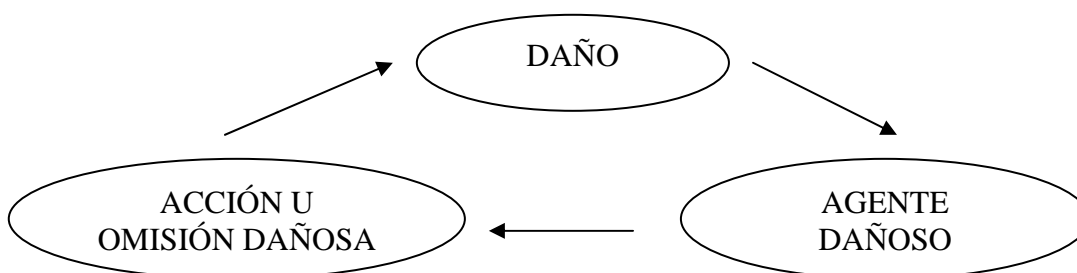
Cuando se trata de un derecho, el perjuicio puede recaer sobre el de una persona en particular o sobre el de una colectividad que se ha visto vulnerada con la concreción del daño, en este último caso la colectividad actúa bajo un procurador común.

Finalmente, cuando se hace alusión a un interés jurídicamente tutelado, se trata de un acto atentatorio contra las condiciones que permiten el desarrollo del ser humano (Gherzi), o de una pluralidad de personas que se convierten en víctimas múltiples

(Mosset). El Código Civil ecuatoriano, en su artículo 2236, concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas.

El nivel de tolerancia: Las sociedades para su buen convivir deben guardar un margen de tolerancia en las actividades de sus semejantes. Estos niveles de tolerancia generalmente están respaldados por autorizaciones administrativas que otorgan la categoría de lícitos o ilícitos a los actos humanos, y a partir de este criterio, los daños pueden ser resarcibles, o no, dejando en ocasiones a la víctima en situación de soportarlos total o parcialmente, o simplemente asumirlos. Sin embargo, en el campo ambiental, es función del Estado adoptar medidas de distribución de la incertidumbre, riesgo y daño en el ecosistema y en el medio ambiente ya que en los países subdesarrollados, contrariamente a lo que sucede en los países del primer mundo, la mayoría de la población debe soportarlos en alto grado por las líneas de tolerancia máxima que regulan la contaminación.⁷⁶

La relación de causalidad y el nexo causal: Aunque parezcan ser dos temas distintos, ambos convergen en un solo punto: la relación causa-efecto entre el agente dañoso, el acto que se presume dañoso, y el daño.



El problema jurídico se presenta en la determinación del agente dañoso cuando existe pluralidad en la autoría, pues es imperioso determinar a aquel para efectos de la

⁷⁶ Carlos Ghersi, *Daños al ecosistema y al medio ambiente*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 2004, p. 117 – 119.

imposición de responsabilidad civil y de la obligación de indemnizar. Existen casos aislados en la legislación que conceden responsabilidad mancomunada en situaciones en las cuales no poder determinar al autor real del daño, como la que consta en el artículo 2228 del Código Civil ecuatoriano al establecer que: el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio es imputable a todas las personas que habitan esa parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola. En el daño ambiental es muy frecuente la presencia de autoría plural, como ya se ha señalado en la parte pertinente al acto o hecho jurídico, generalmente existen varios autores de hechos diferentes pero que apuntan a originar un mismo resultado, y por otro lado, también es frecuente que los efectos dañosos se extiendan a una pluralidad de víctimas de difícil determinación, más todavía tratándose de daños ecológicos puros.

El factor de atribución: El factor de atribución es esencial para la configuración de la responsabilidad civil más que para el propio daño, porque es el que distingue la teoría de responsabilidad civil extracontractual subjetiva de la objetiva.

El factor de atribución es el “motivo” para el nacimiento de la responsabilidad civil. Desde la perspectiva tradicional, es decir; en la responsabilidad civil extracontractual subjetiva el factor de atribución es la existencia de culpa en la actuación del autor del daño. Esta forma de concebir a la culpa como el factor de atribución, la han heredado las legislaciones de corte continental europeo de las instituciones del derecho romano y aún se mantiene. La doctrina se ha pronunciado en infinitas ocasiones para que la responsabilidad civil derivada de daños ecológicos sea objetiva, logrando así dejar atrás la compleja situación que para las víctimas significa demostrar la intencionalidad culposa del autor del daño y facilitando la obtención del

resarcimiento y la reparación. Las repercusiones de grandes desastres ambientales como el de Chernobyl, o el hundimiento del Exxon Valdez, la incursión en actividades productivas caracterizadas por su peligrosidad implícita, y el reconocimiento de la situación de las víctimas de los daños y de su indefensión frente a las actividades empresariales; han provocado en la humanidad la toma de conciencia que además ha impulsado la constitucionalización de los derechos ambientales en el derecho comparado.

La carga de la prueba la tiene el demandante que es también la víctima del daño. El objeto a probarse es la existencia de la intencionalidad culposa del agente dañoso en la comisión u omisión que provocó el daño. Como ya hemos referido anteriormente, la prueba consiste en demostrar al juez un elemento relacionado a la subjetividad del demandado, sea esta la relacionada con el incumplimiento de las acciones que la autoridad competente le autorizó a ejecutar al agente dañoso, las mismas que nunca podrían ser traducidas como “autorización para dañar”, es decir; que a pesar del cumplimiento de estas disposiciones, existió en el autor algún tipo de negligencia que traspasó la línea de tolerancia de daños e hizo posible que estos se generen,.

Para la responsabilidad civil extracontractual objetiva, el factor de atribución es la existencia del daño sin importar si el perjuicio recae sobre un patrimonio individual o colectivo afectando intereses privados o de titularidad indiferenciada. Este hecho, trasladado a la temática ambiental tiene suma importancia para la protección y conservación del medio ambiente, independientemente de la titularidad existente sobre este o sus elementos, a partir de un régimen jurídico tendente al aprovechamiento de los recursos naturales bajo la óptica del desarrollo sustentable, y la restitución de los recursos que pueden ser renovados. Esto se justifica en la función social y *ecológica* del derecho de propiedad, que le dota del categórico “interés general” que vincula tanto a

los bienes de los particulares como a los de titularidad indiferenciada, y que obliga al Estado a retomar su administración bajo parámetros ecológicos de lo que se denomina “orden público ambiental”. Bajo esta teoría existe inversión en la carga de la prueba; el demandante debe demostrar el nexo causal entre la actividad dañosa y el daño, únicamente, para que el deber reparatorio y la obligación de indemnizar nazca para el autor del daño.

2.1.2.- Los caracteres del daño civil

Las características del daño civil en general son:

Cierto: El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a este término de la siguiente forma: “Conocido como verdadero, seguro, indubitable”⁷⁷. De aquí se desprende que la existencia del daño debe ser constatada para verificar su existencia y posteriormente condenar al pago de la indemnización debida.

También se puede referir a un daño futuro, es decir; que al momento del hecho o incluso de la sentencia no se ha producido todavía, pero existe la certeza de que ese daño se va a producir. Como ejemplo podemos tomar la obra ruinoso que aún no se ha desplomado, pero que puede ocurrir en cualquier momento.

Subsistente: Se refiere a que el daño no debe haber desaparecido al momento en que se vaya a resarcir por alguno de los modos de extinguir las obligaciones. Frecuentemente se presentan tres situaciones al respecto: a) El autor reparó el daño, por lo que se extingue su obligación de reparar, b) La víctima repara el daño y este ya no existe físicamente, pero lo invertido por la víctima deberá ser reconocido económicamente por el autor, c) Una tercera persona repara el daño por lo que el autor deberá pagar a esa tercera persona lo que ha gastado.

⁷⁷ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española* Tomo III, Madrid, España, 2002, p. 372.

Personal: El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se refiere en su segunda acepción del término como: propio o particular de ella.⁷⁸ De esto se desprende que el daño debe recaer sobre el patrimonio perteneciente a la persona, ya sea de forma directa, cuando el acto recae sobre la persona o los bienes de su propiedad, siendo directamente la víctima el afectado; ó indirecta, cuando el daño recae en los bienes que la víctima posee, pero se refleja en el patrimonio de otra que resulta ser el efectivamente perjudicado.

Interés legítimo: Tiene relación a que la persona afectada sea la legitimada activa para iniciar las acciones necesarias que conduzcan a la reparación del daño causado a partir de actividades lícitas, pues no es dable que se inicie una acción cuando la actividad dañosa ha tenido vicios, tal es el caso de la reclamación de daños y perjuicios que inicie un contrabandista a su cómplice que se niega a reconocerle su participación en las utilidades del negocio ilícito.

2.1.3.- Los caracteres particulares del daño ambiental

Para la construcción de un sistema de responsabilidad civil ambiental, con caracteres que permitan satisfacer la reparación integral que en la actualidad se exige, es fundamental diferenciar las particularidades del daño ambiental propiamente dicho y que lo hacen distinto del daño civil clásico, así como entender el cambio de criterio con respecto al factor de atribución que estaba establecido sobre la intencionalidad y culpabilidad del autor del daño y que se revirtió a favor de la víctima y la integridad de la reparación.

El daño ambiental tiene particularmente tres características: a) Suele exteriorizarse lentamente, lo que le permite al responsable disfrutar de los beneficios que le produce causar ese daño hasta que el perjuicio se advierta, se reclame y se

⁷⁸ Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo VIII, Madrid, España, 2002. P. 1180

proceda a la ejecución de la sentencia favorable, b) Puede expandirse territorialmente hasta convertirse incluso en supranacional, y; c) La reposición del ambiente al estado anterior a la fecha de ocurrir el daño resulta extremadamente compleja, muy costosa y en veces imposible, como cuando a causa del daño se extingue una especie. Aún la compensación patrimonial no puede remediar la pérdida.

El daño civil afecta directamente a las personas o a sus bienes, mientras que el daño ambiental propiamente dicho afecta a los elementos del patrimonio ambiental y colateralmente genera perjuicio en el patrimonio de un individuo; el impacto ambiental vulnera los intereses difusos o colectivos cuando altera la composición del medio ambiente, entendido desde una perspectiva holística; a aquellos se los define como “daños ecológicos puros”,⁷⁹ mismos que adicionalmente imposibilitan la utilización de los recursos para el desarrollo del ser humano.

El daño ecológico vulnera un interés y un objeto que generalmente carece de un titular o propietario cuya actuación ponga en juego las herramientas procesales para la protección y conservación de aquel, porque el interés colectivo es carente de materialidad, sin embargo es un asunto que compete a todos los sujetos. Al respecto Mosset afirma que por la materia sobre la cual recae, por el bien jurídico comprometido, difícilmente encaja en las clasificaciones tradicionales: daño patrimonial o extramatrimonial, cierto o incierto, actual o futuro, personal o ajeno.⁸⁰ Pero si se trata de una responsabilidad civil extracontractual objetiva derivada de daños ambientales o ecológicos, cada miembro de la comunidad afectada directamente, o de la colectividad afectada indirectamente, tiene legitimación activa para acceder a los órganos de justicia y lograr la adopción de medidas tendentes a la preservación o reparación del medio

⁷⁹ Este tema fue desarrollado en el acápite 1.1.3. referente al Daño Ambiental.

⁸⁰ Jorge Mosset Iturraspe, *Daño Ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal - Culzoni, 2006, Tomo I, p. 73.

ambiente. En este sentido, la mayoría de los regímenes jurídicos civiles de Latinoamérica identifican al daño ambiental como el detrimento a los elementos que lo integran y no tratan el daño ecológico puro⁸¹, sino que su alcance es el efecto negativo que los daños ambientales pueden producir a las personas (concepción sanitarista) o a sus bienes, por lo que inadecuadamente aplican las instituciones del derecho civil (exclúyase el derecho de daños).

Una particularidad interesante del daño ambiental y del daño ecológico es que su reparación dista mucho de una restitución patrimonial o económica, debido a la indeterminación de la titularidad del medio ambiente, en cuanto es considerado un patrimonio colectivo. Lo que el derecho ambiental pretende es la suspensión inmediata de la actividad lesiva, aún cuando no exista evidencia científica de la presencia del daño en ese momento, y una vez que se ha evidenciado el daño, se tomen medidas en procura de la restitución “in natura” e “in integrum” al tiempo anterior a la comisión del mismo, independientemente de sus repercusiones sobre las personas o las cosas. Si adicionalmente a estas medidas se genera responsabilidad patrimonial que posibilite la indemnización por los perjuicios que el daño ambiental generó en los bienes particulares de los directamente afectados, entonces la reparación sería integral.

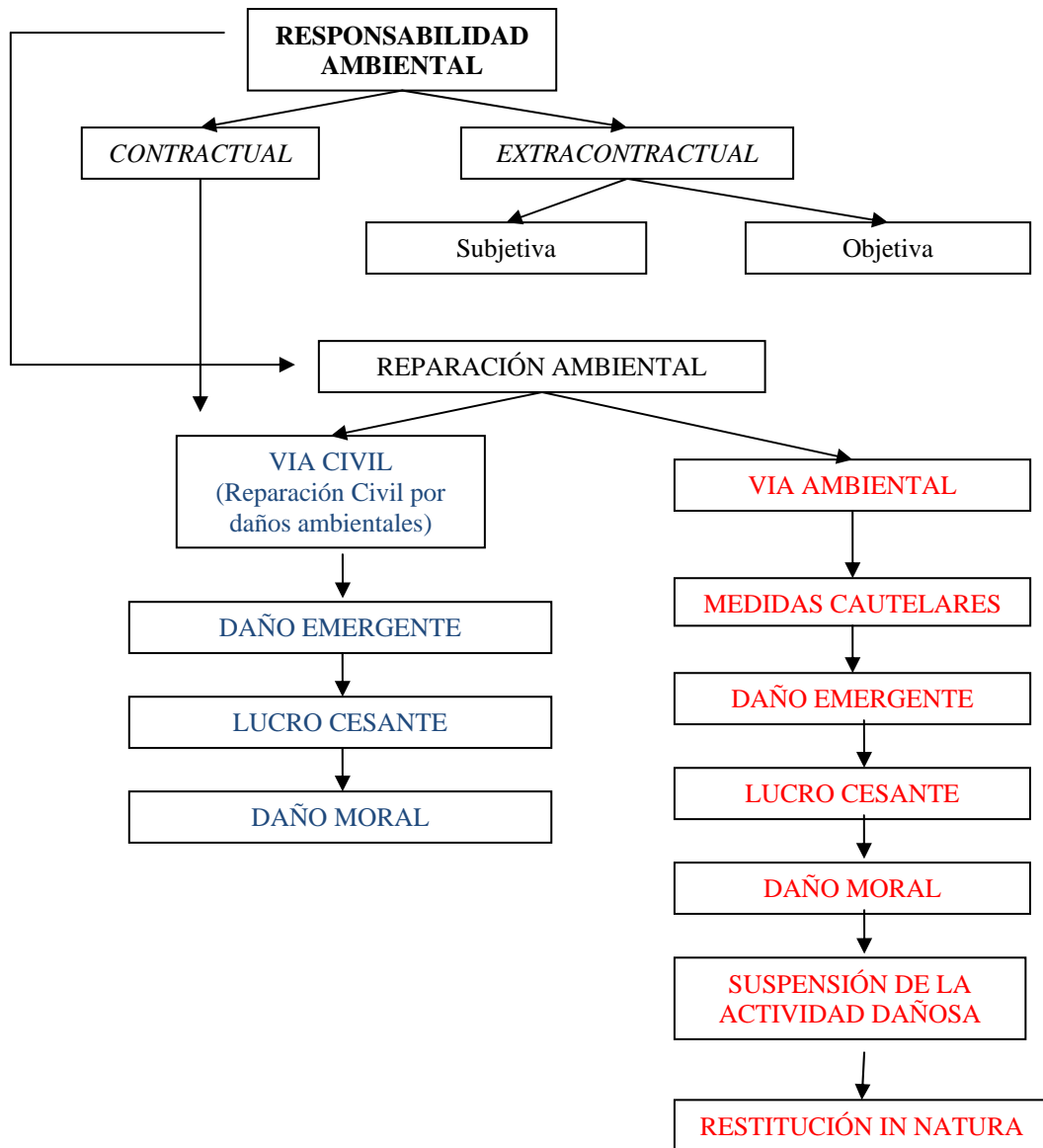
En el desarrollo de esta investigación se han descrito múltiples problemas que la responsabilidad civil tradicional no ha podido resolver cuando se trata de daños ambientales, sean los propiamente dichos y con más razón los daños ecológicos puros, entre otros problemas constan: a) La determinación del denominado nexo causal, b) el sistema de carga de la prueba y el factor de atribución, c) la identificación del responsable, d) la legitimación activa, y; e) la forma de reparar el daño. Por ello se hace imperiosa la necesidad de la creación de un régimen de responsabilidad propiamente

⁸¹ Véase la definición de “daño ambiental” en el glosario de términos de la Ley de Gestión Ambiental ecuatoriana que ya ha sido tratada en la presente investigación.

ambiental bajo las características siguientes: a) Objetiva: por la aplicación del principio “el que contamina, paga” sin más consideraciones que el nexo causal, b) Real: ya que la actividad contaminante, si no es corregida, se va sirviendo de la cosa que daña el ambiente y sigue generando contaminación, c) Difusa: en cuanto a la autoría del daño y a las víctimas del mismo, por lo que se promoverá la creación de presunciones “favor victimae” y otras medidas, y; d) Inexcusable: en tanto no es objeto de dispensa del deber reparatorio y de la obligación de indemnizar, aún cuando exista autorización administrativa para la ejecución de la actividad contaminante y se haya actuado por sobre las líneas de tolerancia de la contaminación y de la calidad ambiental.

2.2.- Efectos de la responsabilidad ambiental: resarcimiento patrimonial, reparación ambiental y otras formas de subsanar los daños ambientales

La presencia de daños ambientales y la necesidad de dotar a las víctimas de herramientas normativas que posibiliten la protección de sus derechos, previo la reclamación de sanciones resarcitorias para sus agresores por la vía judicial y dentro del proceso, ha impulsado la creación de nuevos instrumentos legales en los ordenamientos jurídicos ecuatoriano y latinoamericanos en general, para lograr una reparación integral de todo el daño como se desprende del cuadro siguiente:



Para comprender el alcance de la responsabilidad civil ambiental extracontractual el ambiente puede ser subdividido en: 1) *Ambiente Natural*: compuesto por, 1a) recursos naturales útiles para el hombre (atmósfera, tierra y suelo, aguas, flora, fauna y yacimientos minerales, paisajes naturales, energía primaria); 1b) fenómenos naturales (terremotos, sequías, inundaciones, plagas vegetales, incendios de bosques, etc.) que pueden tener consecuencias económicas y sociales nocivas respecto de los cuales la legislación puede erigir normas preventivas; 2) *Ambiente Cultivado*: cuando el obrar humano induce la producción de la naturaleza (actividad agrícola, pecuaria,

silvícola y piscícola, etc.); 3) *Ambiente Creado*: el que ha sido construido por el ser humano (producción manufacturera, edificios, productos agroquímicos y farmacéuticos, alimentos, asentamientos humanos, medios de transporte). La acción u omisión humana que recaiga sobre cualquiera de los ambientes enumerados puede deteriorar el ambiente en perjuicio del hombre, por lo que toda la legislación y específicamente la ambiental deben adoptar normativas preventivas y correctivas, y de control.

Más allá de la definición de “Medio Ambiente”, tal como lo señala González Márquez,⁸² los elementos constitutivos del ambiente pueden tener diferentes tratamientos desde la perspectiva jurídica:

- a) Como bienes en sí mismos (ambiente creado),
- b) Como bienes que desempeñan una función ambiental respecto de los otros con los que interactúan (ambiente cultivado) y;
- c) Como ambiente propiamente tal (ambiente natural).

Estos tratamientos se perfeccionan en las funciones de la responsabilidad civil ambiental extracontractual que ha sumado a las funciones tradicionales, otras que permitan el ejercicio de los derechos ambientales.

Las funciones de la responsabilidad civil son:⁸³

Función demarcatoria: Son las normas que limitan el principio del derecho privado “todo lo que no esté prohibido expresamente, está permitido” por la absorción del principio “alterum non laedere”, las que dependerán del régimen de responsabilidad que exista dentro de cada Estado, así en los países con régimen extracontractual

⁸² José Juan González Márquez, *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*, México D.F., Ed. PNUMA, 2003, p. 14

⁸³ Estas funciones han sido incorporadas a la presente investigación siguiendo el esquema presentado por el doctor Edgardo López dentro del libro digital “Introducción a la responsabilidad civil” visto en www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf.

subjetivo se trata de normas generales de conducta, y en los de régimen extracontractual objetivo son normas de distribución de riesgos.

Función preventiva: Son el conjunto de medidas *ex ante* de que el daño ocurra, atendiendo al principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 que las consagra. Dentro de esta función están comprendidas también las medidas de advertencia a los potenciales agentes dañosos como las clausuras, multas u otras iniciativas que los Estados puedan asumir. Esta función ya ha sido desarrollada en la presente investigación.

Función resarcitoria: Son las normas tendentes a la reparación de los daños causados; esta función es patrimonial y se traduce en la obligación de responder por no haber actuado a la altura del nivel de diligencia exigido en los regímenes de responsabilidad civil extracontractual subjetiva; y es integral cuando la sociedad y el Estado permiten el desarrollo de ciertas actividades lícitas, pero riesgosas o peligrosas y lesivas sin que deba demostrarse en todos los casos la existencia de culpa, para tener el derecho a una indemnización en los regímenes objetivos. La naturaleza jurídica de la indemnización constituye una deuda de valor, en la cual el dinero pasa de ser una solución parcial pero no una obligación. La obligación es reparar el daño.

Nueva tendencia: La doctrina ha impulsado que para el cumplimiento de sus funciones la responsabilidad civil extracontractual cambie su fundamento, de “daño ilícito” a “daño injusto” considerando las situaciones “merecedoras de tutela” que ensanchan el campo de lo resarcible, reconociendo nuevos derechos que deben ser tenidos en cuenta para la reparación. Incluso existe doctrina que promueve el privilegio resarcitorio para el daño injustamente sufrido, antes que la del injustamente causado con el fin de que no se condene a la víctima a resignarse por los perjuicios que se le han

generado cuando les es difícil asumir su parte en la carga de la prueba por alguna actuación dañosa.

Adicionalmente a esto, la tendencia es que la reparación ambiental sea integral, esto significa que el deber reparatorio y resarcitorio contemple los múltiples daños que se pueden generar en el ambiente desde las perspectivas que fueron explicadas en un acápite anterior, así como que la reparación debe atender tanto al daño patrimonial individual y al daño colectivo o difuso.

2.3.- Instituciones y normativa para reparar el daño ambiental

La naturaleza jurídica de los daños y perjuicios es la figura del “damnum injuria datum”; latinismo que hace referencia al daño causado sin derecho, o daño causado injustamente. Dentro de la legislación ecuatoriana, la institución es reconocida por el artículo 2214 del Código Civil y se perfecciona en el artículo 1572 que incluye, como parte constitutiva de los daños y perjuicios, al daño emergente cuando el daño ya se ha producido, y al lucro cesante que es la ganancia o rentabilidad que se deja de percibir como consecuencia de ese daño.

Actualmente en el sistema jurídico vigente, las fuentes del deber reparatorio son los delitos y los cuasidelitos (Art. 2214 C.C.); su fundamento es la responsabilidad subjetiva; su naturaleza jurídica es la Lex Aquilia romana que data del año 287 a.C. que regulaba el resarcimiento del daño causado injustamente a otro (damnum injuria datum), como contravención al principio “alterum non laedere”, al herir o matar a un esclavo o a un animal, o al destruir o menoscabar una cosa cualquiera. La indemnización era fijada en el valor más alto que durante el año hubiera reunido el esclavo, animal o cosa.⁸⁴ A partir del reconocimiento de los derechos de titularidad difusa⁸⁵ y la

⁸⁴ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de derecho usual*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Omeba, 1968, p. 527.

consagración de los derechos de tercera generación, principalmente los atinentes al ambiente como bien público, la reparación por daños ambientales se torna compleja porque nace la distinción de la difusividad del daño y la difusividad de la reparación; distinción que contrapone el derecho clásico representado en la figura de los daños y perjuicios, y el derecho contemporáneo a partir de la reparación colectiva.⁸⁶

La reparación es el acto jurídico por el cual, una vez establecida la responsabilidad, sea por el criterio subjetivo u objetivo, se ha de fijar la indemnización correspondiente al valor del bien afectado previa la valoración de los daños, lo cual no puede ser de ningún modo establecido arbitrariamente por las partes, ni siquiera por el juez, sino mediante los estudios técnicos, imparciales, y seguros de peritos idóneos. La reparación puede alcanzar ordinariamente el daño emergente, pero puede extenderse al lucro cesante si ha habido previsión o ha debido haberla, de los daños, o bien, se ha probado el dolo o culpa por los cuales hay responsabilidad del demandado. El problema surge cuando el objeto de la cuantificación económica es el medio ambiente. ¿Cómo establecer una cuantía para este bien?⁸⁷

La reparación ambiental es el proceso jurídico – práctico por el cual, a partir de la determinación valorativa de un bien que ha sufrido deterioro por un daño ambiental, el agente dañoso debe indemnizar efectivamente al o a los afectados. Guido Tawil, citado

⁸⁵ Se denominan de titularidad difusa a todos los derechos cuya posesión se apoya en todas y cada una de las personas que viven dentro de una comunidad o que pertenecen a una colectividad.

⁸⁶ La difusividad del daño se refiere a los efectos de uno o varios actos dañosos sobre una pluralidad de personas, y la recomposición a cada uno de los afectados a través de la figura de daños y perjuicios en base a la responsabilidad subjetiva y todos sus elementos; la difusividad de la reparación en cambio, hace referencia al deber de recomponer por todos los gravámenes que se generen sobre una colectividad, por uno o varios actos dañosos, partiendo de la premisa de la existencia de responsabilidad objetiva, acción que se torna independiente a la reparación individual a que pudieran tener derecho los afectados.

⁸⁷ Dada la dinámica de las ciencias jurídicas y la necesidad de la interdisciplinariedad para la mejor administración de justicia, el derecho ha recurrido a una nueva ciencia económica llamada Economía Ecológica y por cuestiones de mejor entendimiento, a sus conceptos nos remitimos.

por Duaygûes,⁸⁸ sostiene que es, no sólo el resarcimiento pecuniario propio del ordenamiento civil, sino también la restitución de los ambientes ecológicamente dañados o deteriorados, a su estado anterior. Este concepto nos permite diferenciar dos instituciones que juntas confluyen en una reparación integral de los daños ambientales: la reparación patrimonial individual, y la reparación difusa colectiva.

La reparación ambiental, aunque conlleva elementos propios de la reparación civil como el daño emergente, lucro cesante y daño moral, no son suficientes para satisfacer los intereses – tanto particulares como colectivos - que se ven en detrimento frente a la presencia de una daño ambiental porque son en esencia *resarcitorias*. Requiere de la incorporación de acciones *reparatorias* como la restitución “in natura”, la suspensión de la actividad dañosa y el daño moral concebido desde el daño ambiental.

A continuación se presenta un breve análisis de los elementos de la reparación.

Daño emergente: En la antigüedad el *Daño Emergente* fue definido por los Digestos romanos bajo la figura “*damnum emergens*”, que era el perjuicio sufrido por el acreedor en forma efectiva⁸⁹. Cabanellas lo define como el detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine.⁹⁰ El Código Civil ecuatoriano, aunque no lo define, en el artículo 1572 lo refiere como la indemnización de perjuicios.

La figura del Daño Emergente pretende reparar la pérdida económica ocasionada al patrimonio del afectado que se ha visto deteriorado, menoscabado o destruido

⁸⁸ Roberto Dromi y otros, *Reparación ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Ciudad Argentina, 2002, p. 154

⁸⁹ Roberto Varo. *Origen histórico del concepto de oportunidad.*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 1997, p.4.

⁹⁰ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual* Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Ed. Omeba, 1968, p. 577.

materialmente por acciones u omisiones del autor, por lo que la desvalorización de su patrimonio debe ser resarcida.

En la reparación ambiental que procede sobre los elementos de la naturaleza, el daño emergente se indemniza con el resarcimiento económico previamente determinado de los bienes afectados a causa de aquel, o con el valor de los bienes particulares que colateralmente se vieron afectados por la presencia del daño ambiental.

En todo daño la reparación debe estar a cargo del autor que se constituye en deudor, quien por su negligencia, culpa o dolo, ha producido detrimento al patrimonio o a la persona que ha sido víctima del hecho, la forma de reparar los daños se resumen en el siguiente cuadro:

OBLIGACIÓN	REPARACIÓN	ART. Código Civil
Dar	- Indemnización de perjuicios	1564
Hacer	- Indemnización de la mora - Hacer ejecutar el contrato por un tercero ó indemnización por perjuicios	1569
No Hacer	- Destrucción de la cosa hecha por el deudor ó por el acreedor a expensas del deudor. - Indemnización de perjuicios	1571
Pagar una cantidad de dinero	- Indemnización de perjuicios por la mora	1575

Cuando la legislación hace referencia a la indemnización de perjuicios se refiere al resarcimiento económico al que el autor del daño se obliga para con la víctima, o el tercero que reparó el daño, que se constituyen en sus acreedores, y son estos quienes deben exigir el pago al deudor. Que la responsabilidad civil derivada de daños ecológicos sea objetiva ha impulsado a la creación de un seguro ambiental forzoso

como un instrumento de socialización de la indemnización que pueda generar un daño ambiental.

El seguro medio ambiental o seguro ambiental forzoso sirve como garantía económica para cubrir los daños que una actividad industrial pueda causar sobre el medio ambiente, que a su vez es un instrumento válido para que las empresas que en el ejercicio de sus actividades causen daños al medio ambiente se hagan cargo de su reparación, y a además tomen las medidas pertinentes para prevenir cualquier impacto negativo sobre el.

La existencia de una garantía financiera que cubra los daños al medio ambiente puede realizarse mediante un seguro, o un fondo, es decir una reserva técnica, una dotación contable para cubrir riesgos. Esta es una forma para que el Estado, ejerza mayor control en las autorizaciones administrativas ambientales, prevea normas acordes a la seguridad, y no tenga que desembolsar grandes sumas para reparar daños.

Concebir la responsabilidad civil desde una óptica ambiental permite hacer redituable la elaboración de servicios y productos financieros que contribuyan a minimizar los daños ambientales.⁹¹

Lucro cesante: Los Digestos romanos contemplaron al Lucro Cesante como “*lucrum cessans*” para referirse a la ganancia o ingreso del cual ha sido privado el acreedor a causa de incumplimiento del deudor.⁹² Cabanellas lo define como la ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener por obra de otro, perjudicial para los propios intereses⁹³.

⁹¹ Gustavo Cassola, *Seguro, responsabilidad civil, y delitos ambientales*, Montevideo, Uruguay, Ed. Bdef, 2007, p.30.

⁹² Roberto Varo, *Origen histórico del concepto Costo de Oportunidad*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 1997. P. 4.

⁹³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Usual de Derecho* Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Ed. Omeba, 1968. P. 585.

Se puede concluir que el lucro cesante es el perjuicio económico para los intereses propios de una persona por la incertidumbre de lo que hubiera percibido el afectado de no haber existido el incumplimiento de la obligación de un tercero.

La víctima que exige el resarcimiento del lucro cesante, al tenor del artículo 1572 del Código Civil ecuatoriano, debe probar la relación causal entre el hecho dañoso y la pérdida de la ganancia que pudo haber recibido si el daño no se hubiera producido, es decir, demostrar que esa ganancia si se pudo haber producido en el lapso de tiempo establecido⁹⁴ y como consecuencia del daño existen pérdidas económicas.

Al igual que en el daño emergente, el lucro cesante no ha sido definido por el Código Civil ecuatoriano pero el artículo 1572 lo refiere como la indemnización de perjuicios a la que tiene derecho quien haya sufrido el detrimento en sus actividades lucrativas, y quien debe restituirlo en *numerario* es el autor del daño.

Daño moral: Cabanellas lo define como la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos, o sentimientos, por acción culpable o dolosa de otro.⁹⁵ El doctor José García Falconí lo conceptualiza como “aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos sea de sus derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las “facultades” o “presupuestos” de la personalidad, la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima o derecho de privacidad, la libertad individual, la integridad física, el honor, la honra de la persona etc.”⁹⁶

De modo general podemos definir al daño moral como el perjuicio extrapatrimonial que afecta al ser humano en sus derechos personalísimos y subjetivos,

⁹⁴ Juan Garnica, Revista de Responsabilidad civil y seguro, “*La Prueba del Lucro Cesante*”, Madrid, España, 2008. P. 59

⁹⁵ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo I. Buenos Aires, Argentina, 1968. P. 578.

⁹⁶ José García Falconí, en Revista Jurídica “La hora judicial”, vista en www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Civil.10.htm. 22 de agosto 2008.

que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor principal en la vida del hombre, tales como son –entre otros- la paz, la tranquilidad, el espíritu, el honor, los más sagrados afectos, etc., que ha generado el hecho ilícito cometido por el autor.

El resarcimiento del daño moral es una sanción compensatoria que procura subsanar el agravio contra el ofendido en su honra, moralidad, espiritualidad o en contra de sus bienes extrapatrimoniales. La procedencia del daño moral debe ser analizada restrictivamente ya que este puede ser producto de una susceptibilidad exagerada y que por tanto carezca de trascendencia jurídica. El inciso primero del artículo 2231 del Código Civil ecuatoriano señala: “... podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.”

El daño moral debe ser compensado por el autor del hecho que ha generado trastornos psicológicos, morales, o ha afectado los derechos personalísimos o subjetivos en la persona agraviada.

El pago de las indemnizaciones por daño moral únicamente puede ser exigido por la víctima o su representante legal, como en el caso de las injurias dirigidas contra una persona jurídica que le generan perjuicio al prestigio y crédito de que goza, acto que se equipara al honor en la persona natural.

2.4.- Instrumentos adicionales para la reparación ambiental

La reparación ambiental por daños ecológicos puros exige al legislador tomar inicialmente medidas tendentes a la prevención de los daños ambientales; en un segundo momento exige a los magistrados adoptar acciones reparatorias recompositivas

de los espacios naturales afectados, y finalmente, cuando esta recomposición se torna inviable, ordenar la indemnización de los mismos.

El camino no dista mucho cuando se trata de daños patrimoniales causados a partir de la concreción de un daño ambiental, pues siempre las medidas preventivas son la primera acción a tomar para evitar el cometimiento de daños ambientales y adicionalmente proteger los bienes de quienes se puedan ver afectados. Cuando el daño ambiental ya se generó y han existido patrimonios afectados por este, la restitución in natura puede ser suplida por la indemnización en numerario, pero con ello no se alcanza una reparación integral porque el objetivo reparador del derecho ambiental es prioritariamente recomponer el medio ambiente a su estado original para posibilitar el desarrollo humano de quienes habitan en ese espacio, el cual es distinto al del derecho civil que funciona en procura de la reparación personal de la víctima y su patrimonio.

La reparación ambiental, como ya se ha mencionado, debe ser integral, es decir, ha de contemplar la reparación individual patrimonial y la reparación difusa colectiva. Cuando se trata de la primera se han de asumir los valores resultantes del daño emergente y del lucro cesante, pero ¿cómo evaluar los valores que implican la segunda?

Tanto la reparación in natura cuanto la compensación económica presentan dificultades prácticas que obligan a limitar el alcance de la reparación y a buscar soluciones alternativas que satisfagan las pretensiones colectivas, más allá del mecanismo clásico netamente patrimonial, sobre el que se erige el esquema de la responsabilidad civil.

Los Estados que acogen la responsabilidad extracontractual objetiva están obligados a adoptar medidas preventivas, acciones tendentes a la suspensión de la actividad dañosa, la reparación “in natura” ó “in integrum”, y el daño moral visto desde la perspectiva ambiental.

2.4.1.- La suspensión de la actividad dañosa

Los efectos del daño ambiental -más aún cuando son producto de un daño oculto o uno ignorado- no siempre son conocidos y es muy difícil probar con certeza su existencia, tampoco es fácil evacuar las dudas científicas que se plantean al respecto por la alta inversión de tiempo y dinero que ello implica, en consecuencia es casi imposible generar elementos de convicción para el magistrado. Esto obliga al juez a tomar medidas tendentes a suspender la actividad que se presume lesiva o dañosa y conservar un estado de hecho o de derecho con el objeto de evitar un perjuicio que pudiera tornarse irreparable; es decir, se procura la paralización de la incursión en actividades que lleven implícito el riesgo de generar posibles daños o afectaciones al medio ambiente. Doctrinariamente estas medidas, que por su objeto son cautelares, se denominan “prohibiciones de innovar”.

Los antecedentes jurídicos y legislativos de la prohibición de innovar en la legislación ecuatoriana son las medidas cautelares que se solicitan accesoriamente a una acción de amparo constitucional. Son medidas generales que procuran mantener el *statu quo* de los bienes por los que se ha trabado la litis entre las partes hasta que esta llegue a su fin, como una forma de conservar el bien jurídico, o de evitar su deterioro por cualquier acto que pudiera generarlo, así como extender la obligación de mantener el *statu quo* en la situación del bien en terceros poseedores. La medida opera desde el momento en que la parte que tiene a su cargo el bien materia de la litis, ha sido notificada con la misma. Traslada esta figura al campo ambiental significa que el agente dañoso, o quien tiene a su cargo la ejecución de la actividad dañosa, debe suspenderla inmediatamente hasta que el magistrado dicte su fallo o revoque la medida.

En el caso ecuatoriano, a partir de la constitucionalización de los derechos ambientales en el año 1998, el Estado declaró de interés público las siguientes funciones preventivas a regularse mediante Leyes:

Art. 86.- num. 1.- La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país.	Ley de Gestión Ambiental
Art. 86.- num. 2.- La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas.	Ley de Gestión Ambiental, Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente
Art. 86.- num. 3.- El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales.	Ley de Gestión Ambiental, Ley forestal y de conservación de áreas naturales, Texto Unificado de Legislación Secundario del Ministerio del Ambiente, Ley para la preservación de zonas de reserva y parques nacionales.

Con el fin de atender al artículo 87 de la Constitución de 1998, el legislador ecuatoriano incorporó los artículos 437 A a 437 K dentro del Código Penal ecuatoriano, envistiendo a los delitos cometidos en contra de los recursos naturales de las características propias de este derecho público. Cabe comentar que las infracciones previstas en estos artículos hacen referencia a la trasgresión contra elementos dispersos del medio ambiente, sin considerarlo como una universalidad única sobre la que existe tutela jurídica.

2.4.2.- La restitución “in natura”

El sistema de reparación del medio ambiente procura primordialmente la restitución de las cosas, objetos o bienes al estado anterior al de la concreción del

daño. Doctrinariamente a este tipo de reparación se le ha denominado “Reparación in natura” el cual debe ir acompañado de medidas correctoras para la prevención de futuros daños.

La reparación “in natura” debe ser siempre la primera medida que se toma cuando se produce un daño al ambiente, y solo cuando dicha reparación sea imposible de realizar, bien por la irreversibilidad del daño, o por el exacerbado costo económico que ello implica, se aplicarán otras formas de reparación del ambiente. Una de estas formas es la restauración equivalente que consiste en realizar obras complementarias del ambiente, ya no en el lugar o fuente donde aconteció, sino en otros ecosistemas que si permitan la recomposición de sus elementos, y que igualmente se encuentran degradados.

La reparación “in natura” acarrea una serie de dificultades, generalmente por el desconocimiento de cómo era el entorno antes del daño ambiental, y en otras ocasiones donde los daños no son excesivos, el criterio técnico y científico establece que es mejor dejar que la misma naturaleza se encargue de su regeneración.

En este tipo de reparación la participación de los particulares, el Estado y las Organizaciones No Gubernamentales ambientalistas es importante para ejecutarla a satisfacción, porque es común que el agente dañoso no cuente con la capacidad técnica, científica o económica para recomponer el ambiente del lugar donde se produjo el daño y volverlo a su estado original, mientras que los actores convocados a la recomposición eventualmente si cuentan con estos recursos. Así mismo en los casos donde se desconoce la autoría del daño ambiental, los actores antes mencionados, serían los encargados de la recomposición ambiental. Los valores para financiar las labores de reparación ambiental deben provenir del Estado, de las entidades financieras encargadas

de manejar los seguros ambientales forzosos o bien pueden provenir de fondos de recomposición del ambiente que el Estado debe implementar.⁹⁷

2.4.3.- El daño moral desde la óptica ambiental

La indemnización generada a partir del acto o hecho dañoso debe comprender tanto el daño material sobre el medio ambiente, sus elementos constitutivos, y los bienes patrimoniales que pudieron haberse deteriorado por la presencia del daño ambiental; pero adicionalmente ha de contemplar la indemnización por las afectaciones padecidas por las víctimas en su integridad personal y su espiritualidad.

Los elementos que configuran el daño moral desde la perspectiva ambiental son esencialmente tres:

Agente dañoso al medio ambiente: Como ya se ha mencionado anteriormente, todo daño tiene tras de sí uno o varios autores materiales, y que es sobre quien recaerá la responsabilidad civil y la obligación de reparar el daño, ya sea “in natura” o por medio de indemnizaciones. En el daño moral el agente dañoso no está ausente.

Daño al medio ambiente: Debe configurarse el daño en cualquiera de sus formas (daño evidente, oculto o ignorado) y con cualquiera de sus efectos (pasados, presentes, o expectativa futura de que existan)

Menoscabo moral: Se refiere al dolor, o, en general, la lesión a intereses morales inherentes a la persona misma de la víctima. Bibiloni señala que si el daño ambiental le ha causado al individuo el menoscabo de un derecho de *goce no valuable* conforme con los cánones usuales, como es por ejemplo: la calidad de vida, se aplicará

⁹⁷ Mario Peña Chacón, *Reparación y valoración económica de los daños causados al medio ambiente*, visto el 06 de enero de 2008 en <http://www.cica.es/aliens/gimadus/12-13/reparaci%F3n%20y%20valoraci%F3n%20econ%F3mica.htm>

la analogía, y este derecho podrá ser resarcido con una indemnización sustitutiva, que le ayude a pasar el mal trago, con el mismo criterio de solución que se le ofrecería a la víctima si se le hubiere muerto un pariente en un accidente de tránsito.

Sobre el resarcimiento del daño moral originado por un daño ambiental existen dos posiciones doctrinarias; la primera que considera que se trata, por su naturaleza jurídica, una acción esencialmente particular y personal, y no es procedente conceptualizar el daño a un interés extra patrimonial difuso como un daño moral difuso, y menos aún pretender una reparación colectiva sin que sea particularmente reclamada; la segunda que señala que el daño moral colectivo hace referencia a los detrimentos en la calidad de vida de una colectividad organizada, o no, y que por tanto si es factible iniciar una acción tendente a exigir indemnizaciones que compensen a la colectividad por las limitaciones al acceso al espacio donde se desarrollan las actividades normales de la colectividad, que impone el daño ambiental.

La referencia a este tema tiene sentido al evidenciar el debate entre las teorías individualista y colectivista sobre la materia. El objetivo de esta referencia se reduce a evidenciar estas innovadas propuestas ius filosóficas con elementos de carácter político.

2.4.4.- Cuantificación económica de los daños ambientales

La conservación del medio ambiente como un bien jurídico digno de tutela, la paralización de las causas de degradación ambiental, y la consagración de los derechos de tercera generación, son cuestiones que dentro de la economía clásica no fueron consideradas, pero que actualmente tienen consecuencias económicas visibles dentro de los sectores productivos porque, como señala Ghersi⁹⁸, la economía no puede estar ausente, pues cualquiera de las soluciones en materia de daños ambientales, sea la

⁹⁸ Carlos Ghersi, *Daños al ecosistema y al medio ambiente*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 2004, p. 68.

adopción de medidas precautorias o reparatorias, implican la organización y aplicación de recursos económicos desde un análisis epistemológico económico de los daños al ecosistema, que permite la cuantificación desde una proyección social y no meramente individual o empresarial.

La racionalidad del sistema económico capitalista de acumulación privada incorpora, como criterio de medición de la productividad, la maximización de las ganancias reduciendo los costos de producción. Entre los recursos que se minimizan están los costos por la utilización de tecnologías limpias, por lo que la mayor utilización de recursos del medio ambiente a bajo costo es la base para financiar la acumulación capitalista, a la vez que se potencia la degradación de la naturaleza.

Bontems⁹⁹ señala que las causas para el deterioro del medio ambiente son tres principalmente: a) El tamaño de la población, b) El nivel de promedio de consumo individual y c) La naturaleza de la tecnología.

Antes de que el medio ambiente fuera considerado un bien jurídico, se lo llamaba “recurso común”, sobre el que primaba el principio “quien primero llega, primero que obtiene el servicio”, y cualquier persona podía servirse de los elementos de la naturaleza sin limitaciones. Así llegaron a convertirse en bienes comunes.

Los bienes comunes ya no podían ser utilizados en forma irracional, aún cuando mantenían su gratuidad, pero su aprovechamiento se vio comprometido porque la gente aumentaba los bienes de su propiedad que aprovechaban del consumo, como en el caso del ganado y los pastizales, hasta que el abuso de los mismos, y del medio ambiente se vio proyectado en la desaparición del recurso natural. La gratuidad de los elementos que componen el medio ambiente genera su subvaloración y en consecuencia su sobre

⁹⁹ Philippe Bontems; Pilles Rotillon: *Economía del Ambiente*, Quito, Ecuador, Ed. Abya Yala (traducción), 2000, p. 11

explotación, porque la rentabilidad, aunque parezca mínima, es buena en tanto no existen costos de producción. En este punto se hizo necesaria la intervención del Estado para administrar los bienes comunes convirtiéndolos en bienes públicos.

La economía ecológica ha concebido la cuantificación económica de los bienes ambientales a partir de tres premisas¹⁰⁰ el valor de opción, valor de legado y valor de existencia, que juntos determinarán el valor económico total del elemento del medio ambiente. El valor de *opción* es el costo que el agente contaminante ha de pagar por los riesgos que puede conllevar la desaparición de los bienes ambientales que con la incursión de sus actividades productivas extinga para los usos futuros que ese bien pueda tener.¹⁰¹ El valor de *legado* está íntimamente relacionado al desarrollo sustentable, parte del valor que el agente contaminador esté dispuesto a pagar y la sociedad esté dispuesta a recibir por los beneficios de mantener un espacio ambiental saludable para el goce y disfrute de las generaciones inmediatamente siguientes. Finalmente, el valor de *existencia* es la cuantía que se fija sobre un bien

¹⁰⁰ Las externalidades son todo impacto negativo no dado precio en el mercado; estas existen cuando es más costoso hacerlas desaparecer que tolerarlas. En materia ambiental las externalidades aparecen cuando las acciones de los agentes económicos producen efectos en los recursos naturales que no han sido compensados en ninguna forma. Se entiende que hay externalidad siempre que una persona o una empresa emprende una acción que produce un efecto en otra persona o empresa por el que esta última no paga ni es pagada.

Un factor importante en la deficiencia del mercado es la estrategia del Free – Rider, que es el abuso de un sector minoritario ante el esfuerzo común de un grupo mayoritario por salvaguardar los bienes ambientales; esto es, que frente a la preocupación y a todos los medios que se utilicen por preservar el medio ambiente en un espacio colectivo, sea dentro de la comunidad, a nivel corporativo, ó a nivel global, existan personas, industrias, o países que usufructúen de los esfuerzos realizados sin que exista una colaboración real de su parte en la preservación del medio. (MARTINEZ ALLIER; 2002; AZQUETA; 2002) Otro factor es la inexistencia de un mercado concreto para los bienes ambientales porque el fundamento humano para la preservación del medio ambiente está en las generaciones futuras que son sociedades que no existen actualmente pero que se tiene certeza van a habitar el planeta. (Bontems, 2000: 17 y ss.)

¹⁰¹ Se trata de un valor intrínseco a los costos de producción por el riesgo de que, aplicando la teoría evolucionista de Darwin, por la extinción de un ave amazónica por ejemplo, se prive del disfrute que le puede originar a las personas presentes o futuras la existencia de la especie, o simplemente de las especies que ante la extinción de está, tampoco tendrán la oportunidad de existir y que potencialmente podrían ser la solución a un problema determinado.

independientemente de los usos presentes y futuros que se le dé al mismo, o los servicios que este brinda a la colectividad¹⁰²

Azqueta¹⁰³ considera el valor de uso, de no uso y el de opción, para hacer la valoración del medio ambiente (cuantificación económica). Afirma que se ha de distinguir la importancia del elemento ambiental entre los usuarios de este, para quienes tiene un valor evidente, y entre los no usuarios, para los que también puede tener un valor pero no será tan significativo como para los primeros.

El autor en cita señala que dentro de los valores de opción hay que diferenciar el valor de opción propiamente dicho y el valor de cuasi – opción. *Valor de opción* es aquel que se deriva de la incertidumbre individual que experimenta la persona con respecto a si el bien ambiental en cuestión estará o no disponible para su utilización en el futuro, y los riesgos de no contar con este. *Valor de cuasi - opción* es el beneficio neto obtenido al posponer la decisión, por parte del órgano decisor (autoridad) para la explotación del recurso ambiental hasta la obtención de mayor información de los impactos dentro del modelo de desarrollo sustentable. Es el costo del saber que tan necesario puede ser ese elemento ambiental en el desarrollo de las siguientes generaciones.

¹⁰² Philippe Bontems; Pilles Rotillon: *Economía del Ambiente*, Quito, Ecuador, Ed. Abya Yala (traducción) , 2000, p. 28.

¹⁰³ Diego Azqueta, *Introducción a la economía ambiental*, Madrid, España, Ed. McGraw – Hill, 2002, p. 68.

CAPÍTULO TERCERO: Problemas prácticos en la administración de justicia ambiental

La responsabilidad civil extracontractual objetiva y todos los elementos que conlleva, ha sido ampliamente sugerida por la doctrina, sobretodo extranjera, para el tratamiento de los daños ambientales (sean impactos ambientales, daños ambientales propiamente dichos, o daños civiles surgidos a partir de un daño ambiental, y sea que recaiga sobre el ambiente natural, ambiente cultivado o ambiente creado), y aún cuando tenga alguna evocación en la normativa nacional, específicamente en la Ley de Gestión Ambiental, no es el régimen de obligatoria aplicación en nuestro sistema jurídico, el cual más bien se acoge a la responsabilidad civil extracontractual subjetiva.

Existen directrices de corte administrativo que procuran la protección del medio ambiente por ser el Estado el garante de los derechos ambientales como ya se ha mencionado en reiteradas ocasiones dentro de esta investigación, y las personas jurídicas o naturales que emprendan actividades que lleven implícito el riesgo de generar daños ambientales, deberán colaborar con la preservación y protección de estos derechos que en última instancia, también les pertenecen. El artículo 86 de la Constitución garantiza el desarrollo sustentable y obliga al Estado a proteger el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como velar para que este derecho no sea afectado, por lo que el principio precautorio debe predominar en la interpretación de la legislación ambiental ecuatoriana.

Para abordar los principales problemas prácticos en la administración de justicia cuando existen daños ambientales que generan responsabilidad civil, y en consecuencia la obligación de indemnizar en cualquiera de las formas señaladas en el capítulo anterior, es importante tomar en cuenta el mandato constitucional contenido en el artículo 141, que prescribe el requerimiento de la expedición de una ley para las materias siguientes:

1) Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución, 2) Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes, entre otras.

La norma constitucional, u otras de menor jerarquía no pueden contravenir las obligaciones asumidas por el Estado cuando este ha suscrito tratados o convenios internacionales, toda vez que constituyen disposiciones vinculantes, a diferencia de las declaraciones o actas internacionales que únicamente establecen políticas a seguir por los Estados suscriptores.

Bajo estas premisas, la Constitución Política de la República del Ecuador y la Ley de Gestión Ambiental, contienen principios que deben implementarse programáticamente, pero no derogan en forma expresa disposiciones del Código Civil, las cuales deben aplicarse residualmente.

3.1.- Las diversas acciones legales de la responsabilidad civil extracontractual objetiva

3.1.1.- Medidas cautelares sugeridas por el derecho comparado

Legislaciones extranjeras que han desarrollado más ampliamente el tema, han adoptado principalmente medidas preventivas y / o protectivas que doctrinariamente se conocen como medidas de tutela inhibitoria, clasificadas en sustanciales y procesales¹⁰⁴

La *tutela sustancial inhibitoria ó tutela preventiva* en la temática ambiental hace referencia al principio precautorio,¹⁰⁵ consagrado en la Declaración de Río de

¹⁰⁴ Ramón Daniel Pizarro; Carlos Gustavo Vallespinos, *Obligaciones*, Tomo III, Buenos Aires, Argentina, Ed. Hammurabi, 1999, p. 241-245.

¹⁰⁵ Conferencia de Río de Janeiro de 1992; Declaración sobre el Medio Ambiente y Desarrollo; Principio 15.- Con el fin de proteger el medio ambiente, los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución, conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Janeiro de 1992. La tutela preventiva parte de que la suspensión de la actividad dañosa puede pedirse independientemente de los daños causados, para lo cual se requiere de instrumentos adjetivos ó procesales que permitan su cumplimiento. Esto es lo que la doctrina llama *tutela procesal inhibitoria*. Tales instrumentos no son más que las tradicionales medidas preventivas ó medidas cautelares que resultan accesorias al proceso primario y que se hallan dispersas en la Constitución de la República, leyes adjetivas como el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, o en leyes sustantivas como el Código de la Salud.

En el Ecuador, la medida de tutela sustancial inhibitoria para los daños en general, por excelencia, es la consagrada en el artículo 95 de la Carta Magna que permite iniciar la acción de amparo con el objeto de que la autoridad competente tome medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítima de una autoridad pública, de personas que presten servicios públicos, o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave; o contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Otras medidas de tutela sustantiva inhibitoria específicas para prevenir los daños ambientales son las autorizaciones administrativas ambientales; los eco-impuestos; la evaluación de impacto ambiental -registrada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos- entre otras; y que han sido constitucionalmente reconocidas en el artículo 91, prescribiendo que el Estado tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño.

En legislaciones como la argentina y la española se han incorporado medidas cautelares tendentes a evitar la comisión de daños ambientales, entre las que se encuentran: las “*medidas autosatisfactivas*”, que son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables en *inaudita parte* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteamiento formulados sean atendibles. Se diferencian de la medidas cautelares clásicas porque no son accesorias a un proceso principal, sino que son autónomas; se vuelven un instrumento jurídico práctico en los procesos en los cuales la medida cautelar es idéntica al objeto del juicio, relevando al justiciable de tener que inventar reclamos que realmente no necesita.¹⁰⁶

Los principios que rigen los procesos jurídicos, atienden a fórmulas sacramentales y reglas rígidas, pues se considera que su estricta aplicación protege a las partes del abuso que podría ejercer la parte fuerte contra la parte débil, pero en la práctica se han convertido en procesos que duran varios años, diligencias de pruebas con costos altos, tasas judiciales que convierten a la administración de justicia en privativa, por lo que, en esas legislaciones, fue necesaria la incorporación de procesos sumarísimos para atender los casos en que los derechos garantizados por la Constitución eran los vulnerados. Ghersi¹⁰⁷ señala que en materia de tutela del medio ambiente, estas medidas pueden accionarse para prevenir la comisión del daño o para detener la expansión del mismo, invocando una afectación colectiva o difusa de urgencia impostergable, que no tolera las dilataciones temporales que implican los procesos judiciales ordinarios. Como ejemplo de las medidas tendentes a detener la expansión del daño tenemos: a) Establecimiento de barreras para impedir o limitar el avance

¹⁰⁶ Jorge Peirano Facio, Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Ed. J.A., 1997, p. 930.

¹⁰⁷ Carlos Ghersi, *Daños al ecosistema y al medio ambiente*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 2004, p. 26, 27.

del petróleo derramado que amenace con contaminar playas o riberas cercanas; b) Orden judicial para el cese de depósito de desechos a un afluente de agua, etc. Cuando las medidas buscan prevenir la comisión del daño, es necesario racionalizar su aplicación para evitar el abuso del derecho y de las acciones, considerando que una exagerada prevención podría poner freno al progreso y al desarrollo económico y tecnológico de un Estado.

Otra medida cautelar, que si es accesoria, es la “*prohibición de innovar*” que consiste en la conservación de una situación de hecho o de derecho, y la paralización de un emprendimiento de cualquier tipo, del que se pudieran derivar posibles daños o afectaciones al medio ambiente, con el fin de evitar un perjuicio irreparable. La orden judicial está destinada a declarar un “*statu quo*”, cuando la cautela del derecho potencialmente afectado no puede obtenerse por medio de otra medida precautoria y existe el peligro de que si se altera la situación de hecho o de derecho, la modificación pueda influir en la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible.¹⁰⁸

3.1.2.- Acciones contempladas en la legislación ecuatoriana para la reparación ambiental

El sistema jurídico ecuatoriano tiene un conjunto de mecanismos administrativos y judiciales que pretenden la restitución de bienes afectados o la indemnización de los daños en general, y que se aplican para los daños ambientales siempre y cuando sean resarcibles. Los daños que la legislación ecuatoriana propicia sean remediados son los que atentan básicamente a los siguientes bienes y derechos tutelados: a) Los derechos de una persona natural o jurídica, perfectamente determinada, que se han visto agraviados por la presencia de un acto o hecho dañoso, especialmente los derivados de un derecho

¹⁰⁸ Carlos Ghersi, *Daños al ecosistema y al medio ambiente*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 2004, p. 26, 27.

real (sobre todo la propiedad), o bien de la posesión y aún de la mera tenencia. La tendencia doctrinaria que promueve la responsabilidad civil extracontractual objetiva, incluye la protección de los intereses colectivos, aunque no se hallen configurados como verdaderos derechos subjetivos. b) Los derechos subjetivos de especial interés para una comunidad constituida como persona jurídica. La tendencia actual es atender los derechos subjetivos incluso de los entes morales colectivos aunque carezcan de personalidad jurídica. Para la representación de estas colectividades que surgen frente a la coyuntura de la presencia del daño ambiental, se crea la figura de la procuración contingente. Se trata de un representante que es legitimado por los afectados iniciales, pero su gestión actúa a favor de todos los afectados, incluso los que se adhieran a posteriori. c) El interés general del Estado y el bien común, cuya protección y defensa corresponde sustancialmente a las autoridades y organismos estatales. Los principios del derecho ambiental que han sido constitucionalmente reconocidos de interés público, y por el objeto al que se refieren, pertenecen a esta categoría. d) El bien común universal, regulado por las normas del derecho internacional.

Estos derechos y bienes pueden ser resarcidos o reparados mediante un proceso civil, sin embargo, tratándose de acciones civiles por afectaciones al medio ambiente o causados colateralmente por un daño ambiental, deben ser procesados en vía verbal sumaria ante el juez competente, que al tenor del artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental, es el Presidente de la Corte Superior del lugar donde ocurrieron los daños.

Las condiciones requeridas para cualquier juicio civil (Código Civil y de Procedimiento Civil, ó Ley de Gestión Ambiental) dentro del sistema jurídico actual son:

a) La motivación de la existencia de la acción que se pretende proponer, y la consecuencia de la misma. No es posible iniciar acciones que no estén contempladas en la legislación de un Estado.

b) La determinación de la vía para su conocimiento.

c) La competencia del juez o tribunal. Posteriormente el magistrado o cuerpo colegiado ratifica su competencia para conocer la acción interpuesta, dentro de una providencia en la que además declara avocar conocimiento de la causa.

d) La legitimación activa del que pretende hacer valer los derechos en el juicio y su personería jurídica. Esta a de estar al interés del proceso (personales, comunitarios, generales, etc.) Los intereses relativos al ambiente por ser opuestos al interés individual y exclusivo, trascienden como intereses de incidencia colectiva, diferentes del interés público.

e) La intervención de ciertas autoridades u organismos, como la Defensoría del Pueblo, los organismos de control del Estado, cuando se requiera.

f) La determinación precisa de los daños, su calidad, extensión y ámbito al que afectan.

En los procesos por afectaciones ambientales la existencia del daño puede ser presente, cierta y determinada, o puede hacer referencia a su existencia pasada o expectativa futura de que ocurra. Se requiere que el deber reparatorio o indemnizatorio no haya desaparecido por alguno de los modos de extinguir las obligaciones.

Los daños en general, y los ambientales en especial, han de causar efectos más o menos permanentes. No es dable que exista un proceso para remediar situaciones transitorias que se solucionan por sí mismas o que generan una relativa molestia.

g) La posibilidad efectiva de probar el referido daño o perjuicio. Lo que no se puede probar, no existe para el juicio o la sentencia.

Cuando el régimen jurídico para el tratamiento de los daños ambientales es la responsabilidad civil extracontractual objetiva, la falta de evidencia científica de los daños no exime de la posibilidad de iniciar acciones al respecto, y que el juez ordene

medidas cautelares para evitar que estos se conviertan precisamente en daños ciertos y reales. En legislaciones extranjeras existen medidas autónomas al proceso principal que procuran la prevención de los daños ambientales, como las autosatisfactivas que ya fueron analizadas anteriormente.

h) Es de suma importancia la existencia de una relación causal entre el daño y la persona o entidad acusada de producirlo ya que no se puede imputar el deber reparatorio a quien no sea el verdadero causante del perjuicio.

En el régimen de responsabilidad subjetiva la inexistencia de esta relación es una de las causas para la improcedencia de la acción. En la responsabilidad objetiva es la única causa eximente, porque el caso fortuito y fuerza mayor, son considerados atenuantes para la imposición de la obligación de reparar o indemnizar, pero no es eximente.

i) La imputabilidad, (que en la presente investigación ha sido analizada bajo el nombre “factor de atribución”) es la intencionalidad culposa (dolo, culpa u obligación voluntariamente asumida de responder, o determinada expresamente por la ley como preexistente) por la que el causante puede merecer la sanción resarcitoria.

No se ha admitido aún en nuestra legislación la responsabilidad objetiva, o responsabilidad sin culpa ni dolo, sino en casos muy específicos de excepción como sucede en actividades que llevan implícito el riesgo (derecho laboral, aeronáutico, tránsito)

j) La no existencia de causas eximentes de responsabilidad (subjetiva).

- 1.- Fuerza mayor o caso fortuito.
- 2.- Intervenciones de terceros.
- 3.- Culpa de la víctima.
- 4.- Asunción contractual de la responsabilidad por terceros.

5.- Responsabilidad del Estado, con o sin derecho de repetir contra el responsable directo.

6.- Deber reparatorio satisfecho por uno de los modos de extinguir las obligaciones.

Las acciones a las que pueden recurrir los afectados por daños, incluso los ambientales, han sido resumidas en el siguiente cuadro:

ACCIÓN	COMPETENCIA	ACTOR	CUERPO LEGAL
Impugnación Constitucional	Tribunal Constitucional	Cualquier persona o grupo humano (legitimación activa en general)	276 y 277 Const. 23 y ss. L.Con.Const
Amparo Constitucional (Por peligro inminente)	Juez de lo civil o Juez de Instancia o Juez Penal	Cualquier persona o grupo humano (legitimación activa en general)	95 Const 47 L. Con. Const.
Procedimiento en sede administrativa	Ante el mismo órgano autor del hecho	El afectado (legitimación activa en particular)	69 Erjafe
Procedimiento en sede contenciosa	Tribunal Contencioso Administrativo	El afectado (legitimación activa en particular)	38 L. Modernización
Acciones civiles por afectaciones patrimoniales generadas por daños ambientales (delitos y cuasidelitos) ¹⁰⁹	- Juez de lo Civil - Presidente de la Corte Superior del lugar donde ocurrieron los daños	El afectado (legitimación activa en particular)	- 2241 C. Civil - 43 L.G.A.

¹⁰⁹ No existe un criterio uniforme al respecto pero se creería que la competencia radica en el Presidente de la Corte Superior del lugar donde ocurrieron los daños por razones que serán desarrolladas más adelante.

Acciones previstas por la L.G.A.	Pdte. Corte Superior del lugar donde se produzca el daño	Cualquier persona o grupo humano (legitimación activa en general)	42 L.G.A.
Acción de repetición (concesionarios y delegatarios)	Tribunal Contencioso Administrativo	El Estado	20 Constitución
Acciones populares : Recurso de Amparo Recurso de inconstitucionalidad	Tribunal Constitucional	Defensor del Pueblo (legitimación activa en particular)	96 Constitución 23 y 48 L.Con. Const.
Acción Penal	Juez de lo penal	El afectado (legitimación activa en particular)	437 C. Penal 215 C.P.P.

Resulta complejo determinar con absoluta precisión el alcance de todas estas acciones tendentes a la reparación ambiental, pero es fácilmente comprensible que ninguna, por sí sola, tiende a lograr una reparación integral en la forma que ya ha quedado expuesta en acápites anteriores, pues para lograrlo habría que intentar varias acciones a la vez.

3.1.3.- Acciones sugeridas por el derecho comparado para la reparación ambiental

La legislación comparada contempla acciones adicionales a las que se encuentran normadas en la legislación nacional, pero que por el fenómeno de la unificación y homologación de los sistemas jurídicos occidentales, deberían ser incorporadas; así mismo existen acciones que aunque están contempladas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no existen delineamientos para su aplicación. Las principales acciones se desarrollan a continuación:

Acción popular: es un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes, cuya legitimación activa para iniciarla recae en la persona que actúa en nombre de la sociedad (Defensor del Pueblo, en el caso ecuatoriano). El objeto de la acción popular es evitar los daños contingentes; cesar la lesión, peligro, amenaza, vulneración, o agravio contra un derecho o interés colectivo; y, si es posible, restablecer las cosas a su estado anterior. La acción popular es preventiva, restitutiva pero no reparatoria.

La acción popular es principal, su procedencia no depende de la existencia o inexistencia de otras acciones; razón por la cual no se ve afectada por la existencia de otras acciones porque es un mecanismo judicial independiente, con propósitos distintos. La acción popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza al derecho o interés colectivo. En la legislación ecuatoriana la acción popular está contemplada en el artículo 2236 que señala: “Por regla general se concede *acción popular* en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.”

Gherzi¹¹⁰ precisa que algunos autores señalan como crítica a este instituto que al investir a un particular como defensor y fiscal de los intereses de la comunidad, se estaría sometiendo también a todos al riesgo de una acción temeraria, y que por tal motivo se habría demorado su implementación en materia ambiental. En el caso ecuatoriano, al estar la representación de la sociedad en la persona del Defensor del Pueblo, sería éste el legitimado activo para iniciar esta clase de acciones, lo que limita el riesgo que advierte el autor en cita.

Los requisitos para la interposición de la acción popular son:

¹¹⁰ Carlos Gherzi, *Derecho y reparación de daños*, tomo III, Argentina, Ed. Universidad, 2001, p. 47.

- a) Los requeridos en el Código de Procedimiento Civil para las demandas.
- b) La indicación del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado.
- c) La indicación de los hechos, actos, acciones, u omisiones que motivan su petición.
- d) La enunciación de las pretensiones.
- e) La indicación de la persona natural o jurídica, o autoridad pública presuntamente responsable de la amenaza o del agravio, si fuere posible.
- f) Las pruebas que demuestren la comisión del acto y los ciertos o presuntos daños que aquel pueda generar.

El artículo 2237 señala los efectos de la acción popular al prescribir que “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados.”

Acción de clase: Al igual que la acción popular, es un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes. La diferencia está en que la acción de clase tiene por objeto proteger o tutelar los derechos de un grupo humano - ya sea comunidad, o una simple colectividad - que se encuentran en una situación similar, sin que sea necesario reunirlos a todos simultáneamente en un proceso, o que cada uno de los sujetos afectados, por una práctica ilícita, tengan que recurrir a tribunales en forma individual para solicitar la reparación de los daños causados. Este tipo de acciones han sido aplicados primordialmente en la defensa de los derechos de los consumidores, pero puede ser extendida su aplicación para la reclamación de derechos ambientales.

Puede definirse como aquella que provee de una fórmula por la cual, existiendo un amplio grupo de personas (clase) interesadas en un asunto, una o más pueden

demandar o ser demandadas como representantes del grupo, sin que sea necesario juntar a todos ellas, y que así mismo, todas serían beneficiarias de la reparación por la comisión que les causó el perjuicio. También se podría definir la acción de clase como una demanda civil que inicia una persona en representación de un grupo numeroso de personas afectadas por una misma actividad o acción dañosa, y cuya ventaja es que los efectos de la sentencia serán extensivos a todos los afectados, a menos que hagan uso de su derecho a ser excluidos del juicio al inicio del mismo, reservándose el derecho de iniciar las acciones en forma individual. De este modo - de alguna manera - se invierte la situación típica. Esta acción no está prevista en la legislación nacional para la protección de los derechos ambientales.

En el derecho comparado, el procedimiento de la acción de clase es básicamente el siguiente: Se verifican inicialmente las cuestiones formales como si se ha ejercido la acción por los sujetos legitimados; si se han precisado con claridad cuáles han sido los fundamentos de hecho que afectan un interés colectivo; cuáles son los derechos colectivos afectados; y, si el número potencial de sujetos afectados justifica una acción de este tipo, por sobre el ejercicio de acciones individuales o colectivas tradicionales. Las partes deben presentar al juez todos los antecedentes que poseen, capaces de demostrar que las pretensiones que se hacen valer tienen fundamento, que los derechos de la acción clase han sido efectivamente vulnerados, y que proceden las indemnizaciones que se han solicitado. La vigilancia de los miembros de la clase que no litigan puede limitarse a prevenir los riesgos aludidos, ya que las diligencias procesales están a cargo del miembro accionante.¹¹¹

¹¹¹ Mario F. Valls, *Derecho ambiental*, 3ra edición, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 1994, p. 73.

Otras acciones (acción de daño temido, negatoria y contra inmisiones):

Bibiloni¹¹² señala que las nuevas potestades obligatorias que les han sido otorgadas a los jueces deben ser ejercidas por ellos sin vacilaciones, porque la gran arma con que cuenta el derecho ambiental es la precaución bajo las figuras de daño temido, acción negatoria y acción para repeler inmisiones en su tendencia actual tanto jurisprudencial como doctrinaria, aplicada a la temática ambiental.

En determinadas ocasiones, el único modo de proveer con máxima eficacia al servicio de administración de justicia es otorgar anticipadamente lo que viene a ser la sustancia misma de la litis, o su petición principal, por medio de una decisión rápida, efectiva y responsable de un juez protector, que evite el acaecimiento de daños irreparables a través de medidas anticipatorias ejecutadas con rapidez y precisión. En el Código civil ecuatoriano, la acción de daño temido está consagrada en el artículo 976 que trata la demanda por obra ruinosa. Las acciones negatorias y las de inmisiones se refieren a las acciones por molestias causadas en relaciones de vecindad; estas se encuentran dispersas en el Código Civil, pero como ejemplo tenemos las contempladas en el Título XV del Libro II relativo a “algunas acciones posesorias especiales.”

Para iniciar estas acciones, no es necesario probar la existencia cierta, real y determinada de daños ni de lesiones físicas actuales en los actores, sino que basta con acreditar la certeza o la probabilidad de la ocurrencia de los riesgos o amenazas, porque el objetivo del proceso es anticiparse a la concreción del perjuicio.

3.2 Problemas prácticos dentro de los procesos que pretenden reparación ambiental en Ecuador

¹¹² Héctor Bibiloni, *El proceso ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Lexis Nexis, 2005, p. 422.

En un capítulo anterior ya han sido citados los principales problemas procesales que las instituciones de la responsabilidad civil tradicional recogidas en el Código Civil ecuatoriano no han podido resolver cuando se trata de daños ambientales, sean los propiamente dichos y con más razón los daños ecológicos puros y que van a ser brevemente abordados a continuación.

a) La determinación del denominado nexo causal: Se refiere a la relación entre al autor del acto dañoso, el daño, y la víctima del daño. Este punto genera en la práctica numerosos problemas al magistrado que está impartiendo justicia, porque para que un daño sea resarcido en la forma establecida por el Código Civil ecuatoriano, esto es, mediante indemnizaciones por perjuicios que incluyen daño emergente principalmente, el daño debe ser cierto, real y determinado; pero cuando el referido daño es ecológico puro, el inciso segundo del artículo 91 de la Constitución obliga al magistrado a tomar medidas preventivas aunque no exista evidencia científica de daño. Al parecer no habría contradicción jurídica en estas circunstancias porque el juez adoptará medidas cautelares, acogiéndose a la Constitución, y la sentencia versará sobre un daño que aún no se ha evidenciado, y por tanto, deberá declarar no procedente la pretensión de medidas reparatorias. Esta actitud del magistrado generaría la indefensión de quienes demandan la protección de sus derechos ambientales. Por otro lado, ¿Cómo debe actuar el magistrado que avocó conocimiento de una acción cuya pretensión es la adopción de medidas cautelares?

La determinación del nexo causal es compleja y genera problemas prácticos cuando existe pluralidad en alguna o en ambas partes que litigan. Se ha mencionado que puede existir uno o varios agentes dañosos, y estos bien pueden ser personas naturales o personas jurídicas, y el carácter colectivo de los daños al ambiente se hace extensivo a los grupos u organizaciones que fungen como agente dañoso y sobre quienes recae el

deber reparatorio y resarcitorio, cuanto de los perjudicados, que muchas veces son conjuntos numerosos de personas, bajo una representación jurídica previa, o coyuntural.

La determinación del nexo causal genera un problema también cuando el daño al ambiente es colectivo porque puede afectar el entorno sin generar perjuicios particulares, en estricto sentido.

Estas consideraciones no han sido contempladas en el derecho ambiental latinoamericano pero ya se encuentran en debate, esa es la razón primordial por la que aún no existe un sistema jurídico de imputación de una responsabilidad propiamente ambiental.

b) El sistema de carga de la prueba y el factor de atribución: Uno de los problemas más frecuentes para el magistrado cuando procura aplicar el derecho civil a la responsabilidad por daños al ambiente, y para el demandante, es ejecutar la carga de la prueba. Ya se ha mencionado que el objeto de la prueba es crear en el juez los elementos de convencimiento suficientes sobre la existencia de la intencionalidad culposa del agente dañoso, en el cometimiento del daño, y que el perjuicio que se pretende reparar es producto de la conducta del sujeto imputable. Los problemas básicamente son que las víctimas del daño deben demostrar subjetividades propias del demandado, lo cuál es más complejo si existe autoría plural porque la generalidad de daños ambientales no pueden ser imputados a un solo individuo sino que son consecuencia de varias conductas contaminantes, imputables a varios individuos; y la mayoría de agentes dañosos son personas jurídicas que incursionan en actividades denominadas de riesgo, que cuentan con personal con conocimiento técnico sobre la utilización de elementos contaminantes en los procesos de producción que generaron el daño ambiental, mientras existe gran dificultad, e incluso imposibilidad de las víctimas para probar los daños.

La doctrina ha sugerido una flexibilización en el criterio del magistrado para la valoración de la prueba en el sentido de invertir su carga, crear la presunción del vínculo causal, y la imputación directa de la responsabilidad con la sola demostración de la existencia del daño y sus detrimentos colaterales.

c) La legitimación activa: En el Ecuador, en principio, el legitimado para iniciar acciones tendentes a reparar los daños en general es el sujeto que ha sido perjudicado. El inciso segundo del artículo 91 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe: “Sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, *cualquier persona natural o jurídica*, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente.” Pero el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental que trata las acciones civiles por daños ambientales, aunque reconoce la legitimación activa colectiva, la limita al establecer que “las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados *directamente* por la acción u omisión dañosa” pueden acceder ante los órganos de justicia a reclamar la indemnización por sus derechos conculcados; y en el caso de no ser los afectados directos, “Toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, previa fianza de calumnia”, lo que excluye a los sujetos que están incluidos en el mandato constitucional.

En los casos en los que grupos humanos dan inicio a las acciones, el Juez debe considerar si esas acciones han sido iniciadas por representantes legítimos de las colectividades, o no. No existe dificultad alguna cuando son grupos reconocidos legalmente, como por ejemplo los barrios, juntas parroquiales, asociaciones, etc., pero es frecuente que los daños se provoquen sobre grupos humanos que no estaban reconocidos, o que no tienen más interés común que la recomposición de los perjuicios. La doctrina se refiere en estos casos a los “grupos coyunturales” que se enlazan frente a

la presencia del daño ambiental, y para ellos sugieren la creación de procuraciones contingentes, como ya se ha explicado anteriormente.

Cuando se trata de daños ecológicos puros, todos los sujetos a los que el Estado garantiza sus derechos ambientales, deberían estar legitimados para reclamar su reparación. Determinar la legitimación activa en esta clase de procesos resulta ardua tarea para el juez que los conoce.

d) La forma de reparar el daño: ¿Es posible realmente, regresar los espacios naturales alterados, a su estado original?, ¿Se puede dar una cuantía indemnizatoria por una especie que se extinguió por la incursión en una actividad productiva? Si estas respuestas no son afirmativas, entonces la reparación patrimonial de los daños ecológicos puros no es posible, sólo cabe la remediación para procurar la recuperación del medio ambiente y sus múltiples formas de aprovechamiento, disfrute y goce. Por ello es imperativo crear un régimen de responsabilidad propiamente ambiental que contemple la aplicación del principio “el que contamina, paga” sin más consideraciones que el nexo causal; que corrija la actividad contaminante para detener la expansión de los daños, que promueva la creación de presunciones “favor victimae”; y que procure que no existan dispensas para el deber reparatorio.

3.3.- Problemas de competencia entre el juez civil y el juez especial en Ecuador

Las acciones por afectación ambiental a las que se refiere el inciso segundo del artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental, parece hacerse extensiva a *toda* acción judicial tendente a reparar esos daños.

Existe la duda sobre la competencia del Juez para el conocimiento de aquellos casos de daños ambientales que perjudican directamente el derecho subjetivo de una persona natural o jurídica. Tales derechos subjetivos actualmente son protegidos

mediante acciones civiles en los que se debe demostrar la existencia del daño, la relación causal, la imputabilidad por dolo o culpa (factor de atribución), falta de circunstancias eximentes, etc., en los que muchas veces se excluye la categoría ambiental del daño que genera la responsabilidad y el deber resarcitorio; pero deberían ser resueltos con procesos en los que se apliquen coordinadamente los principios de las leyes ambientales, las instituciones del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, pero en función de los principios de la responsabilidad civil extracontractual objetiva.

Las acciones ambientales están bajo la competencia de los Presidentes de las Cortes Superiores del lugar en donde se produzca la afectación ambiental, al tenor del inciso segundo del artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental, y deben ser tramitados en vía verbal sumaria. Estas autoridades son competentes para conocer toda acción que se proponga a consecuencia de un daño ambiental, incluso la de daños y perjuicios civiles generados por una afectación ambiental.

El artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, obliga al magistrado a declarar la existencia de los daños, así como a establecer el deber reparatorio y la obligación de indemnizar. Este recurso de economía procesal unifica en un solo proceso lo que en derecho civil implica dos juicios, es decir el juicio declarativo del derecho, y el juicio ejecutivo para la liquidación de los daños y reparación.

El inciso segundo, del artículo 43 de la mentada ley, hace referencia a los daños al ambiente que perjudican a toda una colectividad, por la cual el juez competente deberá ordenar al responsable de los daños el pago de indemnizaciones a favor de la colectividad afectada, así como a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Adicionalmente se ordenará el pago del 10% del valor que represente la indemnización, a favor del accionante. Estas medidas reparatorias no son excluyentes entre sí, siempre

que hayan sido solicitadas pro el demandante, ya que no se podría condenar a tal pago sino se hizo la solicitud en adelante.

El inciso cuarto del artículo 43 se refiere a la determinación en sentencia de dos clases de pagos: el debido a los integrantes de la comunidad y el pago para efectuar las labores de reparación. La intención del legislador es indemnizar a la comunidad que directamente ha sufrido el daño, y es solamente la comunidad perjudicada específicamente, la que debe ser compensada. Pero hay que distinguir los casos en los que la comunidad perjudicada por el daño ambiental tiene personalidad jurídica, y en los que no. Si es persona jurídica, puede y debe reclamar la reivindicación de sus derechos ambientales y patrimoniales afectados por un daño ambiental, mediante sus representantes legales. Es la persona jurídica como tal la que inicia las acciones, asume la carga de la prueba y finalmente recibirá en sentencia el reconocimiento de su derecho así como el derecho a recibir la indemnización y el 10% adicional por haber demandado. Por el contrario si se trata de un grupo humano no constituido jurídicamente como persona, el contenido del inciso primero del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, en la parte referente a grupos humanos, sería un concepto jurídico indeterminado, lo que generaría que la aplicación de la ley debe flexibilizarse. Estos grupos tienen que irse delimitando por sus propios medios de organización frente a una coyuntura, y para efectos de la legitimación activa del proceso deben recurrir a lo que doctrinariamente se denomina procuración contingente. En estos casos, el problema de la indeterminación de los sujetos que se beneficiaran de las indemnizaciones, especialmente, y de la reparación, es mucho más evidente; así como la forma en que esta se hará efectiva. Si la comunidad demandante es perfectamente identificable y tiene una personalidad jurídica, es también fácilmente determinable a quien esta dirigida la reparación, y la cuantía de la indemnización para cada uno de sus miembros, caso contrario en la actualidad no se

admite tercerías que no han actuado en el proceso, y no cabría propiamente ordenar una indemnización divisible entre los afectados. La compensación podría atender obras y servicios que queden a favor de todos los afectados no determinados, en la medida en que puedan utilizarlos.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

1. La responsabilidad civil es una institución ampliamente desarrollada en el ordenamiento jurídico civil ecuatoriano, pero no es suficiente para la determinación del deber reparatorio y resarcitorio de los daños ambientales porque no es tendente a la reparación integral, sino más bien es optativa, es decir, cuando opera la restitución in natura, no se da paso a la reparación indemnizatoria de los bienes patrimoniales afectados por la presencia del daño ambiental, al menos no en una sola vía procesal.

2. Es imperioso cambiar el régimen jurídico de responsabilidad civil extracontractual subjetiva por el de la responsabilidad objetiva, cuando el perjuicio proviene de afectaciones al medio ambiente, considerando que los daños ambientales repercuten negativamente en los derechos ambientales consagrados en la Constitución Política de la República, y la legitimación activa para su reclamación posa sobre todos los titulares de esos derechos que además son garantizados por el Estado.

3. La Ley de Gestión Ambiental que regula esta materia no es suficiente, y las instituciones del Código Civil no se adaptan a los requerimientos reales de este tipo de daños.

4. La carga de la prueba, del régimen actual, resulta engorrosa y en veces imposible de ser probada por los accionantes, dentro de los procesos que por daños ambientales se instauran, ya que el objeto de la prueba es que el demandante genere elementos de convencimiento en el magistrado, sobre elementos que existen en la subjetividad del agente dañoso, o en el mejor de los casos, resulta altamente costoso demostrar que la

actividad productiva que generó el daño ha rebasado la línea de tolerancia de contaminación.

5. No debe existir confusión en la competencia para resolver los asuntos relacionados a daños ambientales, en tanto la legislación, aún en su estado actual, es clara en señalar que esta recae sobre el Presidente de la Corte Superior del lugar en que se produzca la afectación ambiental. Más bien los jueces civiles deben eximirse de conocer estas causas, porque avocar conocimiento de las mismas no está dentro de sus competencias.

Recomendaciones

1. Conviene que en la reparación de los daños ambientales se utilice un sistema de responsabilidad civil extracontractual objetiva, para el tratamiento de los daños ambientales, sobre todo si estos son daños ecológicos puros, ya que con ello se obligaría a actuar al Estado, a los sectores productivos y a la sociedad civil en general, en función de la precaución y prevención de daños ambientales más que en la reparación de los mismos.

2. La Ley de Gestión Ambiental requiere ser reformada para incluir en su texto medidas que posibiliten la defensa de los derechos ambientales, y a su vez excluir la consignación de la fianza por calumnia para actuar dentro de un proceso relativo a daños ambientales, cuando el actuante no ha sido directamente afectado en su patrimonio, por el daño ambiental en litigio. Resulta beneficioso para el Estado y para las potenciales víctimas de daños ambientales, la implementación del seguro ambiental obligatorio, tal como ya ha sucedido en otras actividades de riesgo como el tránsito y transporte terrestre, por la que el Estado obligó a los propietarios de vehículos

automotores a adquirir el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito y con el cual se pretende atender los requerimientos de las víctimas de esa actividad específica.

3. La defensa de los derechos ambientales requiere la creación de un régimen de responsabilidad propiamente ambiental con los caracteres que ya se han mencionado (Objetiva, real, difusa, inexcusable).

4. Es necesaria la instauración de presunciones de causalidad “favor victimae”, para aliviar la carga de la prueba, y sería muy útil invertirla, más aún si se considera el desmedro que sufren las víctimas, sin haber recibido beneficio alguno por la incursión en la actividad productiva y generadora del daño; mientras que para el agente dañoso es posible justificar la actividad dañosa por el régimen de exenciones que guarda la responsabilidad civil extracontractual subjetiva.

Bibliografía

- Aguilar Castro Vladimir, *Ambiente y derechos indígenas en la agenda política internacional*, Venezuela, Ed. FIEB – COICA, 1999.
- Alterini Atilio, *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Argentina, Ed Dike, 1995.
- Bibiloni Héctor, *El proceso ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Lexis Nexis, 2005.
- Bonfil Horacio, “*Garret Hardin, The tragedy of commons*”, en Gaceta Ecológica, número 37, México, 1995, Instituto Nacional de Ecología./ Garret Hardin, *The tragedy of commons* en Journal of heredity, num. 50, número 68, 1959. (Hardin, The Tragedy of the Commons, Science, vol 162, nª 3860.
- Bustamante Alsina Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Argentina, 8ª ed., Ed. Abeledo Perrot, 1993
- Bustamante Alsina Jorge, *Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 1995.
- Cabanellas Guillermo, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Omeba, 1968.
- Cabanellas Guillermo, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1982.
- Cafferatta Néstor y Goldenberg Isidoro, *Daño Ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 2001.
- Cafferatta Néstor, *Daño Ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 2002.
- Dromi Roberto, *Reparación ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Ciudad Argentina, 2002.
- ESPASA, *Diccionario Jurídico*, Madrid, España, Ed. Espasa, 2001.
- García Pelayo y Gross, Ramón, *Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Larousse, 1988.
- Gherzi Carlos, *Derecho y reparación de daños*, tomo III, Argentina, Ed. Universidad, 2001.
- Gherzi Carlos y otros, *Derecho y reparación de daños*, vol. IV, Buenos Aires, Argentina, Ed. Universidad, 2003.
- Gherzi Carlos, *Daños al ecosistema y al medio ambiente*, Argentina, Ed. Astrea, 2004.

- Izquierdo Tolsada Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, España, Ed. Dykinson, 2001.
- González Márquez José Juan, *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*, México, Ed. PNUMA, 2003.
- Leff Enrique, *Saber Ambiental*, México D.F. , México, Ed. Siglo XXI, 2002
- Libster Mauricio, *Delitos ecológicos*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma, 2002.
- Martín Mateo Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo I, Madrid, España, Ed. Primum, 1991.
- Mazeaud Henry; *Lecciones de derecho civil*. Vol. I. Buenos Aires, Argentina, Ed. Europa América, 1959.
- Morán Rubén Elías, *Derecho Procesal Civil Práctico*, Tomo II, Quito, Ecuador, Ed. Edilex, 2008.
- Mosset Iturraspe Jorge, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1999.
- Mosset Iturraspe Jorge, Hutchinson Tomás y Donna Edgardo Alberto, *Daño Ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.
- Narváez Iván, *Derecho ambiental y sociología ambiental*, Quito, Ecuador, Ed. Jurídica Cevallos, 2004.
- Nino Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 2003.
- Ossorio Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1984.
- Ramírez Cesid, *Derecho Ambiental*, Colombia, Ed. Gustavo Ibáñez, 1998.
- Ramírez Gronda Juan, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Claridad, Séptima edición, 1976.
- Taboada Córdova Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, Lima, Perú, Ed. Jurídica Grijley, 2001.
- Trejos Silvio Fernando, *tendencias jurisprudenciales en responsabilidad civil*
- Uribe García Saúl, *La responsabilidad por riesgo*, artículo tomado de la Revista Ratio Iuris N° 1, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín – Colombia, 2006.

Referencias de páginas web

- Manthey Pinto Osvaldo, *Canalización de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Ambiental*, en Revista Jurídica “La hora judicial”
www.derechoecuador.com/Index.php?option=com_content&task=view&id024138Itemid=426. Vista el 06 de enero de 2008.
- Mejías Alvarez Sandra, *Obligaciones nacidas de la responsabilidad extracontractual*, vista en www.mejiasabogados.es el 06 de enero de 2008.
- Ojeda Maestre Ramón, *El nuevo derecho ambiental*; México,
http://estade.org/derechopublico/El_nuevo_derecho_ambiental%20Ojeda.doc
vista el 27 de febrero de 2008
- Soto Coahuila Carlos Alberto, *El derecho frente a los depredadores del Medio Ambiente*; Perú,
<http://info.upc.edu.pe/hemeroteca/tablas/derecho/advocatus/advocatus1305.htm>
vista el 21 de diciembre de 2007.

Cuerpos legales

- Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.
- Ley de Gestión Ambiental ecuatoriana, Registro Oficial No. 245 de 30 de julio de 1999.
- Código Civil ecuatoriano.
- Código Civil argentino.