

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR  
SEDE ECUADOR**

**ÁREA DE DERECHO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA  
EN DERECHO PROCESAL**

**LA REVERSION DE LA CARGA DEL *ONUS PROBANDI* EN LA  
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.**

**ALUMNO: MARCELO PAZMIÑO BALLESTEROS.**

**2008 - 2009**

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 de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

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 autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Marcelo Pazmiño Ballesteros.

Abril del 2009.

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR  
SEDE ECUADOR**

**ÁREA DE DERECHO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA  
EN DERECHO PROCESAL**

**LA REVERSION DE LA CARGA DEL *ONUS PROBANDI* EN LA  
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.**

**ALUMNO: MARCELO PAZMIÑO BALLESTEROS.**

**TUTOR: Dr. SANTIAGO ANDRADE UBIDIA**

**Quito**

**2008 - 2009**

## EXTRACTO:

La base de contenido de este trabajo constituye la supremacía de los derechos fundamentales del hombre, su conceptualización marca el norte de la investigación - *violentados los derechos, éstos merecen tutela a través de su reparación* - el primer capítulo precisa e identifica el objetivo y la razón de ser del derecho en general – constituir el medio idóneo de alcanzar la justicia – la postura destaca las posiciones de vanguardia garantistas actuales que reflejan la preferencia irrestricta de respeto de los derechos humanos, dentro del ámbito proteccionista constitucional sus implicaciones prácticas, distintivas entre derechos patrimoniales e inmateriales.

Una segunda parte, desarrolla la descripción conceptual, iniciación y evolución doctrinaria de las funciones de la responsabilidad civil, características y aplicaciones del derecho resarcitorio y sus variantes que incluyen la responsabilidad patrimonial Estatal.

Cerramos esta panorámica revisando el sistema probatorio civil común, pero a la vez se refuerza la construcción de nuevas aplicaciones, mecanismos y formas de la prueba judicial, novel concepción que radica en alcanzar creativas y específicas formas de ejercicio de la prueba procesal dentro del sistema integral de resarcimiento del daño derivado de responsabilidad civil extracontractual, analizada bajo una óptica diferente, el renovado prisma del daño y no desde el agotado ángulo del dolo y la culpa.

El trabajo destaca permanentemente los principios sobre los que se asienta la concepción de un nuevo sistema de resarcimiento integral, llamado a materializarse en el país - un naciente Derecho de Daños - materia de especialización impulsada por este medio.

## **TABLA DE CONTENIDO**

### **Introducción:**

#### **CAPÍTULO I**

#### **1.- VISIÓN NEOCONSTITUCIONAL DE LA REPARACIÓN DE DAÑOS.**

1.1.- Hacia la constitucionalización del derecho de daños.

1.1.2.- Dispositivos legales y constitucionales en el derecho de reparación.

1.2.- La garantía de protección de las personas.

1.2.1.- La administración de justicia como instrumento eficaz para la garantía de los derechos fundamentales.

1.2.2.- La teoría garantista de Luigi Ferrajoli y el impacto en la concepción jurídica positivista.

1.3.- El Constitucionalismo un nuevo paradigma en el amparo de los derechos fundamentales.

1.3.1.- La protección de los derechos fundamentales bajo los planteamientos de Robert Alexy.

1.4.- Eficacia de la reacción jurídica en el derecho de daños.

1.4.1.- La teoría de Gustavo Zagrebelski.

#### **CAPÍTULO II**

#### **2.- LA CONCEPCIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.**

2.1.- Generalidades y elementos de la responsabilidad.

2.2.- La responsabilidad civil.

2.3.- La responsabilidad civil contractual y extracontractual.

2.3.1.- La responsabilidad civil subjetiva y objetiva.

2.3.2.- El problema de concurrencia de responsabilidades.

2.4.- Desarrollo y evolución de campos y formas de encarar la actividad dañosa.

2.4.1.- La peligrosidad e imputabilidad de la actividad dañosa.

2.4.2.- La teoría del riesgo. El riesgo creado y el riesgo provecho.

2.5.- La responsabilidad civil extracontractual objetiva del Estado en actividades de riesgo, causa de la prestación deficiente de servicios públicos.

### **CAPÍTULO III**

#### **3.- EN EL PROCESO DE DAÑOS - LA PRUEBA Y LA REVERSIÓN DEL *ONUS PROBANDI*.**

- 3.1.- Noción general de la carga de la prueba.
- 3.2.- La aplicación de las reglas *res ipsa loquitur* y las *presunciones hominis*.
- 3.3.- La teoría de las cargas dinámicas de la prueba.
- 3.4.- Prueba de la relación causal.
- 3.5.- Las excepciones de la obligación probatoria y la reversión de la misma a cargo del accionado.

#### **CONCLUSIONES y BIBLIOGRAFÍA.**

## INTRODUCCIÓN.

Puede repararse el daño somático y moral que sufre un niño que por causa de alguna forma de culpabilidad por un diagnóstico equivocado, error o confusión del médico?, y será posible además que responda la entidad prestataria de ese servicio de salud?. Será viable resarcir el dolor de una madre por la muerte de su hijo, ocurrida en un accidente de tránsito ?. Podrá una persona que encarcelado por largos años, sale libre por haber sido sentenciado sin pruebas?. Es factible exigir indemnización por la pérdida de su libertad y será posible la compensación por el daño a su proyecto de vida?.

Estos, entre algunos son algunos de los casos prácticos que se presentan al abogado en su actividad diaria, las respuestas a estas interrogantes para el común de las personas no reviste de mayor esfuerzo, sino con la reacción instintiva se encontrará el camino de imposición sancionadora para los responsables, sin embargo los temas planteados revisten una complejidad mayor para el sistema jurídico, primero porque tal sistema es producto de la racionalidad y organización que proscribe la primitiva concepción de justicia basada en la venganza y segundo porque la organización social, ha dado lugar a que sea el Estado a través del sistema penal por regla general quien imponga penas y repare los daños, pues sólo el Estado castiga a los culpables, en tanto que los particulares son los que “reciben beneficios” resarcitorios.

Entonces es importante asimilar, la naturaleza de los tipos de daños, las posibilidades de ser resarcidos por medio de acciones civiles dentro de una estructura más amplia y funcional de la responsabilidad civil, acciones resarcitorias por violación de derechos fundamentales de las personas en general, así encontraremos respuestas en la atribución de la responsabilidad personal del médico, la atribución civil corporativa de clínicas y hospitales dada la responsabilidad institucional o empresarial y principalmente la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos de salud como la responsabilidad Constitucional u orgánica, siendo éstas las respuestas

eficaces al objetivo del derecho, la ejecución de los preceptos en relación de materializar la reparación de los daños producidos.

En el ámbito procesal, la distribución de tareas entre las partes y el órgano jurisdiccional se sustenta, en la presunción de que el operador conoce el Derecho aplicable al litigio, el – *iura novit curia* - aforismo que actúa como principio normativo, y como deber impuesto a los Jueces para resolver los litigios utilizando el Derecho, es decir, sujetarse a esa aplicación.

Tipeando conceptos y doctrinas actuales, éstos constituirán la fuente principal del conocimiento de las instituciones resarcitorias que permiten una mejor comprensión del planteamiento, entre ellos la definición de los derechos fundamentales - derechos humanos - por si complejos al ser constitutivos de naturaleza vital y humana.

La función del juez por lo general no hace miramiento de esta potestad jurisdiccional - *garantizar los derechos esenciales de los justiciables dentro de un proceso* - derechos esencialmente válidos que tendrán su fase material que consiste precisamente en que el resultado obtenido de una decisión sustantivamente tomada, debe pasar por la revisión, privilegiar el miramiento de si los derechos fundamentales han sido violentados.

Se vincula al concepto de aplicación del derecho fundamental al debido proceso con el tema específico del derecho a la prueba y sus variantes doctrinales, precisando que este es un instrumento especial para alcanzar una decisión objetivamente justa en la medida que se condiga con la verdad de los hechos.

De nada sirve tener un derecho sustancial si ante su afectación el titular no puede materializarlo a través de su demostración en el proceso y con ello no logra persuadir al juzgador de la razón que le asiste, resultando de ellas, deficientes e injustas decisiones alejadas de la verdad objetiva, ésta precisamente sería otra violación a la fundamentalidad de los derechos.



En ocasiones se suscitan en el proceso conflictos de derechos, para resolver estos casos es necesario plantear soluciones que sean consideradas como razonables, soluciones que se dan a través de la teoría de la posición preferente, según la cual los derechos fundamentales se consideran jerárquicamente superiores a los demás, por lo que la solución del conflicto pasa por su inexorable prevalencia; y la segunda, la teoría del equilibrio o ponderación, según la cual no existen derechos en un orden jerárquico sino que todos ellos se complementan por lo que en caso de conflictos será necesario proceder a ponderarlos de acuerdo con un caso concreto dentro del contexto social específico.

El estudio aspira ser un aporte acerca de los principios que rigen la materia relativa a la reparación de los daños derivados de la responsabilidad civil, teniendo en cuenta la relación secuencial de interdependencia entre los elementos integrados en el derecho resarcitorio.

## CAPITULO I

### 1.- VISIÓN NEOCONSTITUCIONAL DE LA REPARACIÓN DE DAÑOS.

La lesión a los derechos constitucionales constituye fuente de responsabilidad civil. Esta afirmación, será el pilar central de la cuestión planteada, constituye pues la responsabilidad civil una elemental institución jurídica, para enmendar el daño producido.

Para el derecho civil y en especial la responsabilidad civil entendida como la obligación de indemnizar los daños, cobra vital importancia los conceptos que nos ofrece la nueva visión del derecho constitucional, que ayudarán a plantear el fundamento que justifica este estudio.

Destacaremos dos premisas: la concepción funcional del derecho civil y las influencias de los modelos neoconstitucionales, estableciendo el papel de los derechos constitucional y civil, permitirá despejar muchas dudas de la viabilidad de la aplicación de éstas fundamentales posiciones dentro del derecho de daños.

En muchos casos en los que se propinan daños, sin que las conductas alcancen connotaciones punibles, puede ocurrir, que un delito no llegue a configurar un delito penal<sup>1</sup>, a falta del requisito de tipicidad, *nulla crimen, nulla poena sine lege* y aún cuando existiendo dolo y daño a un tercero, ello no bastaría para considerar la existencia de una conducta punible, esto no significa que tal conducta no sea merecedora de un reproche legal, valga el ejemplo del accidente de tránsito en el que fallece una persona, que no logra tipificarse por no haber utilizado un medio idóneo para establecer la voluntad y

---

<sup>1</sup> “ Pero puede ocurrir que la responsabilidad resulte solamente de un delito civil y que este no llegue a configurar un delito penal. Porque, reiteramos, existen muchos actos perjudiciales e intencionales que a pesar de ocasionar perjuicio a alguien, no están previstos ni sancionados por la ley criminal y por lo tanto no tipifican ilícito penal. No obstante, son fuente de responsabilidad civil y obligan a su autor a reparar el daño. Tales actos, como ha quedado claro, son los que se conocen en la doctrina como delitos civiles y que dan lugar a la responsabilidad civil delictual. ( Molestias de vecindad; injuria grave o cualquiera de los que enumera el art. 1266 del C.C. como causales de desheredamiento, cuando no lleguen a tipificar un ilícito penal; el dolo y la violencia contractuales, cuando solamente estructuran un vicio de consentimiento ... ) Tamayo Lombana, Alberto. *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual*. Bogotá, Doctrina y Ley. 2005. Pág. 30 a 32.

la tipicidad penal. Pero la conducta reprochable sirve para despojar un bien jurídicamente protegido a la víctima, violentando además derechos fundamentales de sus parientes como ascendientes, descendientes, etc., entonces la ejecución y función del derecho resarcitorio será el mecanismo idóneo de su reparación.

Al frente de este ejercicio de acción, está el concepto de que sólo la culpa compromete la responsabilidad; concepto de los códigos decimonónicos que identificaron mecánicamente la responsabilidad con la culpa, cosa que va cambiando dado el desarrollo social y del Derecho mismo, lo que no puede dejarnos afirmar que el sistema de culpa vaya en camino de desaparecer ni mucho menos, sino que más bien nos anima a afirmar que éste deje de constituir el único medio de prueba de atribución del ejercicio de actos dañosos.

De ahí otro reto que tiene el derecho civil, que no puede afrontar de manera solitaria, se hace necesario recurrir a la interdisciplina jurídica y en especial a las maneras Constitucionales del Derecho, que sin dudas, hace parte de todas las conclusiones jurídicas.

Así, no podemos pretender que los daños que se causan en pro del desarrollo de la humanidad lo tengan que soportar pequeños grupos de víctimas, cuando se les exige la prueba de la culpa para exigir la reparación de otro, o que por la vía de la responsabilidad objetiva se radique la obligación de indemnizar en otro grupo reducido de victimarios; o si finalmente recurriendo a los principios de solidaridad trasladamos específicos daños a la colectividad ya sea por la vía de la seguridad social o la obligación del Estado de indemnizar los daños causados en beneficio o defensa de la sociedad.

El particular y así sea el Estado tienen la obligación de indemnizar los daños, aunque no exista vinculación directa, abandonando criterios restringidos actuales, ampliándolo al solo requisito de ser un daño, evitando la indefensión y desprotección a que se ha sometido a la sociedad civil.

Los fenómenos llamados leyes que se enderezan a objetivos concretos, la regulación y cuidado de derechos humanos, la organización del aparato público, la tipificación de los comportamientos ilícitos etc., estos comportamientos no son fijados por las leyes sino por el poder público, que entre otros instrumentos, se sirve de ellas para alcanzarlos – su estudio constituye una historia externa del derecho - que en rigor no es del derecho sino de la política legislativa y de sus manifestaciones concretas.<sup>2</sup>

Merece analizar estas formas jurídicas, con independencia de su contenido y objetivos. Desde la óptica y el diseño constitucional de Montecristi, se plantean aspiraciones resarcitoria de daños, aquellos que se dan en el ámbito particular a particular y aquellos que vienen desde el Estado, tal visión de la nueva constitución está basada en que siendo como es la persona humana el principio y el fin de toda actividad del Estado, se concibe que toda la organización del Estado y de las actividades en sociedad estén al servicio de la persona humana, para que se logre su plena realización.<sup>3</sup> De modo que la Constitución debe interpretar en una forma distinta al resto del ordenamiento, por sus normas abiertas, portadoras de valores, de principios y de reglas y cuyo contenido es una parte orgánica y una parte dogmática que contiene derechos, deberes y garantías.<sup>4</sup>

La actual estructura del sistema jurídico, se cumple con la intervención e introducción de constituciones rígidas, que incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no solo para el poder legislativo, ejecutivo y Judicial.<sup>5</sup> Por consiguiente la mera función de aplicación de la ley cualquiera que fuera su contenido - antiguo papel del juez - va terminado.

---

<sup>2</sup> Nieto García, Alejandro. *La razón jurídica*. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. S.A. 2007. Pág. 12.

<sup>3</sup> Andrade Ubidia, Santiago. *Visión Jurídica de la Competencia*. En Memorias de eventos de derecho constitucional. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Compilación de Memorias 2000. Impresión Abya – Yala. Quito Enero 2001-. Pág. 245.

<sup>4</sup> Martínez Caballero, Alejandro. *La relación entre los Tribunales Constitucionales y el poder judicial*. En Memorias de eventos de derecho constitucional. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Compilación de Memorias 2000. Impresión Abya – Yala. Quito Enero 2001-. Pág. 70.

<sup>5</sup> Ferrajoli, Luigi. *El papel de la función en el Estado de Derecho. Estado de Derecho, derechos fundamentales y proceso penal. Cuestiones Problemáticas*. En la Prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales. Jurista editores E.I.R.L. Lima. Marzo del 2007. Págs. 16 y 17.

La naturaleza normativa de la Constitución significa que debe ser aplicada por los poderes públicos encargados de la aplicación del derecho, tal carácter normativo de la Constitución, es la necesidad de interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a ella, los órganos aplicadores deben optar por aquellas que consideren más cercanas a los principios y valores constitucionales es decir más cercana a las de garantía de los derechos fundamentales.

La Constitución es norma jurídica que se manifiesta en el desarrollo, equivale a una integración del Estado de derecho, es decir, a la sujeción a la ley por parte de todos los poderes, incluido el Legislativo, que se subordina también al derecho y a la Constitución,<sup>6</sup> ya no sólo en las formas y procedimientos de formación de las leyes, sino también de sus contenidos.

La norma fundamental contiene normas vinculantes de aplicación inmediata – pero también principios generales - aplicación directa de derechos fundamentales - entendiendo el cambio de ubicación del juez frente a la ley que produce este nuevo paradigma: no sólo, como es obvio, facultad de los tribunales constitucionales encargados del control de la constitucionalidad de las leyes, sino también de los jueces ordinarios que tienen el deber y el poder de activar dicho control.<sup>7</sup> La sujeción a la ley ante todo, a la Constitución de hecho, transforma al Juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos.

Las garantías que están determinadas en la constitución generalmente significan conceptualmente que están previstas para proteger a los derechos cuando estos son vulnerados, por tanto sirven para poner freno a la arbitrariedad y la ilegalidad, ahora se debe mirar y aplicar que su existencia debe suponer que tienen además la característica de ser directamente aplicables por tanto además son de característica procesal.

---

<sup>6</sup> Ibídem.

<sup>7</sup> Ibídem.

## 1.1.- Hacia la constitucionalización del derecho de daños.

La fundamentalidad de los derechos tiene principalmente interés en tres grandes efectos, la delimitación del bien jurídico protegido; la identificación de los derechos cuya aplicación requiere de aplicación directa; y, la precisión de un catálogo de derechos a proteger.

Bajo estos presupuestos la actual Constitución utiliza la expresión *derechos fundamentales* que piden una identificación que deslinde su ámbito de aplicación y alcance.

La sola vigencia de la Constitución obliga a tenerla como el máximo instrumento jurídico de una nación, es la normativa primigenia, de la cual se deriva y en la cual se sostiene el ordenamiento jurídico como estructura jerárquicamente escalonada, en consecuencia, el orden jurídico debe estar de acuerdo con la Constitución y no debe transgredirla.<sup>8</sup>

Los jueces deben indagar sobre el contenido de la Constitución, por ejemplo en un caso de responsabilidad extracontractual, que ha procurado daño a toda una comunidad, el juez proclama primero la aplicación de disposiciones legales ordinarias absolutamente inconstitucionales, y sin hacer un análisis de su validez, las acoge y aplica. ¿Será que va a recaer un pronunciamiento judicial válido en tal caso? ¿Deben los jueces cerrar los ojos a la Constitución y sólo mirar la ley?

Una Constitución no puede ser apropiadamente leída, coherentemente interpretada y lúcidamente aplicada si el operador jurídico no dispone para ello

---

<sup>8</sup> Pérez Loose, Hernán. *Evaluación de los avances de la Justicia Constitucional en Iberoamérica, con relación de los derechos fundamentales y la aplicación del derecho internacional*. En Memorias de eventos de derecho constitucional. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Compilación de Memorias 2000. Impresión Abya – Yala. Quito. Enero 2001-. Pág. 76.

de una teoría constitucional moldeada, y al mismo tiempo profundamente anclada a esa norma fundamental.<sup>9</sup>

Solo una teoría constitucional logrará superar las contradicciones internas, los vacíos y las oscuridades que acusa una Constitución<sup>10</sup>. Con una teoría constitucional clara de los derechos constitucionales es garantía de que estos tengan una identidad confiable, un alcance preciso, un ámbito de aplicación seguro y puedan ser efectivamente tutelados, instrumento que permitirá igualmente dirimir los conflictos de los intereses de las personas y sus deberes constitucionales, entre los derechos individuales o las colisiones de los derechos entre sí.

### **1.1.2.- Dispositivos legales y Constitucionales en el derecho de reparación.**

En la Constitución, los derechos fundamentales, como bien jurídico protegido, encabezan la lista de los derechos, lo que evidencia el más alto nivel de los valores vinculados a los intereses colectivos y al bien común.

Los diversos pueblos y civilizaciones fueron estableciendo estos atributos humanos esenciales y básicos – vale decir derechos – para hacer posible una vida digna, justa y libre,<sup>11</sup> estos derechos llamados fundamentales han sido clasificados en tres grupos siguiendo el criterio cronológico e histórico en cuanto a su aparición y reconocimiento<sup>12</sup> por lo que se habla de generación de derechos, a la primera corresponden los derechos más antiguos y

---

<sup>9</sup> Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Editorial TEMIS S.A. Santa Fé de Bogotá – Colombia. 1999. Pág. 6.

<sup>10</sup> Una teoría constitucional adecuada para operar con la Constitución de 1991 es necesaria para asegurar el efectivo relevo constitucional, para no seguir leyendo la nueva Carta con las categorías conceptuales de la anterior. Así lo hemos planteado en nuestro artículo “Introducción a una teoría constitucional colombiana” en Revista Estudios del Derecho, Medellín, Universidad de Antioquia Nos. 117 y 118. 1991. págs. 7 a 28. Un modelo de una teoría constitucional es la expuesta para la Constitución Alemana por Robert Alexy, en su teoría de los Derechos fundamentales, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993. En Chinchilla Herrera, Tulio Elí. Obra citada. Pág. 6.

<sup>11</sup> Chiriboga Zambrano, Galo. – Salgado Pesantez, Hernán. *Derechos fundamentales en la constitución ecuatoriana*. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. ILDIS. Primera Edición 1.995. Pág. 17.

<sup>12</sup> *Ibidem*. Pág. 21.

corresponden los derechos civiles o individuales y los políticos, en la segunda generación están los derechos económicos, sociales y culturales; y, en la tercera generación los más recientes, el derecho al desarrollo económico y el derecho al medio ambiente sano.

Los derechos de primera generación fueron los primeros en aparecer y ser reconocidos, típicamente individuales, otorgados a la persona, tienen como principio el de garantizar la vida, la libertad, la igualdad ante la ley, la seguridad, la libre circulación, reunión, asociación, la propiedad privada entre otros.

En los derechos civiles y políticos – de primera generación - la protección y garantía que debe dar el Estado se resume en no violarlos, en no lesionarlos mediante su acción u omisión. Para ello se señalan los límites de la acción estatal. Es decir se establece un estado pasivo, cuya obligación es la de abstenerse.<sup>13</sup>

Tales derechos no sólo son derechos subjetivos, sino elementos consustanciales y básicos de la naturaleza misma del hombre y, éstos dentro del ordenamiento jurídico como hemos mencionado, pero derechos que serían simples expresiones formales si no tuviesen vigencia efectiva en la realidad, es decir si no logran una realización plena o si ante la violación de los mismos no existiese mecanismos adecuados para tutelarlos y protegerlos.

La regla de oro, es que todo daño sea material o moral requiere ser reparado, entonces el mecanismo protector idóneo, constituirá el proceso, medio de composición o prevención de conflictos por medio del cual, las partes en disputa someten su pretensión o sus intereses contrapuestos a decisión de un tercero – el Juez- que representa al órgano jurisdiccional. De este modo el derecho debe reaccionar ante un daño jurídico que no se pueda justificar, aun

---

<sup>13</sup> Ibídem. Pág. 24.



cuando provenga de una conducta que es lícita o tiene apariencia de legítima, impidiéndola, evitándola o poniéndole fin.<sup>14</sup>

La consecuencia del perjuicio a desmedro de los derechos de categoría constitucional, la jerarquía constitucional nacida de la necesidad de evitar pérdidas, destrucciones, deterioros, abusos, provienen justamente del espíritu garantista de la norma constitucional, que impone límites naturales a la acción de todos los seres humanos, y consecuentemente es su espíritu, el de tutelar esos derechos subjetivos.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, contempla el derecho a la tutela judicial efectiva que se relaciona estrechamente con el tema de las garantías esenciales, así el desarrollo alcanzado por el proceso justo – también llamado *due process of law* o debido proceso - ha dado lugar a que se cuente con dos manifestaciones, la sustancial y la procesal, sin perjuicio de que, además, sea utilizado como un instrumento para canalizar la aplicación de los derechos recogidos en el *Bills of Rights*.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Alvarez, Mariela. *Abuso del derecho*. En Jorge W. Peyrano. *Abuso Procesal*. Rubinzal – Culzoni – Editores. Buenos Aires. 1993. Pág. 117.

<sup>15</sup> “ Es importante señalar cómo el texto original de la Constitución Norteamericana de 178, en mérito a importantes razones históricas ( su estructura era la de una confederación o liga de Estados ) y filosóficas ( una concepción impregnada por el pensamiento de Locke, según la cual se considera que los derechos son inherentes a todas las personas por el sólo hecho de serlo, lo cual haría innecesario un reconocimiento constitucional expreso de los mismos ), se apostaba a un control más bien estructural de los poderes públicos para así asegurar la plena vigencia de los diferentes derechos fundamentales. Sin embargo, las necesidades del contexto social y político norteamericano obligaron a un progresivo reconocimiento a nivel constitucional de un catálogo de derechos fundamentales, así como de un conjunto de garantías destinadas a tutelar derechos. El primer grupo de estos derechos, el llamado Bill of Rights, involucró la aprobación en 1791 de diez enmiendas o modificaciones al texto constitucional. Los derechos constitucionalmente reconocidos en dicha ocasión solamente comprometían a la Federación, síntoma de la debilidad institucional que entonces tenía la Federación frente a los Estados, debilidad existente hasta la guerra civil o guerra de secesión en la cual estuvo involucrada la nación americana a mediados del siglo XIX. Será recién entonces luego de esta confrontación bélica que a modo de enmiendas se incorporan al texto constitucional norteamericano una nueva lista de derechos susceptibles también de ser exigidos a los Estados. Ello explica entonces la doble referencia al “Due Process of Law” incluida en la Constitución Norteamericana, tanto en la quinta enmienda como en la enmienda catorce. En el primer caso estamos ante una norma componente del Bill of Rights de 1791 y únicamente con efectos vinculantes a la Federación. En el segundo, frente a una prescripción incorporada al texto constitucional estadounidense luego de la Guerra de Secesión y con ineludible obligatoriedad para los Estados componentes de la Federación.” (ESPINOSA-SALDANA, Eloy. Op. cit., p. 41, nota No. 4). Más sobre los usos y manifestaciones del debido proceso o proceso justo en los Estados Unidos de América, puede consultarse en: TRIBE, Laurence, *American constitutional law*, New York, The Foundation Press, 1978, todo el libro, en especial las páginas 501-563 para su manifestación procesal y las páginas 886- 990, para su manifestación sustancial. Y en

En la actualidad la manifestación sustancial del proceso justo - *llamada debido proceso sustantivo o sustancial* - exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales, sean justos, razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez.

La manifestación procesal del proceso justo - llamada debido proceso formal, adjetivo o procesal - pone de manifiesto que se trata de un derecho complejo de carácter procesal, pues está conformado por un conjunto de derechos esenciales que metodológicamente pueden agruparse en aquellos que garantizan el derecho al proceso y los que aseguran el derecho en el proceso.

Definimos al proceso justo o *debido proceso* como aquel derecho fundamental a la justicia a través del proceso y también del procedimiento; es decir, como el derecho de todo sujeto de derecho a un proceso o procedimiento en donde su inicio, desarrollo y conclusión, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean justos.

Se trata de un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales - como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros - que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier

---

general para el estudio de este derecho fundamental puede consultarse: TRIBE, Laurence y DORF, Michael, *On reading the Constitution*, Harvard University Press, 1991; MURPHY, Walter, *American constitutional interpretation*, New York, Foundation Press, 1986; SEGAL, Jeffrey y SPAETH, Harold, *The Supreme Court*. New York, Cambridge University Press, 1993; BURDICK, Charles K., *The law of American Constitution*, New York, 1922, séptima impresión. También puede consultarse: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y ...* Obra citada Pág. 191-215. en Bustamante Alarcón, Reynaldo. *El derecho a probar*. ARA Editores. Lima 2001. Pág. 49.

sujeto de derecho (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos.

La *tutela jurisdiccional efectiva*, en cambio, es el derecho de todo sujeto de derecho que le permite exigir a los órganos jurisdiccionales del Estado o de la comunidad internacional - en los temas que son de su competencia - que hagan efectiva su función jurisdiccional; es decir, que ejerzan jurisdicción eficaz y oportuna a través de un proceso, mas no de un procedimiento, pues sólo en el primero se puede hablar propiamente del ejercicio de la jurisdicción o, si se prefiere, de la función jurisdiccional.

### **1.2.- El derecho de acción como caución proteccionista de las personas.**

El carácter de fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional, sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes en la persona humana. Según la doctrina constitucional la fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se debe considerar las circunstancias particulares del derecho. La vida, la dignidad, la intimidad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable <sup>16</sup>. La naturaleza del derecho fundamental desarrollado en la ley, que en principio no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.

El juez garantista debe acudir y tener un papel especial de sensibilidad por los derechos fundamentales y su eficaz protección, para lo cual no basta limitarse a argumentos lógicos o probalísticos,<sup>17</sup> derechos que incorporados a las normas constitucionales, con el propósito de generar la obligatoriedad jurídica de su aplicación.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Obra citada Pág. 102.

<sup>17</sup> *Ibíd.* Pág. 106.

<sup>18</sup> Chiriboga Zambrano, Galo. – Salgado Pesantez, Hernán. *Derechos fundamentales en la constitución ecuatoriana.* Obra citada. Pág. 66.

Los titulares de estos derechos son todos los individuos de la especie humana, teniendo el carácter de fundamentales, esto es, esenciales, independientes y anteriores al Estado. Se habla de derechos humanos como expresión equivalente de derechos fundamentales, actualmente se tiende a considerar los derechos humanos, ante todo, como derechos morales, es decir como exigencias éticas superiores que se proyectan sobre el mundo del derecho y sirven como justificación de reclamos vehementes de algo ( objeto del derecho ) frente a alguien.<sup>19</sup> La fundamentalidad no puede operar como concepto metafísico o retórico, no es el registro lingüístico de una emoción ( ... ) un derecho no se tiñe de fundamentalidad por la sola vivencia subjetiva de su importancia. La afirmación sobre la existencia de derechos fundamentales – como categoría normativa – significa que ciertos derechos poseen una implicaciones jurídicas especiales en el ordenamiento.<sup>20</sup>

Estas situaciones subjetivas ventajosas, reconocidas en el orden jurídico como valiosas, dentro de la Constitución se les asigna un nivel reforzado de protección, garantía reforzada que opera frente a los órganos judiciales de manera eficaz.

La conducta humana, tomada en su integridad, se mueve dentro de esta simultánea correlación, por un lado, *ejercemos* derechos, y por otro, *cumplimos* deberes. Así trata de rescatar la idoneidad de un instrumento para la realización de aquellas inspiraciones y valores supremos de los seres humanos

---

<sup>19</sup> Esta concepción de los derechos humanos como derechos morales ( elementos básicos de una ética civil ) ha sido desarrollada por la filosofía más reciente, sobre todo en el mundo anglosajón, a partir de las elaboraciones de John Rawls, *Teoría de la Justicia*. México Fondo de Cultura Económico, 1985. Editorial Ariel, 1984. Págs. 276 a 326. Entre nosotros ha sido expuesta con fortuna por el iusfilosófico argentino Carlos Santiago Nino, en *Ética y derechos humanos*, Barcelona Editorial Ariel 1989 Pág. 14 a 31; y, entre nosotros por los españoles Francisco Laporta San miguel. “ Sobre el concepto de derechos humanos” . en revista Doxa, Madrid 1987; y Eusebio Fernández, *Filosofía Política y derecho*. Madrid. Edic. Marcial Pons, 1995, pág. 47 y 51. Tal concepción se contrapone a las utilitarista y positivista radical de la justicia y el derecho. A los derechos morales se dedica el apartado 4 del capítulo I de esta disertación. En Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Editorial TEMIS S.A. Santa Fé de Bogotá – Colombia. 1999. Pág. 2.

<sup>20</sup> Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Obra citada Pág.3.

que conforman una sociedad. El reconocimiento a la dignidad y a la libertad de éstos, dentro del plano de la absoluta igualdad.<sup>21</sup>

Lo destacable de esta dicotomía de derechos fundamentales reconocidos y fundamentalmente garantizados y respetados, es el hecho de que no se ha podido alcanzar un grado aceptable de vigencia respecto de ellos.

### **1.2.1.- La administración de Justicia, instrumento eficaz y garantía de los derechos fundamentales.**

En un estudio sobre el resarcimiento de daños a los derechos fundamentales derivados de responsabilidad civil se hace preciso, analizar las formas en que dicha reparación puede hacerse efectiva.

Todo operador de justicia en el ejercicio de la jurisdicción detenta dos tipos de responsabilidades, la una constituye, el velar por la eficacia de los preceptos normativos que reconocen y desarrollan derechos fundamentales y, segundo la obligación de asegurar la calidad de agentes estatales, es decir, la de no convertirse en artífices de la violación de tales derechos.

En el primer aspecto se hace relación a todas las esferas del ejercicio de la jurisdicción. El estado de derecho se apoya y proyecta en la solución pacífica de conflictos, de los particulares entre sí y de éstos con el Estado, a partir de los principios de legalidad e igualdad.

La vigencia de los derechos fundamentales no es posible cuando se debilita la función jurisdiccional, o cuando esta se distorsiona hacia fines o propósitos que le son ajenos, o peor todavía cuando sean el resultado de la ignorancia y error.

El papel de la administración de justicia en el mantenimiento de la armonía social y en el adecuado encausamiento del aparato estatal es primordial

---

<sup>21</sup> Pérez Loose, Hernán. *Evaluación de los avances de la Justicia Constitucional en Iberoamérica, con relación de los derechos fundamentales y la aplicación del derecho internacional*. Obra citada. Pág. 76.

e indiscutible como dice Pietro Sanchiz: “ Para que la idea de las obligaciones estatales no permanezca en la nebulosa de la retórica, es preciso que los derechos constitucionales cuenten con procedimientos eficaces que garanticen el sometimiento de los poderes públicos. Sin duda, la proclamación de la soberanía popular, acompañada en un catálogo de libertades constituye un síntoma fiable, pero será necesario examinar cada sistema jurídico a fin de comprobar que los derechos declarados en la constitución son en si mismo normas jurídicas directamente aplicables por los órganos primarios del sistema; y para que son, además, normas superiores capaces de neutralizar cualquier decisión o disposición contraria de los poderes públicos ”.<sup>22</sup>

Cuando la función pública deja de ser un medio para garantizar al ciudadano las condiciones mínimas de subsistencia y de desarrollo la idea del Estado deja de tener vigencia, el desconocimiento de derechos como la vida, la salud, el honor etc., en una sociedad contemporánea, es un grave síntoma del debilitamiento del aparato estatal.<sup>23</sup>

La eficacia de los derechos fundamentales no depende de las elaboraciones teóricas que se desarrollen a la par de la teoría del Estado, mas bien su vigencia debe abonarse mediante el fortalecimiento de las estructuras institucionales, entre las cuales esta la administración de justicia.

El juez debe dejar de ser juez de expedientes y transformarse en juez del proceso ... podríamos decir que hay un consenso teórico de hacer del juez una figura diligente en el tiempo, saneador en patologías, concentrador en trámites, frecuentador de audiencias, moralizador de conductas, conciliador en pretensiones y repartidor en soluciones justas y reales - lo justo en lo concreto - huido de velos y aproximado a la justicia del caso.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Prieto Sanchiz, Luis. *Estudio sobre Derechos Fundamentales*. Madrid. Editorial Debate. 1994. Pág. 114.

<sup>23</sup> Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Obra citada. Pág. 11.

<sup>24</sup> Nogueira, Carlos. *La Transformación del proceso civil y la política procesal*, en la Justicia en dos épocas.

Bajo la dirección del juez se garantizarán los principios implícitamente contenidos en la norma, de igualdad procesal de economía y celeridad, sin perder de vista lo que predomina en el proceso civil, el principio dispositivo, a raíz del cual le está vedado al juzgador resolver respecto de las cuestiones no planteadas en la demanda, o sobre defensas o excepciones no articuladas en la contestación.

La protección jurisdiccional ante los tribunales ordinarios, de derechos y garantías no pueden ser visto como conceptos y términos diferentes sino complementarios del hombre, los derechos son aquellas facultades o valores esenciales que tiene cada persona y que están reconocidos por el orden jurídico nacional e internacional, el reconocimiento expreso de un derecho significa que no hay trabas para su ejercicio, salvo las limitaciones establecidas por el mismo ordenamiento jurídico<sup>25</sup>, así las garantías son los medios o instrumentos jurídicos establecidos para asegurar el libre ejercicio de los derechos.<sup>26</sup>

### **1.2.2.- La teoría garantista de Ferrajoli y el impacto en la concepción jurídica positivista.**

Una de las principales propuestas por el profesor italiano Luigi Ferrajoli ha sido la elaboración del concepto del – *garantismo* – como base de una teoría del derecho<sup>27</sup> enunciando dos significados genéricos: un modelo de derecho y una propuesta de teoría general del derecho<sup>28</sup> el primer supuesto se presenta como una alternativa del Estado de derecho y la segunda como una alternativa de superación de las teorías positivistas, las dos confluyen en el axioma que: *el derecho constituye garantía de limitación del poder*, así el jurista asume la postura respecto al derecho: *el derecho es la garantía de los más débiles frente a los más poderosos*.

---

<sup>25</sup> Chiriboga Zambrano, Galo. – Salgado Pesantez, Hernán. *Derechos fundamentales en la constitución ecuatoriana*. Obra citada. Pág. 16.

<sup>26</sup> Ídem. Pág. 16.

<sup>27</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Editorial Trotta. Madrid. 2001. Pág. 851.

<sup>28</sup> Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta. Madrid. 2005. Pág. 290. Véase también en Ferrajoli, Luigi. *Garantismo*. Una discusión sobre derecho y democracia. Editorial Trotta. Madrid. 2006. Pág. 47.

Sobre las acepciones del garantismo, se desarrolla primero como modelo alternativo del Estado de Derecho calificando como Estado de derecho garantista o como modelo de un tercer modelo de Estado de Derecho<sup>29</sup>, propuesta que es el fruto de las insuficiencias del modelo liberal del Estado de derecho, para satisfacer las desigualdades sociales y económicas, la necesidad de revisar los alcances de la legalidad.

La propuesta Ferrajoliana se presenta como una alternativa que genera la multiplicación de las garantías de los derechos individuales tradicionales y además asegura la protección de los derechos sociales desconocidos y abandonados por las teorías tradicionales.<sup>30</sup> Una refundación del estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de éstos frente a la arbitrariedad, requerirá la distribución de sus prestaciones según la lógica universalista de la garantía de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático<sup>31</sup> en palabras del autor, esta revelación permitiría asegurar sobre su modelo de un Estado liberal mínimo, y al mismo tiempo un Estado social máximo.

El punto de aproximación siempre serán los derechos fundamentales, para ello deberemos preguntarnos que derechos deben ser los fundamentales? Según el valor de la persona humana: ser siempre un fin y nunca un medio, desde la refracción de valores que son preciosas para las personas, la vida, la dignidad, la libertad y la supervivencia, valores que deben servirse de criterios axiológicos: la igualdad jurídica, el nexo entre los derechos fundamentales y democracia, el nexo de derechos fundamentales y paz; y, finalmente, el papel de los derechos fundamentales como la ley del mas débil.

Sobre estos conceptos del derecho subjetivo, Ferrajoli elabora su teoría garantista diciendo que cualquier expectativa positiva - de prestaciones - o negativa - de no sufrir lesiones - adscrita a un sujeto por una norma jurídica,

---

<sup>29</sup> Ferrajoli, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de derecho*. En Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid. 2005. Pág. 13.

<sup>30</sup> Ferrajoli, Luigi. *El garantismo...*, Obra citada. Pág. 88.

<sup>31</sup> Ferrajoli, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de derecho...* Obra citada. Pág. 24.



es decir, la norma en el deber ser, debe contar con una garantía, pero en el ámbito del ser, con frecuencia, carece de garantías. La falta de garantías no refleja la inexistencia del derecho, sino más bien la existencia de lagunas que hay que colmar, para ello recurre a la figura de – la expectativa – que al mismo tiempo es normativa – deber ser – es realista – ser - .

La teoría garantista como una teoría general del derecho, atañe a una idea de propuesta teórica que tenga aplicación a los diversos discursos en los que se desenvuelve el derecho, a pesar de no delinear estrictamente su propuesta de los distintos escritos<sup>32</sup> recordando que el filósofo italiano hace una distinción entre los conceptos de validez y vigencia, la primera se refiere a la existencia jurídica y la vigencia a la conformidad sustancial con normas de rango superior, que no solo regulan las formas sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo.<sup>33</sup>

Con la visión referida la teoría garantista cambia el papel de la teoría del derecho, de la función del juez y del jurista. Cambian tres cosas, la teoría del derecho, antes avalorativa, se vuelve valorativa; la obligación del Juez, antes de aplicar la ley, se transforma en la facultad de aplicarla o no hacerlo; el jurista de un observador del derecho se transforma en un dictaminador de la validez o invalidez de las normas, la valoración y obligación están guiadas en función de las irregularidades que se encuentren en las normas por virtud de su validez – invalidez o vigencia – no vigencia.

Ferrajoli nos presenta pues, un instrumento conceptual adecuado, capaz de reflejar la realidad del derecho positivo, como teoría crítica, es decir realista, teoría que nos obliga a considerar los ornatos esperanzadores con que se decora la realidad normativa positiva como son: un derecho provisto sólo de formulaciones genéricas y, de hecho, un derecho vago, incompleto, antinómico

---

<sup>32</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos...* Obra citada. Pág. 20 – 25. Ferrajoli, Luigi. *Los derechos fundamentales...* Ob. Cit. Pág. 291. Ferrajoli, Luigi. *Garantismo...* Obra citada. Pág. 20 - 47.

<sup>33</sup> *Ibíd.* Pág. 355.

y, a menudo, todavía indeterminado e indeciso entre las posibles versiones de un derecho y los eventuales desarrollos de los derechos proclamados.<sup>34</sup>

En el sistema de derecho positivo existen de hecho antinomias, o sea contradicciones entre normas mas halla de existencia de criterios para su solución, no se puede negar la existencia de normas en conflicto, en nuestro campo de aplicación, la existencia del permiso de operación de instituciones generadoras de riesgo y a la vez la prohibición del mismo comportamiento.

Vulnerados los derechos, no queda otra salida que repararlos, nuestra carta Magna instituye varias instituciones al respecto de la garantía y tutela, el punto es aplicar estas garantías, en lo que respecta a la obligación de indemnizar a los particulares por violaciones a los derechos fundamentales. Los órganos judiciales están obligados a impedir los excesos de los restantes poderes públicos y a constituirse en garantes de los derechos fundamentales de los individuos, derechos fundamentales que son susceptibles de afectarse por los actos desviados de los operadores de justicia. Tanto en el trámite de los procesos, como en las decisiones que ponen fin a éstos, que constituyen una fuente de abuso y arbitrariedad, que se materializan en el desconocimiento de los derechos esenciales del ser humano y en la pérdida de confianza generalizada en los sistemas institucionales de solución de conflictos.

Por eso el garantismo no es simple legalismo, pues la mera sujeción del juez a la ley puede convivir con las políticas más autoritarias y antigarantistas.<sup>35</sup>

Los operadores de Derecho deben buscar nuevas instituciones, nuevas figuras, a estudiar y sistematizar, a bregar por su aplicación, de manera hacer que justicia y Derecho no vayan por caminos separados, que cuando un justiciable reclame por la satisfacción de un derecho desconocido y por justicia pueda lograrlo.

---

<sup>34</sup> Mario Jori. Ferrajoli. *Sobre los derechos*. En debate con Lucca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Gustini, Mario Jori, Anna Pintore, Ernesto Vitale y Danilo Zolo. Editorial Trotta. Madrid. 2001. Pág. 143.

<sup>35</sup> Gascón Abellán, Marina. *La teoría general del garantismo: Rasgos Principales*. En Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Colección de Estructuras y Procesos. Serie de derecho. Editorial Trotta. Madrid. 2005 Pág. 21.

### **1.3.- El Neoconstitucionalismo, nuevo paradigma en el amparo de los derechos fundamentales.**

El Ecuador está en medio del tránsito del estado legislativo al moderno Estado Constitucional, por ello es importante mostrar cuáles son las características más importantes de éstas interpretaciones y así podamos contar con elementos adecuados para analizar críticamente el garantismo a la luz de la teoría neoconstitucionalista.

Para explicar la evolución del estado constitucional contemporáneo seguiremos el recorrido de tres paradigmas epistemológicos, propuesto por Ferrajoli – teoría garantista - : el derecho premoderno de tipo jurisprudencial doctrinal y correspondiente al antiguo régimen, el derecho positivo moderno de tipo legislativo perteneciente al estado legislativo de derecho y el derecho positivo contemporáneo subordinado a constituciones rígidas perteneciente al estado constitucional de derecho.<sup>36</sup>

En el marco del neoconstitucionalismo, diversos autores han expresado sus posiciones, afirmando que han surgido nuevos paradigmas en la ciencia jurídica en general y constitucional, en especial, como las teorías de la argumentación y de ponderación judicial, las cuales son necesarias en la labor judicial que diariamente lleva a cabo el juez, todo esto, haciendo frente a la crisis del positivismo, el cual ha mostrado síntomas de agotamiento desde hace tiempo.

Asistimos pues al cambio de paradigma en el mundo jurídico, un nuevo modelo, se trata del neoconstitucionalismo como nuevo paradigma que interpreta y entiende el Derecho ya no sólo por normas - visión normativista - , sino como principios, valores - visión axiológica - ; más en concreto, aplicado al Derecho Constitucional, nos hallamos ante un nuevo modelo que entiende las Constituciones no sólo desde una lectura meramente formal y normativa,

---

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La pragmática de la teoría del derecho*, en Epistemología jurídica, obra citada. Pág 113.

sino dotadas de un denso contenido sustancial fundado en valores y principios, para que de una vez por todas se tome en serio al derecho.

### **1.3.1.- La protección de los derechos fundamentales bajo los planteamientos de Robert Alexy.**

Cuando se trata de un catálogo escrito de derechos fundamentales, el problema jurídico de los mismos es un problema de interpretación.

En su *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy propone investigar estructuras tales como la de conceptos de derechos fundamentales, la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y la fundamentación de los derechos fundamentales. Dicha teoría se guía por la pregunta ¿cuál es la decisión correcta desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de la fundamentación racional de los derechos fundamentales?.

La validez de su teoría esta basada en la dimensión analítica, que trata de la consideración sistemático conceptual del derecho válido, el espectro de las tareas se extiende desde el análisis de los conceptos de los derechos fundamentales - por ejemplo el concepto de norma, de derecho subjetivo, de libertad, de igualdad – pasando por la construcción jurídica – por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales y la del efecto en terceros – hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico – por ejemplo la llamada irradiación de los derechos fundamentales – y la de la fundamentación sobre la base de derechos fundamentales – por ejemplo, de la ponderación.

Desde el ángulo de la dimensión empírica Alexy considera que el objeto de esta dimensión es el conocimiento del derecho positivamente válido, que debe presuponer un amplio concepto de la validez del derecho. Aquí en esta dimensión no se trata solamente de la descripción del derecho legislado sino también de la descripción y pronóstico de la praxis judicial, es decir no solo del derecho legislado sino también del derecho judicial.

Otra dimensión es la normativa, que va más allá de la simple comunicación de aquello que en la simple dimensión empírica es constatable como el derecho positivo válido, se trata de la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis jurisprudencial. Para ello es básico conocer la cuestión de saber cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo, la decisión correcta.

Frente a estas dimensiones, la ciencia del derecho cumplirá su tarea práctica, vinculando sus tres dimensiones, ser una disciplina integrativa pluridimensional; la vinculación de las tres dimensiones es condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica.<sup>37</sup>

Para Alexy, una característica de su teoría es que con el análisis lógico se puede librar a la ciencia de los derechos fundamentales, al menos en parte, de la retórica política y de los vaivenes de la lucha de las concepciones del mundo. Alexy afirma que no pretende crear una “matemática del derecho”, sino tomar del “manejo lógico” lo que hay en él de correcto e indispensable para la jurisprudencia. En este sentido, el autor afirma que la teoría estructural que propone continúa la tradición analítica de la jurisprudencia de conceptos.<sup>38</sup>

Esta concepción deja en claro que los derechos fundamentales implica la idea de que no existen derechos absolutos y que la vida social es imprescindible y que las intervenciones estatales en los mismos son una consecuencia legítima de la democracia y son válidas mientras respeten el principio de proporcionalidad.

Argumentar es propio de abogados y argumentar correctamente y eficazmente es propio de buenos juristas, encomiable entonces la importancia de la teoría de derechos humanos de Alexy denominada como argumentación jurídica, que

---

<sup>37</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales. Derecho y Justicia*. Madrid, 1997. Pág. 33

<sup>38</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

contribuyen extraordinariamente al debate jurídico, en momentos en que se ha puesto en marcha una concepción de la constitucionalidad, institutos novedosos encargados de hacer cumplir los derechos fundamentales.

#### **1.4.- Eficacia de la reacción jurídica en el derecho de daños.**

La creciente judicialización de los conflictos encarna el judicializar también los remedios contra las injusticias y los desequilibrios sociales superables. La nueva función asignada al juez – casi el papel de Don Quijote *deshaciendo agravios y enderezando entuertos protegiendo viudas y desvalidos, con su lanza*<sup>39</sup> supone que el órgano judicial asuma competencias propias del Estado y de los particulares dentro de un contexto de garantía de los derechos fundamentales a ser reparados y compensados.

Estas actividades de los jueces pondrían a tambalear el principio de la separación de poderes, sino también el de legalidad, si el juez se atreviera a ejercer a cabalidad la nueva concepción – la de interpretar la ley - de la función del juez en un Estado Constitucional de Derecho.

En esta nueva concepción deberíamos concluir que el nuevo juez – que manda la Constitución de derechos fundamentales – no es el agente servil del legislador ni el ejecutor mecánico de la voluntad de éste manifestada en el texto legal, es el juez que se aspira, el operador que primero y antes que nada hará un examen del conflicto de los derechos fundamentales.

Es un juez sensible ante la arbitrariedad y comprometido éticamente con los derechos fundamentales y la dignidad humana - juez militante -. Debe sentirse más un reformador social ( un Liturgo o Solón ) en pos de la – justicia material – que un computador de última generación.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> En esta sentencia se ordenó a una dependencia militar la rectificación de algunas acusaciones lanzadas contra miembros de la Unión Patriótica y que ponían en peligro la vida de los acusados.

<sup>40</sup> Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Obra citada. Pág. 106.

Desmontando la concepción restrictiva y cuasi exegética de los derechos mediante el ejercicio hermenéutico demostrando que el constituyente no determinó en forma taxativa cuales eran los derechos fundamentales elaborando un nuevo concepto material dirigidas a criterios en la definición de cuáles son los derechos fundamentales amparables, son de tres clases : criterios principales ( axiológicos o formales ) , criterios auxiliares ( o técnicos) y el criterio de conexidad, todos ellos no excluyentes sino complementarios entre sí.<sup>41</sup>

Así los jueces dejarán de tener la mentalidad legalista para transformarse de a poco en jueces aplicadores de normas constitucionales, a través de los principios de subsunción y ponderación.

#### **1.4.1.- La teoría de Gustavo Zagrebelski.**

Propugna la teoría de la "ductibilidad" de los textos constitucionales, término que equivale a nuestro adjetivo "dócil". El concepto "ductilidad" (la facilidad con la que ciertos materiales, como el oro, se pueden modelar). Esa ductilidad jurídica se traduce en la huida de los dogmas para convertir las Constituciones en textos abiertos la "textura abierta del Derecho" en donde los diferentes valores, puedan coexistir en pacífica armonía.

Según la concepción moderna de los derechos son la armadura jurídica de la voluntad, un modelo de hacerla eficaz protegiéndola de unos enemigos, en términos ya clásicos desde Savigny, uno de los fundadores del derecho privado moderno se ha hablado, de señorío de voluntad y se ha definido los derechos como pretensiones de voluntad garantizadas por el derecho<sup>42</sup>. El

---

<sup>41</sup> Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Obra citada. Pág. 96.

<sup>42</sup> F.C. von Savigny, *System des beutigen römischen Rechts* ( 1840), nueva ed. Scientia Verlag. Alem. 1973, I, p. /: Al considerar el derecho en la vida real, como aquello que todo lo envuelve y lo impregna, nos parece ante todo un poder atribuido a la persona: una esfera en la que reina la voluntad de ésta y, reina con nuestro consentimiento A tal poder o facultad lo denominamos derecho de ésta persona. *Idid.*, p. 333: La determinación de la relación entre dos personas a través de la regla de exclusión consiste en que – a la voluntad individual le viene asignado un ámbito en el que ha de dominar con exclusión de toda voluntad ajena -. [ Traducción castellana J. Mesía : Poley, con un prólogo de M. Durán y Bas, *Sistem del Derecho romano actual*, F. Góngora y Compañía, Madrid. 1878-1879 ]. En Zagrebelski, Gustavo. *El*

derecho subjetivo, asumido por el derecho privado y transferido al derecho constitucional como elementos constituido de la sociedad ha sido elevado a la enésima potencia. La voluntad que éste protege no es la local, relativa a ésta o aquella relación jurídica, sino la universal del hombre que quiere por y para sí con independencia de los particulares contextos de relación, es decir, el hombre que actúa para la relación de si mismo como sujeto absoluto.<sup>43</sup>

La idea de los derechos como pretensiones de la voluntad concuerda, a primera vista, con una visión defensiva o negativa de los mismos, es decir con una concepción como instrumentos de defensa frente a la arbitrariedad del poder.

Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del “ derecho positivo ” con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso.<sup>44</sup>

La primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley.

A juicio del autor surge un nuevo problema: ¿con arreglo a qué teoría se fijarían y se desarrollarían los derechos subjetivos? La solución se produjo mediante la constitucionalización de los derechos, que implicó la unión de dos tradiciones: la de los derechos vinculados a la justicia. Todo esto significó

---

*derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Editorial Trotta. Primera Edición 1995. Valladolid-España. Pág. 91.

<sup>43</sup> Zagrebelski, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Editorial Trotta. Primera Edición 1995. Valladolid- España. Pág. 82.

<sup>44</sup> *Ibidem.* Pág. 9.



darles la fuerza normativa de que gozan los textos constitucionales, considerados ahora como auténticas normas jurídicas y no como simples panfletos ideológicos.

Afirma que junto a los derechos, el constitucionalismo moderno establece otra segunda nota novedosa: la fijación por medio de normas constitucionales de principios de justicia material, orientados a influir en la totalidad del ordenamiento jurídico. El Estado no sólo impone, sino que ha de incitar a los ciudadanos a la consecución de ciertos fines. Por ese motivo, dice el autor, que el Derecho es el conjunto de condiciones en las que obligatoriamente deben moverse las actuaciones pública y privada para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles.

Configura al juez como el auténtico "señor del Derecho" de nuestro tiempo, antes lo era el legislador, el juez que debe armonizar los tres conceptos: 1.- El respeto -no veneración incondicionada - a la ley; 2.- La protección de los derechos de los particulares; y, 3.- La constante búsqueda de la justicia. Pero, ante todo, el término "señor del Derecho" refleja el papel preponderante, más no exclusivo, que ostenta el juez en el mundo actual.

En cuanto a la Justicia el autor dice que la ley ha sido creada a través del mandato soberano que está por encima de disputas por su capacidad de prevenir y reprimir eficazmente el conflicto social con la fuerza garantizadora del estado. Los más cínicos de nosotros – de nosotros los juristas - hablan de derecho como de una pura y simple tecnología social, sin más especificación. La ley puede tener cualquier contenido: este es el lema de los positivistas. ¿Pero estaremos dispuestos entonces, por ejemplo, a considerar como derecho la autorización legal para utilizar los hospitales psiquiátricos para el control de quien rompe la paz social; a producir gérmenes y bacterias que difundan enfermedades para combatir el excesivo crecimiento demográfico, o a emplear drogas para combatir el malestar social o causar esterilidad de grupos completos de seres humanos para resolver el problema de las minorías? O ¿estaremos dispuestos a considerar como derecho un ordenamiento que

paradójicamente proclámanse *apertis verbis* que se funda sobre la injusticia? Si así es estaremos listos para reducir la justicia a pura y simple legalidad.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *La exigencia de justicia*. Traducción y presentación de Miguel Carbonell. Minima Trotta. Torino 2003. Pág. 32.

## CAPÍTULO II

### 2.- LA CONCEPCIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.

#### 2.1.- Generalidades y elementos de la responsabilidad por daños.

Especialistas del derecho civil al ensayar sobre la responsabilidad, abordan sus estudios definiendo lo que se entiende por la noción *responder*, Jorge Bustamante Alcina dice que *significa dar cada uno cuenta de sus actos*.

46

Alessandri dice que en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor.<sup>47</sup> En este sentido un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra.

El tema da lugar a encontrarnos con una gran división de la responsabilidad, la moral y la jurídica.

Responsabilidad moral que se presenta al momento de violar o infringir las normas morales y cuyo resultado no se exterioriza, es un asunto del fuero interno del individuo, que no genera consecuencias de índole jurídico por no afectar a la vida en sociedad, ni dañar concretamente el patrimonio de otra persona.

La responsabilidad moral suscita un mero problema de conciencia, y como las acciones y omisiones que la generan no causan daño a la persona o propiedad del otro, ni perturban el orden social, quedan fuera del dominio del derecho que solo regula actos humanos que se exteriorizan.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Bustamante Alcina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Novena Edición - Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina. 1.997. Pág. 71.

<sup>47</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Imprenta Universal. Santiago de Chile. 1981. Pág. 10.

<sup>48</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo. Obra citada. Pág. 26.

En cambio, estamos frente a la responsabilidad jurídica cuando a causa de una acción u omisión se genera un perjuicio a otra persona o cuando el resultado de esos hechos son contrarios al orden social.

La responsabilidad jurídica conceptualizada por Alessandri, se define como la que proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro o que la ley pena por ser contraria al orden social.<sup>49</sup>

La responsabilidad a su turno se clasifica en dos grandes grupos la penal y civil.

Se esta frente a un caso de responsabilidad penal cuando el individuo ha violado o transgredido un derecho que se encuentra amparado específicamente en una norma penal, otros tratadistas dicen que este tipo de responsabilidad se manifiesta cuando el resultado dañino afecta a la sociedad en general.

## **2.2.- La responsabilidad civil.**

La responsabilidad será civil, cuando por una acción u omisión genera un daño a otra persona o a su patrimonio, lo que conlleva la obligación a cargo del autor de la acción o la omisión, de reparar las consecuencias económicas de ese perjuicio a favor de la víctima, es decir, de quien experimentó esas consecuencias dañosas.

Alessandri afirma que la responsabilidad civil es la que proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro, puede ser contractual, delictual, cuasidelictual o legal...<sup>50</sup>. Para que exista responsabilidad es necesario que se haya causado un daño en la persona o propiedad de otro.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> *Ibidem*. Pág. 27.

<sup>50</sup> *Ibidem*. Pág. 27.

<sup>51</sup> *Ibidem*. Pág. 27 y 28.

El concepto de responsabilidad no es concepto primario sino derivado, en el sentido de que no se es responsable por sí y ante sí, sino que se es responsable solamente frente a otro,<sup>52</sup> la causa genérica que lleva a la cualificación de un hecho como determinante de una responsabilidad civil es la causa de un daño en circunstancias que la ley prevé.

Para intentar dar con los orígenes y fundamentos de la responsabilidad civil, hay que decir que ésta constituye una de las ideas y conceptos nucleares del Derecho, se repite pues lo que la doctrina universal como el *neminem laedere*<sup>53</sup> : No dañar – no causar daño a nadie, principio genérico que obedece a una política natural de restitución del equilibrio material o moral.

---

<sup>52</sup> Ibídem. Pág. 8.

<sup>53</sup> ( ... ) Dicha noción más bien pragmática, se concibió – en la casuística - caso a caso fundada en el principio “alterum non laedere” no dañar al otro, por tanto, el valor de la alteridad individual como bien protegible no tanto interés superior del soberano o social del pueblo como particular propio de cada persona. A este respecto la “*Lex Aquilia de Damno lute*” constituyó un eje fundamental, situando la culpa y el concepto de lo injusto como su elemento revelador ya que determinaba el origen de la responsabilidad y las distintas acciones de iurisdictio de la que podían valerse. Así, en el Digesto afirmaba que era injuria “el daño ocasionado con culpa incluso por aquel que no quiso dañar” (Digesto de Justiniano 9.2.5).Efectivamente, establecido el objeto y el sujeto de responsabilidad (injuria) en su culpa, inmediatamente después surge la cuestión del por qué se justifica jurídicamente la idea de responsabilidad, y esta razón no es otra que la constatación de un daño evaluable y susceptible de valoración. Así, Bustamante Alsina expresaba esta íntima relación focalizando la noción de daño en un concepto generalmente admitido de Justicia: “*es el principio de justicia que impone la necesidad de restablecer el estado anterior a la lesión causada injustamente*”. Ello, no obstante, no empecé a que la responsabilidad teóricamente quede asentada en dos tipos de fundamentos de distinta índole, a saber: **Fundamentos filosóficos**: La teoría del daño y su paralela compensación encontró eco en el pensamiento aristotélico a través de su disquisición sobre justicia conmutativa entendida como la libre interrelación entre personas libres e iguales en dignidad, cuyo acceso a los recursos naturales o sociales debe fundarse en puridad en los méritos propios y, por tanto, su afectación no ajustada a dichos méritos o la restauración de la libertad supone un perjuicio susceptible de necesaria compensación. Por su parte, los siglos XVII y XVIII trajeron la influencia utilitarista a las construcciones del *common law* inglés que comprendía que el daño debía resarcirse en función de la aportación social de la actividad individual perjudicada ya que si esto no se produjera se establecería una relación de “desincentivo” e inhibición que traería un quebranto mayor para el bienestar y el interés social (Bentham, Mill...) por lo que la responsabilidad aparecería no sólo como figura reparadora sino también como elemento clave de disuasión social. De forma paralela, Kant desarrollará la propuesta aristotélica relacionándolo definitivamente con la libertad y su ejercicio mediante actos externos de los ciudadanos mutuamente coexistentes (*doctrine of right*). **Fundamentos económicos**: El Derecho no es ajeno a la formulación económica de la actividad humana ni puede serlo, y así desde las corrientes formuladas principalmente desde Reino Unido y Estados Unidos (COASE, POSNER..) se defiende que la ciencia jurídica responde en un importante grado de su esencia a criterios de eficacia y eficiencia económica, también el de la propia previsión del daño. Si éste no se ha hecho a través de un proceso de acuerdo o negociación entre partes (no sólo entre individuos sino también entre Estado y sectores de la sociedad civil) dará ello lugar a que tenga que hacerlo el juzgador para imputarlo, ya que de haberlo hecho las partes el coste y asunción del mismo hubiese sido mayor y lo hubiese

El cambio de la concepción de la responsabilidad civil se manifiesta con respecto al daño, el cual se ha transformado en el eje de la responsabilidad, donde ha sufrido una interesante evolución en cuanto a los aspectos a ser indemnizados, otorgándosele mayor extensión.

Ejemplo de esto importa la creciente extensión de la indemnización de los llamados daños a intereses colectivos y difusos,<sup>54</sup> que incide en una colectividad y cuyos miembros lo soportan como parte del grupo.

### **2.3.- La responsabilidad civil contractual y extracontractual.**

La doctrina contemporánea distingue, entre otras, dos grandes fuentes de las obligaciones. Estas fuentes son el acto jurídico y los hechos jurídicos. Estos dos campos se consideran, respectivamente, como las fuentes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.<sup>55</sup>

Las reglas que rigen la responsabilidad contractual constituyen el derecho común en materia de responsabilidad. La responsabilidad delictual y cuasidelictual es de excepción.<sup>56</sup> El Código Civil establece las fuentes de las obligaciones de responder civilmente, tomando la tradición romano - francesa, al establecer que las obligaciones nacen ya del concurso real de voluntades ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga - contractual - , y que

---

asumido necesariamente una de las partes. Para este sector doctrinal, la responsabilidad civil es más bien distributiva y la culpa funciona simplemente como elemento de reparto para ver quién internaliza desde la perspectiva económica dichos costes sociales. Esta postura, aparte de un acendrado economicismo que no siempre responde a la general lógica jurídica, parece partir de un vaciado de contenido del reproche mínimo que desde la culpa o la imputación objetiva debe presidir ésta más allá de análisis de beneficio o rendimiento subyacentes a la responsabilidad, pues ésta no tiene por qué influir en el acuerdo concreto de las partes o en la asimilación de normas sino que antes bien se sobrepone como garantía de su cumplimiento ( ... ) Artículo de Francisco Javier Corbacho Palacios. Diciembre del 2008. en - [noticias.jurídicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200812-25684136987412.html](http://noticias.jurídicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200812-25684136987412.html) - 52k -

<sup>54</sup> Barragán Romero, Gil. *Elementos del Daño moral*. Edino 1.995 Guayaquil. Pág. 13.

<sup>55</sup> Visintini, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil. Tomo I. La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. Incumplimiento y responsabilidad. Culpa aquiliana y culpa contractual. La culpa profesional. El dolo*. ASTREA. Buenos Aires – Argentina. 1.999. Pág. 226.

<sup>56</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Ámbito de la responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Imprenta Salesianos S.A. Santiago de Chile 2005. Pág. 43.

cuando éste es ilícito es un delito o cuasidelito – extracontractual - . Nuestra legislación contempla esta estructura preeminentemente dualista de la responsabilidad civil, que otorga un tratamiento distinto tanto a la responsabilidad contractual como a la responsabilidad extracontractual.

#### **A.- La responsabilidad contractual:**

La responsabilidad contractual, es la que proviene de una inejecución de una obligación pre existente.<sup>57</sup>

Para que proceda es menester:

- 1.- Un contrato o al menos una obligación anterior.
- 2.- Que el daño sea causado por una de las partes en perjuicio de la otra.
- 3.- Que el daño provenga de la inejecución de ese contrato u obligación.<sup>58</sup>

Dentro de esta enunciación se pueden observar claramente dos grupos de teorías definidas: de una parte, aquellas que presentan la responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación proveniente de un contrato anteriormente celebrado; otras teorías sostienen que se está frente a la responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación no solamente de un contrato, sino cuando se incumple una obligación derivada del vínculo jurídico anterior o de la ley.

#### **B.- La responsabilidad extracontractual:**

Se está en frente de responsabilidad extracontractual – o *aquilliana* - en el evento que entre la víctima y el autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aún así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia, tal como ocurre en la comisión de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito,

---

<sup>57</sup> Ibídem. Pág. 46.

<sup>58</sup> Ibídem. Pág. 46.

intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro.

La llamada responsabilidad *aquiliana*<sup>59</sup> responde, a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber de abstenerse de un comportamiento lesivo de los demás,<sup>60</sup> entonces el autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo.

Alessandri la define como la que proviene de un hecho ilícito intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro . . . No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella . . . Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella que crea la obligación de reparar el daño.<sup>61</sup>

A diario vemos cómo actividades humanas se encuadran en alguno de estos campos, para satisfacer sus necesidades,<sup>62</sup> transformando la realidad como consecuencia de su voluntad y a veces fuera del espectro volutivo.

Las tendencias modernas sitúan el eje de la responsabilidad civil en la reparación del daño, introduciendo criterios objetivos de atribución y causalidad y no de imputabilidad,<sup>63</sup> en consecuencia nos vamos a enfrentar con lo que estimamos es la unidad en el fenómeno de reparación del daño, de hecho las fuentes de las obligaciones en nuestra legislación, están por su exegesis caduca y limitada en un contrapunto entre lo que es la responsabilidad emanada del contrato y responsabilidad emanada de un hecho ilícito no contractual.

### **2.3.1.- El problema de concurrencia de responsabilidades.**

---

<sup>59</sup> Ortolán. M. Instituciones de Justiniano. Editorial Facultad de Derecho. Bogotá. Edición 2006. Pág. 297.

<sup>60</sup> Pazmiño Ballesteros, Marcelo. *Acción civil de daño moral reflejo o por rebote, por muerte en accidente laboral*. ETRA Comunicación. Quito. 2009. Pág. 51.

<sup>61</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo. Obra citada. Pág. 42.

<sup>62</sup> Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela. *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y Prospectiva*. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. Pág. 31.

<sup>63</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo. Obra citada. Pág. 84.



En lo atinente a la concurrencia de las responsabilidades contractual y extracontractual en mismo hecho dañoso, en el país no se logra identificar casos y fallos que aclaren la temática propuesta, Juan José Blanco en su obra “ La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso ” expone : La incidencia de concurso de responsabilidades se pone de manifiesto igualmente, en el contrato de trabajo, donde pueden concurrir uno y otro régimen de responsabilidad en caso de accidentes laborales.

“ En lo que se refiere al problema que aquí nos concierne, que es el distinguir, para solucionar cualquier problema de *concurso*, el tipo de responsabilidad civil – contractual o extracontractual – generado en accidentes laborales, el Tribunal Supremo se ha manifestado a favor de la tesis de la compatibilidad de ambas responsabilidades, aceptando como adecuada la extracontractual, en todos aquellos supuestos en lo que a pesar de existir un contrato laboral entre las partes la realización del evento dañoso no haya ocurrido dentro de la rigurosa orbita de lo pactado, de suerte que si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del trabajo, desplegaría la responsabilidad extracontractual sus efectos y entre ellos, el de la vigorosa presunción de culpabilidad del empresario.”<sup>64</sup>

Con objeto de aclarar la concurrencia de las dos formas de responsabilidad, nos cuestionaremos si podrán las víctimas indirectas, cónyuge y herederos, de un hecho dañoso cuyo origen - es causa de la muerte de un trabajador - es el incumplimiento del contrato laboral, acudir a las normas de la responsabilidad aquiliana, para en base de ella fundamentar la acción resarcitoria?.

---

<sup>64</sup> Blanco Gómez, Juan José. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso*. Edt. Dickinson S.L. Madrid. 1996. Págs. 137, 138. ver Tribunal Supremo español. Sentencia del 9 de marzo 1993.

En principio podemos afirmar que ambas responsabilidades son instituciones paralelas situadas en un mismo plano, pues se trata de la existencia de obligaciones con efectos resarcitorios.

El punto está en dilucidar si quien no cumple con las obligaciones contractuales está regido por los mismos principios de la responsabilidad extracontractual en la medida de que se le ha ocasionado un daño – deber y obligación de no causar daño – al trabajador.

Para clarificar los factores de distinción entre una y otra especie de responsabilidad, se analizan los siguientes principios:

**a.- Por su origen y naturaleza jurídica.-** La contractual tiene su origen en una convención o relación contractual preexistente; la extracontractual en el incumplimiento general de un deber legal o en un delito.

En las dos encontramos el quebranto de un deber ya sea contractual o de orden legal, y en las dos se da la posibilidad de exigir el cumplimiento de una obligación, de ahí que no cabe duda de que las dos tienen idéntica naturaleza jurídica.

**b.- Por los criterios de imputación de responsabilidad.-** Nos referimos al grado de culpa para inferir responsabilidad. Valencia Zea que estima que en la responsabilidad extracontractual no opera la graduación de la culpa ( grave, leve y levísima ) como si acontece con la responsabilidad contractual.

En la extracontractual se responde aún en los casos de culpa levísima, mientras que en la contractual debe tomarse en cuenta el beneficio que reporta el contrato a cada una de las partes y lo que ellas hayan convenido.

**c.- La carga de la prueba.-** Por regla general en la contractual la culpa es presunta, incumbiendo al demandado exonerarse de la responsabilidad; en la aquiliana, no hay duda de que el daño, siendo la causa de reacción del

derecho, deba ser probado por el actor,<sup>65</sup> y solo excepcionalmente se le dispensa de tener que probar la culpa del demandado, como acontece en los eventos de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.

En el ámbito del desarrollo de estas actividades peligrosas o riesgosas la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole al demandado probar que los hechos daños ocurrieron por causa exclusiva del actor, por causa exclusiva de un tercero o que el hecho se ha dado por caso fortuito o fuerza mayor.

**d.- Por la responsabilidad atribuida y legalmente contraída por el hecho de los dependientes.-** En la responsabilidad extracontractual se introduce una presunción legal de culpa que admite prueba en contrario en el sentido de que con la autoridad y cuidado que tenía sobre el dependiente no le fue posible evitar el hecho.

**e.- Por la pluralidad de responsables.-** En la responsabilidad contractual se da la posibilidad de que los demandados sean solidarios, o bien a prorrata de sus cuotas; en la responsabilidad extracontractual – aquiliana – por regla general se responde en forma solidaria.

**f.- Por la extensión del resarcimiento.-** En la contractual es limitada a lo pactado en el contrato o a la naturaleza del mismo, de ahí que algunos autores sostengan que la contractual no ha lugar al daño moral; mientras que la responsabilidad extracontractual es más amplia y general pues se indemnizan todo tipo de daños materiales e inmateriales.<sup>66</sup>

La doctrina actual se encuentra en la corriente de que las dos responsabilidades se unifiquen, a fin de que los jueces tiendan a favorecer más a las víctimas de la responsabilidad extracontractual, otorgándoles

---

<sup>65</sup> De Cupis, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad civil*. Casa Editorial Bosch. Barcelona 1.975. Pág. 233.

<sup>66</sup> Santos Ballesteros, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo II. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogota. 2004.

indemnizaciones plenas, cosa que no ocurre en la responsabilidad contractual, por ser reglada o tarifada por tanto limitada.

### **2.3.2.- La responsabilidad civil subjetiva y objetiva.**

La responsabilidad subjetiva y objetiva serán las principales teorías que se discuten como su fundamento. Es subjetiva, la que se funda en el dolo o en la culpa de una persona y es objetiva la que se funda en el riesgo.

#### **A.- La responsabilidad subjetiva.**

El Código Napoleón, al igual que el nuestro y que la casi totalidad de los Códigos vigentes, inclusive los dictados los últimos años, consagran la teoría – que podríamos llamar clásica - de la responsabilidad a base de la culpa<sup>67</sup> o la responsabilidad subjetiva que supone necesariamente la culpabilidad o intencionalidad de su autor; La culpa aquiliana, dice Josserand, es una especie de pecado jurídico; quien no lo ha cometido no es responsable,<sup>68</sup> ésta existe sino en la medida que el hecho perjudicial provenga de su culpa o dolo. Por ende, será necesario analizar la conducta del sujeto. Por eso se llama subjetiva.

La teoría subjetiva de la responsabilidad, sustenta el fundamento de la responsabilidad en la conducta del autor del daño, esto es, que para precisar que si nos encontramos frente de responsabilidad no basta con que se presente un daño, sino que es imprescindible que ese daño sea causa y devenga del actuar doloso o culposo del autor del daño. Es así como para establecer la responsabilidad extracontractual basada en la teoría subjetivista o clásica de la culpa, es necesario que se presenten tres *elementos*:

**1.- El daño;**

**2.- El actuar doloso o culposo del autor; y,**

---

<sup>67</sup> Ibídem. Pág. 81.

<sup>68</sup> Ibídem. Pág. 82.

### **3.- La relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo generador del daño.**

Se señalan como conductas generadoras de la culpa o causas de la culpa, sea por acción u omisión, las siguientes:

**a.- Negligencia:**<sup>69</sup> La falta de cuidado se debe a una omisión. Es la forma pasiva de la culpa, al omitirse lo que estaba aconsejado para evitar el daño.<sup>70</sup>

**b.- Imprudencia:**<sup>71</sup> La falta de cuidado se debe a una acción arriesgada. En este caso, la culpa se origina de forma activa, ya que se ejecuta un acto sin adoptar las precauciones necesarias.

**c.- Impericia:** La falta de cuidado y de diligencia se debe a la ausencia de conocimientos, experiencia o habilidad en el ejercicio de una determinada actividad. Esta cara de la culpa, se encuentra relacionada con la mala praxis profesional.<sup>72</sup>

#### **d.- Inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo.**<sup>73</sup>

El sistema civil ecuatoriano en materia de responsabilidad extracontractual aparece dominado por la idea de la culpa del agente productor del daño, sin embargo la aparición de nuevas técnicas ha multiplicado la producción o posibilidades de producción de daños, haciendo casi imposible la vigencia del principio de la responsabilidad por culpa, en esa esfera de aplicación.

### **B.- Responsabilidad objetiva.**

---

<sup>69</sup> Jiménez de Asua, Luis. Lecciones de derecho penal. Oxford – México. 2002 Pág. 253.

<sup>70</sup> Bianca, Massimo. *La negligencia en el derecho civil italiano...* Pág. 348.

<sup>71</sup> Jiménez de Asua, Luis. Lecciones de derecho penal. Obra citada. Pág. 253.

<sup>72</sup> Ghersi, Carlos Alberto. *Teoría General de la reparación de daños.* Editorial ASTREA. Buenos Aires. 1997. Pág. 109.

<sup>73</sup> Jiménez de Asua, Luis. Lecciones de derecho penal. Obra citada. Pág. 253.

Todo lo contrario a lo que sucede con la teoría clásica de la culpa, los conceptuales de la teoría objetiva, vicaria, refleja, substituta, teoría del riesgo, teoría del riesgo creado, teoría del riesgo provecho, teoría del riesgo industrial, teoría del riesgo profesional, del riesgo de la propiedad, etc., como se la conoce, afirman que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo.

Fue el proceso de industrialización mundial, el que gatilló la teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad de indemnizar los daños. Numerosas víctimas, especialmente obreros, sufrían accidentes con ocasión del trabajo, quedando privados de toda reparación. Esta situación injusta debía cesar, <sup>74</sup>considerando además que tales accidentes aumentaban y que no era posible ver con indiferencia que por un accidente cuya procedencia a veces era desconocida, el trabajador quedase sin reparación alguna y sumido en la indigencia.

Este escenario dio origen a la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva<sup>75</sup>, formulada por Mataja en Alemania 1.888, doctrina pionera de las leyes laborales y de previsión social, bajo la conducción de Otto Von Bismarck.

En Francia el sistema de concebir así la responsabilidad civil fue generada genialmente por Pothier,<sup>76</sup> sin embargo fue una sentencia de la Corte de casación de Francia de 1896<sup>77</sup> la que ejerció mayor influencia en la formulación de la teoría. Se declaró que el propietario de un remolcador era responsable de la muerte de un mecánico ocasionada por la explosión de la caldera, aún cuando la explosión se hubiera debido a un defecto de construcción, formulándose que esta responsabilidad no cesaba ni aunque el propietario del remolcador probare la culpa del constructor de la máquina o el carácter oculto del defecto.

---

<sup>74</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo. Obra citada. Pág. 85.

<sup>75</sup> *Ibíd.* Pág. 85.

<sup>76</sup> Ghersi, Carlos Alberto. *Teoría General de la reparación de daños*. Obra citada Pág. 144.

<sup>77</sup> *Ibíd.* Pág. 144.

En este sistema, por ejemplo, el empresario es objetivamente responsable – del hecho ajeno – por los daños que con dolo o culpa causen sus dependientes en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, acreditada la culpa *in operando* del dependiente, el empresario no puede eximirse de responsabilidad civil alegando haber empleado la debida diligencia en la elección, vigilancia, dirección y control de sus dependientes. El empresario es convertido en garante de las culpas de sus dependientes y responde frente a la víctima a la medida de un fiador solidario.

Como se aprecia, una de las clases de responsabilidad vicaria, es la del empresario, se trata pues, de una presunción de culpa, que solo puede ser desarticulada por prueba en contrario ( presunción *iuris tamtum* )<sup>78</sup> en un sistema intermedio entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo. Existen claramente dos centros de atribución del daño y dos criterios de imputación diversos: el encargado o dependiente responde por culpa probada y el empresario por garantía solidaria.

La responsabilidad civil del empresario por el riesgo empresarial, constituye una de las más modernas explicaciones respecto del fundamento y extensión de la responsabilidad civil objetiva,<sup>79</sup> doctrina que sostiene que el empresario es el sujeto que se encuentra siempre en la mejor posición para prevenir los accidentes inevitables y distribuir su costo entre un mayor número de sujetos,<sup>80</sup> ya sea a través del sistema de precios o de los seguros de responsabilidad civil.

El fundamento de la responsabilidad del empresario es la culpa *in eligendo* e *in vigilando*<sup>81</sup>. Es decir la responsabilidad recaída en la omisión de la diligencia exigible en la selección, vigilancia, control y dirección de sus empleados.

---

<sup>78</sup> *Ibidem*. Pág. 144.

<sup>79</sup> *Ibidem*. Pág. 144.

<sup>80</sup> *Ibidem*. Pág. 144.

<sup>81</sup> Bustamante Alcina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Novena Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina. 1.997. Pág. 348.

Con ello, la responsabilidad del empresario por los empleados y aprendices tiene el mismo fundamento que la responsabilidad de los hechos ajenos, la de los padres, tutores, directores de colegio y escuelas por los menores: se trata de la *culpa presunta del civilmente responsable*. Todo daño causado por un dependiente se atribuye ser reparado al empleador y no atribuida a la culpa del agente directo del daño.

#### **2.4.- Desarrollo y evolución de campos y formas de encarar la actividad dañosa.**

La evolución histórica de la responsabilidad civil en general, nos deja ver la secuencia evolutiva en sus diferentes etapas:

Primero, de confusión entre la responsabilidad civil y la penal: para los sistemas jurídicos primitivos, éstas forman un solo todo; el autor del daño, era castigado con una pena privada; a veces, sin que existiere la debida proporcionalidad entre el daño y el castigo impuesto al responsable del mismo. Posteriormente, la introducción de la *Ley Talión, ojo por ojo diente por diente que a primera vista nos parece bárbara y descomunal*<sup>82</sup> supondrá un primer progreso en la búsqueda de dicha proporcionalidad.

Segundo, se distingue la responsabilidad civil de la penal, como consecuencia de la influencia de los textos de derecho romano y la constitución de los Estados modernos, los juristas comenzaron a distinguir entre estas dos clases de responsabilidad, empezando a ver en la acción de la víctima una acción esencialmente indemnizatoria. Entre los Siglos XII y XIII se consagrará esta posición.

Tercero, aparece la culpa como fundamento de la responsabilidad civil: los autores iniciaron la búsqueda de un fundamento para la responsabilidad civil, el que sería por largo tiempo la culpa. En esta etapa, en la que se realiza

---

<sup>82</sup> Facio, Jorge Peirano. *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Temis – Librería – Bogotá 1981. Pág. 99.



el período de la codificación, recogiendo los códigos la noción de la responsabilidad subjetiva.<sup>83</sup>

Cuarto, se plantea la teoría del riesgo: surge a fines del Siglo XIX como una consecuencia de la revolución industrial. Deja así de ser la culpa el único fundamento de la responsabilidad civil, pues junto a ella y en algunos casos en forma exclusiva, se propone como *factor de atribución* de responsabilidad el riesgo creado.

Quinto, se manifiestan las tendencias actuales: en ella, se parte de la premisa que el derecho de la responsabilidad civil ha sufrido en nuestros días una profunda evolución, explicada fundamentalmente por dos factores:

- 1.- El aumento de los riesgos que se corren en la sociedad moderna; y
- 2.- El desarrollo de mecanismos de seguros privados y sociales.

En este marco, se pueden observar tres tendencias:

**La generalización de las responsabilidades objetivas:** se crean responsabilidades nuevas, ligadas a la sola realización de una actividad que origina un riesgo específico.

**El desarrollo de los seguros por responsabilidad civil:** el aumento del número de los accidentes contribuyó al desarrollo de los seguros privados. Por lo tanto, la indemnización debida ya no es pagada por el autor del daño, sino por una compañía aseguradora.

**La socialización de la responsabilidad:** ateniéndonos al principio de la solidaridad social, se plantea la necesidad que las consecuencias del perjuicio se reparta entre todos los miembros de la sociedad. De ahí el desarrollo de la seguridad social, especialmente en los países industrializados.<sup>84</sup> También se encuentra una recepción de esta tendencia, en los accidentes del tránsito.

---

<sup>83</sup> Ibídem Pág. 132.

<sup>84</sup> Ghersi, Carlos Alberto. *Teoría General de la reparación de daños*. Obra citada Pág. 120.

#### **2.4.2.- Las teorías objetivas del riesgo. El riesgo creado y el riesgo provecho.**

La responsabilidad extracontractual objetiva<sup>85</sup> y en general la responsabilidad civil, intenta dar nuevas soluciones a un viejo problema, por eso no es posible encontrar soluciones clásicas que resuenan desde el derecho romano, a este dinosaurio que ha evolucionado dentro de la actual sociedad compleja y dinámica, necesario entonces, crear y darle respuestas actuales y adecuadas.

Algunos autores llaman a ésta, la “Era del Daño” así, el maquinismo, el aumento y perfeccionamiento de los medios de locomoción, la elaboración de productos en masa, los accidentes del trabajo, la mala praxis en las profesiones liberales, el creciente desarrollo del tráfico jurídico, son algunos de los fenómenos contemporáneos, situaciones y supuestos impredecibles, que han hecho que la teoría clásica de la culpa se vuelva imprecisa e insuficiente.

La tendencia en la actualidad obliga a modificar el ángulo, en el sentido de dejar de buscar al responsable y preocuparse más bien del daño a ser indemnizado,<sup>86</sup> lo que abre la puerta a los factores objetivos de atribución de responsabilidad, olvidándose del viejo aforismo de que no hay responsabilidad civil sin culpa. Hoy lo que debe importar es que no hay responsabilidad civil si no hay daño. En consecuencia, más que un *criterio de imputabilidad* nos encontramos con un *criterio de atribución*, en el que el hombre es responsable por los riesgos que el mismo ha creado, la cuestión entonces debe resolverse a la luz de la responsabilidad objetiva.<sup>87</sup>

Criterios estos acogidos en nuestra legislación, muy parcialmente. Por ejemplo, en la responsabilidad por accidentes en el transporte de derivados de petróleo, en los que no se atiende a la culpa del agente sino al daño producido, fue la jurisprudencia ecuatoriana que reconoció por primera vez estos preceptos doctrinarios diciendo que el riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente

---

<sup>85</sup> Ibídem. Pág. 120.

<sup>86</sup> Ibídem. Pág. 120.

<sup>87</sup> Ibídem. Pág. 121.

aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas.

La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. ( ... ) En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. ( ... ) en vista de que la producción, industria, transporte y operación de sustancias Hidrocarburíferas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad <sup>88</sup> y solamente con ello advertir esta nueva tendencia de atribuir responsabilidad por el riesgo y peligros creados.

Lo que importa en la actualidad es aplicar estos criterios normativos de atribución antes que los de imputación. Ejemplo: el reglamento para autorización de actividades de comercialización de gas licuado de petróleo: Art., 9.- Responsabilidad y riesgo: Las personas que realicen actividades de comercialización de GLP ejercerán sus actividades, asumiendo la responsabilidad y riesgo de su inversión ( ... ) . Y, Art., 10.- Los prestadores, para ejercer las actividades de comercialización de GLP, deberán contar con los *seguros de responsabilidad civil extracontractual, que cubra los daños a terceros, a sus bienes y daños al medio ambiente ( ... )*.<sup>89</sup>

En lo jurídico estricto, en ecuación resultante de lo equitativo de compensar la eventualidad de la pérdida con la probabilidad de la ganancia, un aforismo clásico proclama – *ubi periculum, ubi est lucrum collocetur* – donde esté el riesgo, allí también se ponga el lucro.<sup>90</sup> Teoría del riesgo actualizada por un grupo de juristas norteamericanos de principios del siglo XX en la moderna

---

<sup>88</sup> Resolución: No 229-2002. Juicio ordinario (Recurso de Casación) N° 31-2002. Comité "Delfina Torres Vda. De Concha" vs. PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL y PETROPRODUCCION.

<sup>89</sup> Decreto Ejecutivo No. 2282 - 3 de octubre del 2001.

<sup>90</sup> Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de derecho usual*. Editorial Heliasta. Tomo VII Buenos Aires – Argentina. Pág. 242.

perspectiva que ha recibido un mayor desarrollo y notable divulgación en la segunda mitad del siglo pasado, por parte de autores que, conformaron la denominada Escuela del Análisis Económico del Derecho.<sup>91</sup>

La asunción del riesgo *strictu sensu* plantea que la responsabilidad civil - como una institución de Derecho común - no sólo debe castigar al personalmente culpable de una falta, sino que debe constituir un medio para distribuir eficientemente el costo económico del daño causado a una víctima inocente. Por este motivo, el perjuicio debe asumirlo el sujeto que está en la mejor posición para prevenir dicho daño.

Son varias las modalidades de responsabilidad objetiva:

**a) Teoría del riesgo:** se responde, en cualquier circunstancia, por realizar una actividad peligrosa. Teoría, según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, genera a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el proyecto que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios.<sup>92</sup>

**b) Teoría del riesgo creado:** Modalidad de la responsabilidad objetiva.<sup>93</sup> Refleja la idea de atribución de los efectos de un acto al autor del mismo. El hombre no es responsable sino por los riesgos que él mismo ha creado. Una manifestación concreta se encuentra en las leyes sobre accidentes de trabajo ( Ossorio y Florit ).<sup>94</sup>

**c) Teoría del riesgo – provecho:** su origen está en la máxima romana *ubi emolumentum ibi llus* (allí donde se encuentra el beneficio está luego la responsabilidad). El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente

---

<sup>91</sup> Ghersi, Carlos Alberto. *Teoría General de la reparación de daños*. Obra citada Pág. 24.

<sup>92</sup> Resolución: No 229-2002. Juicio ordinario (Recurso de Casación) N° 31-2002. Comité "Delfina Torres Vda. De Concha" vs. PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL y PETROPRODUCCION.

<sup>93</sup> Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de derecho usual*. Obra citada. Pág. 242.

<sup>94</sup> *Ibidem*. Pág. 242.

aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado.<sup>95</sup>

## **2.5.- La responsabilidad civil extracontractual objetiva del Estado en actividades de riesgo a causa de la prestación deficiente de servicios públicos.**

Lo que no está prohibido está permitido, de manera que, el desarrollo de las actividades personales de los miembros de una colectividad, está limitado correlativamente por el quehacer del otro. Sobrepasado ese límite y roto tan frágil equilibrio, se estará en presencia del daño, el autor se encontrará con la obligación jurídica y con la carga moral de afrontar sus consecuencias.

Por los riesgos que implica vivir en sociedad, ese otro sujeto causante de un daño, puede ser el Estado. Sostener que el Estado es irresponsable implicaría hoy lesionar principios básicos de nuestro sistema de derecho y sobre todo aquel que es fundamento de todo constitucionalismo, el principio de igualdad.<sup>96</sup> Sin perder la línea conceptual enunciada sobre la responsabilidad vicaria, la tendencia llega a la cúspide al hacer extensiva la responsabilidad resarcitoria al Estado, aún cuando su accionar esté dentro de sus competencias atribuidas y legítimamente establecidas en la ley.

La responsabilidad del Estado por falla de la prestación de servicios públicos tienen consagración positiva constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, se trata sin duda de una responsabilidad civil de origen extracontractual y que para algunos, a los que me sumo, constituye responsabilidad objetiva, sin injerencia de reprochabilidad, culpa o dolo.

---

<sup>95</sup> *Ibíd.*

<sup>96</sup> Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad de la administración pública en Problemas Constitucionales*. Collutti Pág. 67. *Nota: En consecuencia el problema radicaría en establecer el ámbito y límites de esta responsabilidad compatibles con el principio de igualdad.*

El Estado de Derecho colocó, al propio Estado en condición de sujeto de y para la norma jurídica, esto es el reconocimiento del principio de legalidad como base fundamental de la estructura política y jurídica<sup>97</sup> el Estado de Derecho, exigió el establecimiento de un obrar más activo y por supuesto positivo, frente a las necesidades de la sociedad contemporánea.

Este sistema proclamado y reconocido se apoya en un subsistema de principios y categorías operativas y organizacionales más directamente, las cuales actúan de manera de prescripciones regulares, tal es el caso del llamado principio de constitucionalidad de legalidad, configurador del Estado de derecho, por medio del cual se garantiza el ejercicio legítimo del poder y se deriva la presunción de legitimidad de los actos de la administración pública.<sup>98</sup>

Con la vigencia de la constitución de 1.998 vale decir se consolidó el *status* como Estado de Derecho – amplitud de su catálogo funcional en pos de garantizar la efectividad de principios, derechos y deberes, así el Estado está en la obligación de proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los particulares, consagró en el ámbito constitucional el principio general de la responsabilidad patrimonial ( Art. 20 Constitución 1.998) en forma específica y no derivando a otros principios normativos, tal responsabilidad acoge el concepto de daño antijurídico, fundamento de toda la responsabilidad de la administración pública, apartando el elemento subjetivo ( culpa o dolo ) y centrándolo en el daño.

La responsabilidad patrimonial del Estado y sus instituciones - concesionarios o delegatarios - se fundamentada en la culpa civil, pero por ser su autor el Estado, esta responsabilidad adquiere un carácter público siendo el Estado responsable aún de los hechos de sus concesionarios y delegatarios.

---

<sup>97</sup> Colauti, Carlos. *Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires Argentina. Pág. 7.

<sup>98</sup> Garaicoa Ortiz, Xavier. *Ontogénesis y Hermenéutica de la Constitución en la era de la globalización*. Pág. 166.

La responsabilidad de los servicios públicos ha tomado fundamento constitucional,<sup>99</sup> así nos encontramos en el proceso de establecer el camino para hacer efectiva la responsabilidad directa y objetiva del Estado en los casos que, por la falla prestacional se cause daños a los particulares en sus bienes o derechos, para resarcirlos conforme a los principios del derecho público.

Ante la extensión del campo en el que nos encontramos, las hipótesis jurídicas que se plantean, se apreciarán en términos globales, la responsabilidad del Estado, esencialmente trata, de restituir el equilibrio económico roto por hechos o actos del poder público en detrimento de un particular.

Con la entrada en vigencia de la actual Constitución el espíritu garantista del texto constitucional ( Art. 11 numeral 9 ) refiere a la materialización de la noción - de daño antijurídico - desarrollada en España y especialmente por Eduardo García de Enterría, quien lo define como – perjuicio que el titular del patrimonio considerando no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud. Y explica: la nota antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado.<sup>100</sup>

La nueva concepción político – jurídica derivó en una clara amplitud del papel del Estado, originando una participación más activa y dinámica por parte del Estado en el actuar y obrar de todos los administrados, lo que de suyo origina una mayor potencialidad en la producción de daños en cabeza del propio Estado.

---

<sup>99</sup> Hernández Enríquez, Alier Eduardo. *Novedades jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. En Gerencia Jurídica Pública. Memorias del 2do. Seminario Internacional. Módulo II – La responsabilidad del Estado y sus Agentes. Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Secretaría General. Dirección Jurídica Distrital. 2005. Pág. 4.

<sup>100</sup> García de Enterría, Eduardo. *Los principios de la nueva expropiación forzosa*. Madrid. Editorial Civitas S.A. Reedición. 1984. Pág. 176.

El daño antijurídico para el profesor Juan Carlos Henao es, aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad suponiendo la aplicación del principio *iura novit curia*. Enseguida el autor explica: El daño antijurídico se convierte así en un género que cobija varias especies, en donde el elemento daño que es el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad, en tanto que las especies serían su fundamento inmediato.<sup>101</sup>

Sin embargo tales responsabilidades no son del todo objetivas, pues la inclusión del daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración, no implica una objetivización de la responsabilidad, de todos modos se han de seguir presentando regímenes subjetivos – la falla probada y la falla presunta – solo que el fundamento en estos casos, va a ser el daño antijurídico, pero según cada caso este podrá revelar como falla del servicio – presunta o probada – o como daño especial o como riesgo excepcional u otros regímenes no condicionados por la presencia de una falla del servicio.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex – Corte Suprema de Justicia, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado ha dicho que la misma no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente.

Es principio fundamental en la organización del Estado, la solidaridad y, en virtud de ella, los administrados se encuentran sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales que permiten hacer efectivo el conjunto de los correlativos derechos de los que somos titulares.

La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos en la misma Constitución Política no deban ser también efectivos, lo que es posible a través de una adecuada ponderación de los bienes jurídicos que en apariencia se encuentran en conflicto. De tal

---

<sup>101</sup> Henao Pérez, Juan Carlos. Obra citada. Pág. 801.



forma que, en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual deba ceder ante ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas.<sup>102</sup>

Cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado.<sup>103</sup>

El Art., 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad al Estado en el evento de que se cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento. ( ... ) *“Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia... de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos”*. De la misma manera, cuando el referido artículo 20 *ibidem* hace referencia a la *“prestación deficiente de servicios públicos”* no califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación correspondiente sino al defecto funcional del servicio.-<sup>104</sup>

Consecuencia del enunciado precedente es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no pueda ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se

---

<sup>102</sup> Resolución N° 168-2007 de 11 de abril de 2007.- En el juicio contencioso administrativo - Recurso de Casación - N° 62-2005. Juan Pablo Andrade Bailón vs. EMELMANABI - CONELEC.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que esta intencionalidad no sea importante en el sistema de responsabilidad, pues, como lo establece el inciso segundo de la norma analizada (artículo 20 de la Constitución Política) la calificación de la culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados.<sup>105</sup>

La responsabilidad extracontractual del Estado tiene origen en la injusticia o ilicitud de la afectación en las personas, bienes o el ambiente, originada en la actividad pública; por ello, es necesario clarificar el sentido que se adopta al referirnos a la injusticia o ilicitud de la afectación, es decir, delimitar lo que ha de entenderse por daño indemnizable. En principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material o moral, como ha quedado expuesto por la teoría general de la responsabilidad. Ahora bien, la calificación de un hecho como “*afectación injusta*” es una materia sujeta al criterio judicial, según las reglas de la sana crítica, que puede ser objeto de control en base a la razonabilidad de dicho criterio, esto es, su motivación. Sin embargo, parece conveniente señalar que la injusticia en la afectación se desprende ordinariamente de la vulneración del referido principio de igualdad material en la distribución de las cargas públicas. Se trata, entonces, de una afectación anormal, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados.<sup>106</sup>

En lo que se refiere a una “*afectación ilícita*”, el criterio de calificación está ligado a los deberes constitucionales de los administrados, en el sentido de que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional que se lo haya impuesto. En este caso, el deber jurídico de soportar la carga pública no podría provenir únicamente de normas de rango

---

<sup>105</sup> *Ibíd.*

<sup>106</sup> *Ibíd.*

inferior, pues, de otro modo, se haría impracticable la responsabilidad del Estado que ejerce potestades normativas. Así, por ejemplo, es evidente que no se puede esperar que el administrado deba soportar la expropiación de sus bienes sin el pago del justo precio, aunque legal o reglamentariamente se hubiese admitido esta posibilidad. En este caso ejemplificativo, la expropiación practicada de la manera en que se ha regulado, supone una afectación ilícita en el patrimonio del administrado que debe ser reparada en razón de la responsabilidad extracontractual del Estado como legislador.<sup>107</sup>

La inclusión del concepto del *daño antijurídico* no consta explicitada en nuestro régimen jurídico de corte legalista, sin embargo, el concepto se desarrolla y adopta de modo doctrinal en fallos como el anotado.

Deducimos que no se puede hablar de una responsabilidad objetiva absoluta del Estado, lo que ocurre con el derogado Art., 20; y, el actual numeral 9 del Art., 11 de la Constitución de Montecristi, es que si bien la culpa y el dolo son impertinentes, ello no basta para que la responsabilidad se objective, pues la admisibilidad de la pretensión indemnizatoria, no cabe si está fuera de la relación de causalidad material entre la acción u omisión y el daño sufrido por la víctima, así que se presupone acreditar prueba de la falla o deficiencia prestacional del servicio público.

Lo que se presenta es una tendencia hacia la objetivización de la responsabilidad estatal, es decir, que ya no se tiene como régimen común y exclusivo el de la responsabilidad subjetiva por falla probada, sino que el régimen de responsabilidad es el de aquellos sistemas no sometidos o supeditados a la presencia exclusiva de falla del servicio, es decir no es que se prefiera uno u otro régimen, pues se siguen aplicando los dos regimenes en iguales circunstancias, lo que ha variado es la aceptación doctrinaria - jurisprudencial de los fundamentos objetivos de la responsabilidad en el daño jurídico y como fundamentos especiales los tradicionales especificados en la ley y en la doctrina tradicional.

---

<sup>107</sup> Ibídem.

El colofón de este apartado, lamentablemente hay que decirlo, que los preceptos enunciados en la mayoría de los casos quedan simplemente en aquello, aspiraciones y módulos teóricos, pues los daños causados por el Estado y sus instituciones se manifiestan de modo más recurrente por ser el principal prestatario de servicios públicos deficientes, de modo directo o través de concesiones o delegatarios, por lo mismo regulador y controlador de los mismos, así los daños provenientes del Estado y sus instituciones se manifiestan de modo más traumático debido al incumplimiento de los preceptos constitucionales - generador del daño - , al desconocimiento de las garantías y tutelas jurisdiccionales no ejercidas por los particulares y, sobre todo al saber que judicializado y exigiendo su resarcimiento se sabe enfrentado al todo poderoso Estado, poseedor de ventajas de toda índole, incluso acreedor de prerrogativas de tipo procesal.

## CAPITULO III

### EN EL PROCESO DE DAÑOS - LA PRUEBA Y LA REVERSIÓN DEL *ONUS PROBANDI*.

#### 3.1.- Noción general de la carga de la prueba.

En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar, y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.<sup>108</sup> En sentido jurídico procesal, la prueba es un método de averiguación y un método de comprobación, la prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio.<sup>109</sup>

La noción - carga de la prueba procesal - es aceptada por todos los autores, la que proviene de la tradición romana, anexada en el código Napoleónico e incorporada luego en los europeos y sudamericanos, estructura sobre la “ noción de una necesidad práctica ante la cual se encuentra la parte para poder obtener el efecto jurídico deseado y evitar el daño de perderlo ”.<sup>110</sup>

La parte debe probar el nacimiento del derecho si quiere que le sea reconocido el derecho por el juez, o su extinción si se defiende alegándola.

La carga de la prueba como concepto a utilizarse y ejecutar se ha desarrollado primero en Alemania ( Goldschimidt ) iniciador de la doctrina moderna, que mas tarde encontró en Rosenberg un valioso impulso, luego en Italia primero con Carnelutti, después con Michelin y otros autores procesalistas modernos, posteriormente la noción en América a adquirido completa madurez.

Michelin sostiene que existe carga cuando un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado,

---

<sup>108</sup> Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho Procesal Civil*. Tercera edición. ( Póstuma ). Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1964. Pág. 215.

<sup>109</sup> *Ibidem*. Pág. 126.

<sup>110</sup> Michelini. Ob. Cit., Pág. 59. En Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Pág. 376.

pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto en la norma.<sup>111</sup>

Desde el punto de vista procesal, la prueba encuentra varios problemas, consiste pues, en saber qué es la prueba, cuál el objeto de la prueba, la carga de la prueba, el procedimiento probatorio y finalmente su valoración.

Pues bien ahora mismo nos encargaremos de la carga de la prueba, tendiente a saber quién prueba, cuál de los sujetos que actúan en el juicio ( actor, demandado, juez ) debe producir la prueba que es materia del debate.<sup>112</sup>

Carga la prueba quiere decir, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados en ellos,<sup>113</sup> así la carga de probar no supone ninguna obligación delimitada a las partes, sino mas bien constituye el imperativo derecho de cada uno de los litigantes, ante la circunstancia del riesgo inminente que constituye no probar los hechos afirmados como pretensión o como excepción, por ello quien no prueba pierde el juicio – como en el antiguo dístico, es lo mismo no probar que no existir<sup>114</sup> - proposición negativa que encuentra su contraparte en el modo afirmativo, quien prueba gana el juicio.

Algunas de entre las varias manifestaciones concretas en la conducta procesal de las partes merecen especial examen, no sólo por la eficacia probatoria que pueda tener cada una de ellas, sino también por el influjo que cada una de ellas pueda ejercer sobre el mecanismo distributivo del *onus probandi*,<sup>115</sup> poniendo de relieve las manifestaciones de orden opuesto y distinto positivas y negativas, actividades y omisiones.

---

<sup>111</sup> Micheliní. Ob. Cit., Pág. 59. En Devis Echandía, Hernando Teoría general de la prueba judicial. Pág. 376.

<sup>112</sup> *Ibidem*. Pág. 240.

<sup>113</sup> *Ibidem*. Pág. 241.

<sup>114</sup> *Ibidem*. Pág. 242.

<sup>115</sup> Furno, Carlo. *Teoría de la prueba legal*. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid. 1954. Pág. 77.

En el principio general de la carga de la prueba caben dos aspectos:

1.- En materia de obligaciones, el actor probará los hechos que suponen la existencia de la obligación y el reo de los hechos la extinción de ellos.

2.- En materia de hechos y de actos jurídicos, tanto el actor como el reo prueban sus respectivas proposiciones.

En el principio aplicado a la prueba de las obligaciones, el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la obligación, y si no lo produce, pierde el juicio, aunque el demandado no pruebe nada, el demandado gana el pleito con quedarse quieto, porque la ley no pone sobre él la carga de la prueba.<sup>116</sup>

El mismo principio desde el punto de vista del demandado, es el siguiente: si el demandado no quiere sucumbir como consecuencia de la prueba aportada por el actor, debe producir la prueba de los hechos extintivos de la obligación, y si no lo hace como hechos referido, perderá el pleito.

Se advierte, la simple división de los hechos en constitutivos y extintivos que además debe decirse, resultan estrechos ante la casuística que ofrece la vida forense.

La doctrina amplia, distingue cuatro tipos de hechos que pueden ser materia de prueba: constitutivos y convalidativos; y, extintivos e invalidativos.<sup>117</sup>

La extensión natural del precepto legal sería, la de hacer gravitar la carga de la prueba de los hechos constitutivos y convalidativos sobre aquel de los litigantes a quien la existencia de esos hechos le conviene, en cuanto a la carga de la prueba de los otros tipos de hechos, los extintivos y los

---

<sup>116</sup> ( ... ) Otro caso es el de la simulación, en Acuña Anzorena, *La carga de la prueba en materia de la simulación*, en la ley, T. 73 Pág. 514. ( ... ) En Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho Procesal Civil...* Obra citada. Pág. 243.

<sup>117</sup> Carnelutti, *Teoría generale del diritto*. Roma. 1940. Pág. 456. En Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho Procesal Civil...* obra citada. Pág. 245.

invalidativos, se pondría sobre aquel litigante al que los hechos constitutivos y convalidativos le perjudican.<sup>118</sup>

La carga de la prueba se reparte entonces entre los litigantes, porque ambos deben mostrar al juez la convicción de la verdad que afirman. Los hechos no probados se tienen como inexistentes, en el juicio dispositivo, el juez realizará a expensas de la prueba suministrada por las partes, una especie de reconstrucción de hechos, descartando aquellos que no han sido objeto de la demostración, para luego sobre los aportados repartir el derecho.

El proceso es fuente de derechos subjetivos y de correlativas obligaciones, sin que se oponga a esto su naturaleza de derecho público, porque al lado de los derechos individuales privados existen los derechos individuales públicos, como el de elegir y ser elegido, el de acción y contradicción, el de no ser condenado ni juzgado sin las formalidades procesales establecidas en la ley.<sup>119</sup>

La relación jurídico procesal impone a las partes determinadas conductas en el desarrollo del proceso, cuya inobservancia les acarrea consecuencias adversas y como el sistema judicial está regido bajo el principio dispositivo la actividad procesal es fundamental ya que toda iniciativa probatoria radica y es de obligación de las partes, constituyendo por ello para las partes la obligación de adoptar determinadas conductas, afirmar hechos y hacer peticiones, todo ello dentro de los límites y tiempos que la ley procesal ordena.

En otros casos estamos en presencia de un acto necesario para la eficacia del ejercicio de un derecho, como la afirmación de los hechos fundamentales de la pretensión para que el ejercicio del derecho de acción

---

<sup>118</sup> ( ... ) Uno de los hechos más frecuentes, en los últimos tiempos, de aplicación de este principio es el que configura como hecho constitutivo de la obligación el despido del empleado, y extintivo, la notoria mala conducta del mismo. No se éste, como se dice habitualmente, un caso de inversión de la carga de la prueba, sino de aplicación de los principios.( ... ) En Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho Procesal Civil...* Obra citada. Pág. 246.

<sup>119</sup> Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Editorial TEMIS. Bogotá 2002. Pág. 375.



pueda conducir a una sentencia favorable y el cumplir los presupuestos procesales y materiales para que pueda existir sentencia de fondo.<sup>120</sup>

Se trata pues de un instrumento estratégico en manos de los jueces y tribunales que permite inducir los comportamientos procesales. En relación con la carga de la prueba la preocupación del sistema jurídico no es académica, ni de epistemología de la función judicial, sino pragmática. Su objetivo es el de regular los comportamientos de las partes en el mundo real.

La responsabilidad de la prueba como carga es vista desde un punto objetivo, que deviene de la - noción de imperativo interés – así Rosember dice:

1.- La carga implica una actividad que es siempre voluntaria. La actividad de los interesados es siempre voluntaria.

2.- No existe sanción alguna por el incumplimiento de la carga, pues la ineficacia del negocio contrario a las prescripciones legales no tiene ese carácter, sino que es la consecuencia de aquellos preceptos del derecho objetivo y es perfectamente lícito no observarla.<sup>121</sup>

3.- Los actos previstos en las normas que consagran las cargas procesales, son simples presupuestos de triunfo de la misma parte que debe ejecutarlos y, en consecuencia el propio interés indica a cada parte la creación de esos presupuestos, el cumplimiento de la carga es un acto de interés propio.

122

4.- La carga no se trata de de un derecho ni de un deber, sino solo de una posibilidad de efectuar determinados actos.

---

<sup>120</sup> Devis Echandía, Hernando. *Tratado de Derecho procesal civil ...* Obra citada, núms.. 129 – 140, y nociones generales de derecho procesal civil, obra citada., núms. 137 – 146. Compendio de derecho procesal, t I, Teoría general del proceso. Ob. Cit. Núms.. 157 – 166. En Devis Echandía, Hernando Teoría general de la prueba judicial. Editorial Temis. Bogotá 2002. Pág. 376.

<sup>121</sup> Rosenberg, Leo. La carga de la prueba. Editorial IB de F. Julio César Faira. Editor. Montevideo – Buenos Aires. 2002. Pág. 17.

<sup>122</sup> *Ibíd.* Pág. 17 – 18.

Para Rosenberg la carga de la prueba no se considera ni un deber ni una obligación sino una simple posibilidad de ejecutar ciertos actos, sin coacción, de tal manera que solo el interés del resultado deseado es lo que induce a su observancia y ello equivale a darle el carácter de poder o de facultad.

Se distinguen dos aspectos de la noción:

1.- Es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica al juez como debe decidir cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales se basa su decisión, decidiendo sobre el fondo y evitando un *non liquet*, esto es una sentencia inhibitoria por falta de prueba.

2.- Es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les indica cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento para sus pretensiones o excepciones.

En el primero caso amplía una regla imperativa para el juez quien no puede desatenderla sin incurrir en violación de la ley, base hasta de la estructuración de casación de llegar a ser el caso.

En el segundo caso implica un principio de autorresponsabilidad de las partes, meramente facultativo, porque si bien les otorga poder para aducir esas pruebas, les deja en libertad de hacerlo, sometiéndose en este caso a las adversidades, sin que las mismas puedan ser observadas como obligatorias.

Estos aspectos de la noción de la carga de la prueba aparece también en el proceso penal y en los procesos inquisitivos civiles y laborales.

En el proceso penal, la regla de juicio se observa así, pues consecuencia de ellas es la absolución del sindicado cuando falta la prueba de su culpabilidad y también el axioma *in dubio pro reo*, conforme al cual este se favorece con la deficiencia de la prueba.

El segundo aspecto opera para las circunstancias de las pruebas especulativas o atenuantes, conocidas solo del sindicado u olvidadas en la investigación oficiosa del juez y de los hechos que configuran los perjuicios que deben indemnizarse a la víctima del delito o a sus herederos que se hayan constituido en parte civil y que no resulten oficiosamente reconocidos pro el juez.

En el moderno proceso civil, laboral inquisitivo y demás similares, la situación es igual a la del proceso penal, es decir, opera en el primer aspecto con todo su rigor, y el segundo en cuanto a los hechos que escapen de la actividad oficiosa del juez y resulten deficientemente probados con esta.

Las reglas sobre las cargas de la prueba dan la contestación a varias preguntas ya formuladas, de entrada ayudando al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no pruebe comprobarse la verdad de un hecho importante.

### **3.2.- La aplicación de las reglas *res ipsa loquitur* y las presunciones hominis.**

“ ... En latín, la frase significa *res ipsa loquitur* “ *la cosa habla por sí mismo* ”. En la ley, algunos conceptos se han creado más confusión entre los estudiosos y practicantes de la doctrina de pruebas de *res ipsa loquitur*. Algunos comentaristas han tratado de caracterizar la expresión alternativa, como una regla, principio, doctrina, máxima, y en particular para un frustrado erudito, un mito. Asimismo, *res ipsa loquitur* ha resistido todos los intentos de las autoridades legales para delimitar su ámbito de aplicación. En palabras de otro eminente, pero exasperado, estudioso, *res ipsa loquitur* "se utiliza en diferentes sentidos [;] ... que significa inferencia, que significa la presunción, no significa una cosa - en resumen, no significa nada". No obstante, la máxima ha aparecido en miles de casos desde su primera articulación en la mitad del siglo

XIX y no muestra signos de salir del léxico jurídico. La más aceptada la interpretación de *res ipsa loquitur* incluir: que crea una inferencia permisible de negligencia por un jurado en los casos en que un demandante sólo puede demostrar que un hecho ocurrió perjudiciales, que presenta una refutable presunción que requieren para encontrar un jurado para un demandante en ausencia de pruebas del demandado, o que obliga a un cambio en la afirmativa la carga de la prueba del demandante al demandado. »<sup>123</sup>

Una de las primeras dificultades a las que debe hacer frente el perjudicado al iniciar un proceso judicial de reclamación por los daños, se halla en las aporías para demostrar los elementos de la responsabilidad, sobre todo la negligencia del autor del daño y la relación de causalidad entre la conducta negligente y el daño.

La dificultad probatoria del perjudicado intenta ser descargada con la doctrina *res ipsa loquitur*, " *la cosa habla por sí misma* ", procedente del comon law, empero su enorme incidencia, es una figura sumamente criticada en los países donde se aplica, por los malentendidos que ocasiona, se ha intentado limitar su alcance de forma legal o jurisprudencial.

La primera vez que se utilizó la expresión *res ipsa loquitur* en el entorno anglosajón fue en Estados Unidos en el siglo XIX en el asunto *Byrne vs. Boadle*<sup>124</sup> en el que un transeúnte demandó al propietario de una tienda por las lesiones sufridas tras caerle un barril de harina desde la ventana de dicha tienda. El demandante no aportó ninguna prueba directa de la negligencia del propietario o de sus empleados, pero a pesar de ello el caso fue admitido, pues se consideró que un barril no se cae sin la negligencia del encargado de su custodia. En palabras del Juez Pollock, " hay ciertos casos de los que se puede decir *res ipsa loquitur*, y éste parece ser uno de ellos ".<sup>125</sup>

El mero hecho de la producción de un daño explica, por sí mismo, la historia y el origen de su causación. La experiencia habitual de la vida

---

<sup>123</sup> <http://translate.google.com.ec/translate?hl=es&sl=en&u=http://goliath.ecnext.com/coms2/>

<sup>124</sup> <http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=Byrne+vs.+Boadle&start=20&sa=N>

<sup>125</sup> Ibídem

evidencia la causa negligente del accidente. El sentido común nos indica que los sacos de harina no se caen por las ventanas si el encargado de su vigilancia ha actuado con la debida diligencia; luego la caída misma revela una negligencia en la custodia. Y aunque la negligencia no se haya podido demostrar de manera directa, sí se puede deducir indirectamente.

El problema surge en el momento en que se abandona este planteamiento anclado en las reglas del sentido común y se pretende ampliar la doctrina *res ipsa loquitur* a los casos de causalidad compleja. Porque si cabe inferir negligencia en estos casos "sencillos", de causalidad directa, será más difícil en los supuestos en que las circunstancias que rodean a la causación del daño son confusas.

En la iniciación de esta presunción no se consideraba aplicable a los supuestos por ejemplo de mala praxis médica. Si un paciente sufre un daño durante una intervención quirúrgica, ¿qué nos indica la experiencia común de la vida? El daño puede ser consecuencia de la negligencia del médico, ciertamente, pero también puede ser la materialización de un riesgo típico de la intervención, que no tiene que haber sido causado necesariamente por negligencia del médico demandado.

Cuando poco a poco empezó a ser admitida la aplicación de *res ipsa loquitur* en el ámbito de la prestación de los servicios médicos, se hizo para casos considerados obvios, como el olvido de objetos en el cuerpo del paciente tras una intervención quirúrgica o la amputación o extracción de un miembro u órgano equivocado.

La alegación de *res ipsa loquitur* en estos casos intentaba contrarrestar las dificultades probatorias con las que se enfrentaba el perjudicado, derivadas, sobre todo, del contubernio de silencio de los médicos, negativa constante y reiterada de los médicos a prestar declaración en un proceso judicial o elaborar un informe cuando iba a perjudicar al compañero de profesión. La negligencia en estos casos podía ser entendida vía *res ipsa loquitur* porque se trataba de supuestos tan irrefutables que no era necesaria la prueba pericial. La experiencia habitual de la vida, el sentido común, nos indica que el olvido de

una gasa en el interior del cuerpo no era la conducta adecuada y eficiente de los profesionales médicos, por ejemplo.

Esta doctrina, del *common law*, autoriza al demandante de una indemnización por responsabilidad extracontractual a obtener la compensación de los daños y perjuicios sin necesidad de aportar prueba de la negligencia del demandado, si las circunstancias de producción del daño hacen imposible o muy difícil pensar que el daño pudiera haberse producido de haber observado el causante las exigencias de la diligencia debida.

Dijimos al inicio de este trabajo que lo básico del análisis que se desarrollaría tenía como objeto, cuadrar la doctrina con la funcionalidad de aplicación de hechos reales en la cotidianidad del ejercicio profesional, así un caso real en materia de responsabilidad médica, consistió en que un menor de edad de cuatro años ingresó al quirófano para ser atendido de una patología lagrimal: La médico tratante solicita al grupo de enfermeras y anestesista apliquen dextrosa con el 5% de glucosa, mientras la intervención quirúrgica termina el menor entra en coma sin tener los médicos una explicación, al percatarse luego que la dextrosa con glucosa no había sido del 5% sino del 50% lo que le provocó un coma diabético, que lo puso al borde la muerte, manteniendo el coma por un mes, con las consecuentes lesiones posteriores. Será que los jueces exijan prueba del daño en este caso o el mismo será analizado y objetivizado desde la óptica de la doctrina *in res ipsa*.

Es esta una versión extrema de la doctrina en la que presume la culpa, sin posibilidad alguna de prueba en contrario. Esta presunción irrefutable sólo tiene sentido si la relación entre cuidado y probabilidad del accidente es como la que se representa.

En la misma se observa cómo en el nivel de cuidado socialmente óptimo, denominado la probabilidad de accidente y acaecimiento del daño es cero. En otras palabras, la materialización del accidente es señal inequívoca de que el causante no ajustó su comportamiento a toda la diligencia social y legalmente

requerida. Una presunción *iuris et de iure* de culpa, que vendría a ser un caso extremo de inversión de la carga de la prueba de la culpa.

Sin embargo, es difícil imaginar que la probabilidad de accidente resulte completamente eliminada, incluso extremando las medidas de precaución. Por ello es más lógico que la aplicación de la doctrina de la *res ipsa loquitur* suponga una inversión probatoria rebatible por prueba contraria.

El evento dañoso se ha producido de tal modo o rodeado de tales circunstancias que se convierta en un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente del causante. Y ello será tanto más probable, *ceteris paribus*, cuánto menos intrínsecamente peligrosa sea la actividad generadora de daño.

Ante lo evidente de los hechos, las personas agraviadas en sus derechos, tienen la posibilidad de escoger varias opciones, para alcanzar un remedio a los daños, la más común es acudir a un juez civil y presentar una demanda en donde se pruebe que existió la negligencia médica usando la regla de la doctrina *in res ipsa*, además de este tipo de acción la demanda se complementará con elementos como el caso del daño moral. Fácilmente se puede imaginar que ante un error del grupo de médicos, el menor y el entorno familiar sufrirán una afectación emocional a más de la evidentemente física.

A la parte actora le corresponde y tiene que probar los presupuestos de hecho de su pretensión. Cómo no hay responsabilidad sin daño, el demandante tiene la carga de probar la existencia de daño pues éste es uno de los presupuestos de hecho de su pretensión; pero además del daño tiene la carga de probar la culpa del agente causante del daño y la prueba de la relación del nexo causal entre la culpa y el daño, así tiene la carga de discutir en el plano, no de la evidencia, que el demandado es el autor del hecho dañoso, es decir deberá probar la culpa - ejecución objetiva - determinante de la responsabilidad.

Frente a la falta de pruebas, ¿el juez puede salir a buscarlas? En principio no, rige el principio dispositivo. Hay muy contadas excepciones, por ejemplo en materia del daño ambiental y algunos procesos de incidencia colectiva, por ello la importancia de aplicación de las presunciones sobre todo en el derecho de daños.

Así las presunciones son legales y judiciales, según las establezca la ley o sean producto de las deducciones hechas por el juez. Presunciones legales son aquellas fijadas por el legislador, teniendo en cuenta que, según el orden normal de la naturaleza, de ciertos hechos derivan determinados efectos.<sup>126</sup>

En estos supuestos el legislador hace el razonamiento y establece la presunción, pero a condición de que se pruebe el hecho en que ella se funda. Por lo tanto, constan de los mismos elementos que las presunciones judiciales: Un hecho que sirve de antecedente, un razonamiento y un hecho que se presume.

Las presunciones "*iuris et de iure*" no admiten prueba en contrario. Ellas no constituyen en esencia un medio de prueba, sino que excluyen la prueba de un hecho considerándolo verdadero. El hecho presumido se tendrá por cierto, cuando se acredite el que le sirve de antecedente.<sup>127</sup>

Las presunciones "*iuris tan tum*" son aquellas que permiten producción de prueba en contrario, imponiéndole esa carga a quien pretenda desvirtuarlas, y por ello interesan al derecho procesal.<sup>128</sup>

Se diferencian de las presunciones judiciales porque vinculan al juez. Quien tiene a su favor una presunción - *iuris tan tum* - estará dispensado de probar el hecho alegado, pero en cambio debe acreditar los hechos que constituyen las premisas o presupuestos de la misma.

---

<sup>126</sup> [www.derechoycambiosocial.com/revista011/sucedaneos%20de%20los%20medios%](http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/sucedaneos%20de%20los%20medios%)

<sup>127</sup> [http. legales//.com](http://legales//.com). Tratados/a/ Procesos.

<sup>128</sup> *Ibidem*.



Decir que una presunción no admite prueba en contrario, no implica que no se pueda atacar la existencia del hecho presumido, lo que no se podrá objetar es el razonamiento.

Las presunciones se aplican sobre todo a los hechos jurídicos, y convierten en derecho lo que no es más que una suposición fundada en lo que generalmente ocurre, el fundamento lógico de las presunciones reside en que la dificultad de la prueba podría hacer perder muchas veces un derecho, de tal manera que la obligación de demostrar el hecho que podría destruir la presunción que recae sobre quien lo alega.

Así, en los accidentes de trabajo se presumen que el obrero no ha tenido culpa en su producción: el empleador en este caso, deberá ciertamente acreditar una culpa grave del mismo trabajador para eximirse de indemnizarlo. En otros casos, especialmente en las presunciones *luris et de iure*, hay también motivos de orden social que intervienen para justificar su existencia.

Estas presunciones, que se llaman legales porque derivan necesariamente de la ley, no deben ser confundidas con las presunciones simples o del hombre, que se admiten y utilizan frecuentemente en los juicios para averiguar la verdad de un hecho mediante razonamientos deductivos.

La presunción judicial importa un proceso lógico, un raciocinio, que permite pasar de un hecho conocido a otro desconocido, generalmente, el razonamiento es de tipo inductivo, por lo que, antes que un medio probatorio, consiste en una actividad intelectual del juez frente a un caso particular, valiéndose de reglas de experiencia, es decir de conocimientos comunes. Para ello, practica un verdadero examen crítico de un hecho, cotejándolo con circunstancias, situaciones y efectos que en un orden normal ocurren de ordinario.

Así, para determinar la culpa del conductor de un vehículo, examina la velocidad al momento de la colisión - hecho desconocido, partiendo de indicios

ciertos, daños ocasionados, estado de los automotores, etcétera - para inferir si se conducía con prudencia, o con exceso.

La presunción consiste, entonces, en las operaciones deductivas e inductivas<sup>129</sup>, que intelectualmente realiza el juzgador al momento de dictar sentencia, ante la imposibilidad de tener una prueba directa sobre un hecho.

Las *presunciones hominis* son aquellas que el juez establece, a través del examen de circunstancias o hechos conocidos, llamados indicios. En algunas oportunidades, es imposible la prueba directa de los hechos, situación en que el juzgador se ve obligado a recurrir a datos ciertos que debidamente probados, lo inducen a extraer consecuencias jurídicas.<sup>130</sup>

Alsina afirma que *indicio* es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido, mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido.

Cabe entonces distinguir el indicio de la presunción. El indicio es una circunstancia que por sí sola no tiene valor alguno, en cambio cuando se relaciona con otras y siempre que sean graves, precisas y concordantes, constituye una presunción. Por lo tanto, la presunción es la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos. Las presunciones son graves cuando reúnen tal grado de probabilidad que conducen al juez a la certeza de su razonamiento.

La doctrina discrepa en cuanto al valor probatorio de las presunciones. Toda vez que no se trata de una prueba inmediata sino de un raciocinio, a la que se recurre ante la ausencia de otras pruebas: para que surja la presunción, será necesaria la prueba directa de los hechos indiciarios; por lo tanto no

---

129

<http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=La+presunci%C3%B3n+consiste%2C+entonces%2C+en+las+operaciones+deductivas+e+inductivas&btnG=Buscar&>

130

[http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=Las+presunciones+hominis+son+aquellas+que+el+juez+establece&btnG=Buscar&meta=lr%3Dlang\\_es](http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=Las+presunciones+hominis+son+aquellas+que+el+juez+establece&btnG=Buscar&meta=lr%3Dlang_es)

constituirá por si misma prueba, se invierte la carga de la prueba, al que alega le basta probar el antecedente, y quien pretenda destruirla tendrá que acreditar que los indicios no reúnen los caracteres indispensables que exige la ley.

### **3.3.- La teoría de las cargas dinámicas de la prueba.**

Para el derecho tradicional constituía un principio invariable que las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo del propio interés. Se pensaba que el actor tenía la carga de probar lo hechos *constitutivos* del derecho que invocaba, y el demandado los *extintivos, impeditivos o modificativos*<sup>131</sup> que oponía a aquéllos .

Es común escuchar que la carga de la prueba recae sobre quien afirma y no sobre quien niega, dada la dificultad e imposibilidad de acreditar la existencia de un hecho negativo, al punto que se afirmaba, que era un principio pacífico en materia procesal que, al que afirma un hecho no reconocido por el demandado, le corresponde la prueba respectiva .

Este derecho dogmático, influido por la consideración del proceso como un combate judicial, merecía la imposición del *onus probandi* en cabeza de quién afirmaba un hecho. Las corrientes progresistas finalmente han derribado esquemas antiguos, pero solo de la mano de la jurisprudencia extranjera y casos emblemáticos nacionales ( Comité Delfina Torres viuda de Concha vs. Petroecuador ) que rompieron viejos esquemas, han dado paso a nuevas enseñanzas y aplicaciones judiciales.

Así, la atribución del *onus probandi* era rígida y se ponía en cabeza de quién afirmaba un hecho o de quién pretendía cambiar un status jurídico a través de su pretensión, pronto terminó por advertirse que necesariamente esta carga o el esfuerzo probatorio no podía sino contemplarse con un criterio flexible.

---

<sup>131</sup> Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho Procesal Civil*. Obra. Citada. Pág. 245.

A manera de teorías superadoras de los principios tradicionales, comenzaron a exponer doctrinas como las del activismo de los jueces o de los deberes de colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional,<sup>132</sup> que en lo esencial significaban anteponer la búsqueda de la verdad real a la vigencia absoluta e incondicionada del principio dispositivo.

El desarrollo del derecho dentro de este marco progresista da lugar a elaboraciones doctrinales como de las cargas *probatorias dinámicas*, que si bien no significa un aporte original, viene a difundir entre nosotros ideas que datan de bastante tiempo atrás.

Para sintetizar la elaboración en pocas ideas, puede decirse que:

a) Las partes carecen del derecho de permanecer ensimismadas en el proceso, escudándose en una cerrada negativa de las alegaciones de la contraria.

b) La carga de la prueba puede recaer en cabeza del actor o del demandado según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes.

c) La carga de la prueba no depende solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad de producir la prueba.

d) La doctrina de las cargas probatorias dinámicas consiste en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado.

e) La superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, generan el traslado de la carga probatoria hacia quién se halla en mejores condiciones de probar.

---

<sup>132</sup> Zavala de González, Matilde. *Actuaciones por daños*. Editorial Hammurabi. José Luis Depalma. Editor. Buenos Aires. 2004. Pág. 218.

El amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitirán a aquel en el momento de dictar el fallo determinar *presunciones hominis* de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo - favor probaciones - que el accionante, a su vez, para probar la culpa del demandado. Esta explicación de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes.<sup>133</sup>

La norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte.

Se ha acudido a ideas como el *principio de facilidad*, doctrina general elaborada respecto de la carga de la prueba que puede sintetizarse señalando que cada parte probará el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor; esta regla puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal.

Cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad .

Modernas doctrinas han venido dando cuenta de la necesidad de considerar que la carga de la prueba no depende solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad de producirla - *doctrina de las cargas probatorias dinámicas* - se asienta en que debe probar los extremos fácticos

---

<sup>133</sup> Bustamente Alcina, Jorge. Obra citada Pág. 514.

implicados en la litis quien se halla en mejor situación para hacerlo, con prescindencia del lugar que ocupe en la contienda.<sup>134</sup>

En el derecho procesal moderno se acabaron las reglas absolutas en materia de carga probatoria, hoy predomina el principio de las cargas probatorias dinámicas, según el cual, se la coloca a la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirlas, no habiendo conceptos rígidos sino búsqueda de la solución justa.

Por ejemplo: en materia de responsabilidad del médico por mala praxis, debe ser la idea de las cargas dinámicas la empleada por las partes al momento de ejercer el derecho a probar, pues en este terreno deberá decirse el " *favor probationis* " o la *teoría de las cargas probatorias dinámicas*,<sup>135</sup> que se inclina por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, máxime por ejemplo si la historia clínica es deficiente y los demandados integran un grupo médico.

Supongamos en el caso propuesto anteriormente, que se probó fehacientemente que la historia clínica estaba plagada de deficiencias y de omisiones, este hecho es imputable a todos los médicos que intervinieron directamente en la atención del menor. Si el médico cirujano, jefe del grupo médico que trató al menor, no revisó al paciente y ordenó el suministro de la dosis ( dextrosa 5% de glucosa en lugar del 50% ) es responsable de que ésta no se ejecutase por el resto del equipo. La presunción de culpa apuntada que es autónoma en relación con la aplicación de la regla del " *favor probationes* " es individual, para cada partícipe, y no colectiva. Si los médicos accionados no probaron las eximentes de responsabilidad apropiadas: la causa ajena en el primer supuesto, y la no culpa en el segundo caso, todos son responsables del daño ocasionado al menor.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas, que hace descansar la actividad acreditante de un hecho en quien se encuentra en mejores

---

<sup>134</sup> Zavala de González, Matilde. *Actuaciones por daños*. Obra citada. Pág. 219.

<sup>135</sup>

[http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=pues+en+este+terreno+deber%C3%A1+decirse++el+%22favor+probationis%22+o+la+teor%C3%ADa+de+las+cargas+probatorias+din%C3%A1micas%2C+&btnG=Buscar&meta=lr%3Dlang\\_es](http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=pues+en+este+terreno+deber%C3%A1+decirse++el+%22favor+probationis%22+o+la+teor%C3%ADa+de+las+cargas+probatorias+din%C3%A1micas%2C+&btnG=Buscar&meta=lr%3Dlang_es)

condiciones de demostrarlo, resulta de beneficiosa aplicación, especialmente en supuestos en que se debate un accionar culposo del establecimiento médico, a cuyo respecto, entonces, por ser quien cuenta con los antecedentes, debe ser impuesta la carga de justificar que ha desplegado toda la aptitud y diligencia que el caso requería.

### **3.4.- Prueba de la relación de causalidad.**

Para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito le imponga responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que ese hecho u omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa, ni que causa daño. Es menester que entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño, por la otra, haya una relación de causalidad, es decir, que éste sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa.<sup>136</sup>

Este requisito está contemplado en el código civil cuando se afirma que quien ha cometido un delito o cuasidelito que haya inferido daño a otro, que pueda imputarse a malicia o negligencia debe ser reparado por éste, así por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia debe ser indemnizado.

Hay relación de causalidad cuando el hecho – o la omisión – doloso o culpable, es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin él éste no se sería producido, poco o nada importa que el daño tenga varias causas, lo esencial es que el dolo o la culpa haya sido su causa directa y necesaria, por ejemplo se acredita que varios animales muertos por un tren se introdujeron en la vía debido al mal estado de los cercos, la responsabilidad de la empresa es evidente, la causa de los daños constituye el mal estado de esos cercos...<sup>137</sup> y que la causa necesaria de la muerte de una persona atropellada por un automóvil fue el atropellamiento, aunque, la muerte se produjere por uremia,

---

<sup>136</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho Chileno...* Obra citada. Pág. 174.

<sup>137</sup> *Ibíd.* Pág. 177.

porque ésta le sobrevino por la gangrena consecutiva al golpe que sufrió y el cual le destruyó la arteria tibial posterior...<sup>138</sup>

Veamos un ejemplo de aplicación de las reglas generales sobre daño y causalidad:

En materia médica se aplican las normas generales acerca del daño es decir:

a) La negligencia debe haber sido determinante en la ocurrencia del daño.

b) El deber de diligencia que se tiene por incumplido, debe tener por fin proteger al paciente de los daños efectivamente sufridos.

c) El daño debe ser directo, en el sentido de ser objetivamente atribuible al ilícito que se busca atribuir.

Para que haya lugar a la responsabilidad se requiere que el daño sea una consecuencia de la acción u omisión negligente, de manera tal que si un médico es demandado por un errado diagnóstico debe demostrarse que el paciente no habría sufrido el daño si el médico hubiese actuado con diligencia ( prueba diabólica ).

Al contrario, el médico siempre le corresponderá demostrar que el daño se hubiera producido igual y en cualquier circunstancia, en la hipótesis de haberse actuado de acuerdo a los principios generales de la buena práctica médica, entonces esa será la obligación probatoria que recae sobre el médico, de acuerdo con las reglas generales la prueba de la relación causal (negligencia-daño), corresponde al demandante.

Cuando probar directamente la relación causal resulta difícil, es de gran importancia práctica la construcción de presunciones de causalidad, sin

---

<sup>138</sup> Ibídem. Pág. 177.



embargo, una mínima probabilidad de que el daño se deba a la negligencia no es suficiente para invertir el peso de la prueba.

En cambio, si está probada la negligencia, y el daño es de aquellos que habitualmente se producen a causa de una falta de cuidado, se podría tener por probada la relación causal, en el evento de que la responsabilidad médica sea planteada en sede extracontractual, la inversión del peso de la prueba requiere que los hechos cumplan las condiciones que se infieren de la regla general que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Lo que en definitiva queremos plantear es que para asumir una presunción de culpa por hecho propio - en materia de daños - como en el ejemplo, la responsabilidad médica se van a pedir requisitos exigentes en relación al accidente de que se trate.

En el caso de una intervención quirúrgica, se puede asumir que la culpa se infiere o presume si los *efectos* de ésta son en extremo desproporcionados respecto del riesgo que naturalmente se sigue de ella. Por tanto, todo nos indica, que el grado del daño considerando el normal riesgo de la intervención se debe a una negligencia de carácter médico.

También procede la presunción si quedan en evidencia errores médicos u hospitalarios obvios, esto es de aquellos que no ocurren si se actúa diligentemente, en los dos casos planteados, en el de la operación y en el del error obvio, los hechos muestran de manera patente que el daño puede ser atribuido a la negligencia médica, al margen de las situaciones planteadas el derecho es reticente a dar por establecida una presunción de culpa.

Con la casuística aportada podemos definir al nexo causal, como la relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño mismo, es

una relación de causa efecto,<sup>139</sup> relación causal que permitirán establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasiono el daño que produce finalmente el detrimento.

Es necesario que entre el incumplimiento - responsabilidad contractual - o el hecho dañoso - responsabilidad extracontractual - , por una parte, y el daño o perjuicio por otra, medie una relación de causalidad: como se dijo, todo efecto tiene su causa,<sup>140</sup> que el daño sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o del hecho dañoso.

Este requisito general se presenta tanto en la responsabilidad contractual y extracontractual, la diferencia reside que mientras en el campo extracontractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, en el ámbito contractual la misma deberá entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa, aunque finalmente ambas teorías nos llevan al mismo resultado.

**CAUSALIDAD ADECUADA.-** Recogida por la Responsabilidad Civil extracontractual. Para que una conducta sea adecuada de un daño es necesario que concurren dos aspectos:

1.- Un factor *in concreto*, debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado daño, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor. Sin embargo, no basta la existencia de este factor, pues es necesaria la concurrencia del factor *in abstracto* para que exista una relación de causalidad adecuada, este factor se entiende como la conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir según el acontecimiento ordinario de los acontecimientos debe ser capaz de producir daño, si la

---

<sup>139</sup> Facio, Peirano Jorge. La responsabilidad extracontractual. Obra citada. Pág. 405.

<sup>140</sup> *Ibíd.*

respuesta es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el factor in concreto.

En consecuencia es necesaria la concurrencia de los factores para que se configure una relación de causalidad adecuada.

Nuestro ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad procesal ha establecido tres presupuestos: a) la existencia del daño. b) el hecho causante del daño, revestido de dolo, culpa o mediante un bien riesgoso o peligroso o el ejercicio de una actividad peligrosa y, c) la relación de causalidad adecuada entre el hecho causante y el daño causado.

**CAUSA DIRECTA.**- Se llama causa solamente a aquella de las diversas condiciones necesarias de un resultado que se halla temporalmente más próxima a esta, las otras serán solamente condiciones.

La relación de causalidad, además, presenta otras figuras y supuestos que se presentan en torno a este aspecto fundamental de la responsabilidad civil, tales como la fractura causal o causa ajena, la concausa y la de pluralidad de causas.

**FRACTURA CAUSAL.**- Elimina la responsabilidad subjetiva si ha mediado caso fortuito o hecho determinante de tercero o hecho determinante de la víctima, nos encontramos ante una ausencia de culpa por parte del aparente causante. Por lo cual si el presunto autor prueba que han mediado las circunstancias antes mencionadas, está exento de responder por la reparación del daño.<sup>141</sup>

Las conductas que no han llegado a causar daño se denominan causa inicial mientras que la conducta que si llegó a causar el daño se denomina

---

<sup>141</sup> <http://www.monografias.com/trabajos55/responsabilidad-extracontractual/>

causa ajena. Todo supuesto de fractura implica, un conflicto entre la causa ajena y la causa inicial, siendo el daño consecuencia de la causa ajena y no existiendo ninguna relación de causalidad respecto de la causa inicial.

Significa entonces que la causa ajena es un mecanismo jurídico para establecer que no existe responsabilidad civil a cargo del autor de la causa inicial justamente por haber sido el daño consecuencia del autor de la causa ajena. Por lo cual cada vez que se intente atribuir a un sujeto una responsabilidad civil extracontractual por la supuesta producción de un daño, este tendrá la posibilidad de liberarse de la responsabilidad si logra acreditar que el daño causado fue consecuencia no de su conducta, sino de una causa ajena - es decir de otra causa - la cual puede ser el hecho determinante de un tercero o del propio hecho de la víctima, o bien un caso fortuito o de fuerza mayor.

**EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR<sup>142</sup>.**- Doctrinariamente se entiende como caso fortuito un hecho natural que impide el cumplimiento de una obligación o que en materia extracontractual genera un daño; fuerza mayor se vincula a la intervención irresistible de la autoridad (acto del príncipe).<sup>143</sup>

Fernando de Trazegnies, sobre la noción de caso fortuito o fuerza mayor, dice ... solo es relevante en el campo de la responsabilidad objetiva, porque, tratándose de responsabilidad subjetiva, todas las situaciones comprendidas en el caso fortuito se hallan excluidas de tal responsabilidad por el simple hecho que carece de culpa. En consecuencia la responsabilidad subjetiva solo responsabiliza a quien tiene culpa, estos casos quedan exentos; y ya no será necesario hablar de caso fortuito o de fuerza mayor, porque basta demostrar la simple ausencia de culpa para quedar libre de responsabilidad.

---

<sup>142</sup> Código Civil.- Art. 30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

<sup>143</sup> <http://www.monografias.com/trabajos55/responsabilidad-extracontractual/>

Dentro de nuestro ordenamiento, en ambos casos lo esencial es lo mismo, se trata de una fuerza ajena extraordinaria, imprevisible e irresistible, para efectos prácticos, el ordenamiento civil considera el caso fortuito y la fuerza mayor como conceptos análogos, que tienen consecuencias similares: la exoneración de la responsabilidad.

**EL HECHO DETERMINANTE O RESPONSABILIDAD DE UN TERCERO.-** Es otro caso de fractura del nexo causal. Que no debe ser tratado como un caso de ausencia de culpa, en este caso se debe a la liberación de una eventual responsabilidad acreditando que el daño obedeció a un hecho determinante de un tercero.

En realidad tanto en el caso fortuito como en el hecho determinante de tercero son casos de fuerza mayor. La diferencia se da en que el caso fortuito es una fuerza anónima, mientras que el hecho de un tercero y el hecho de la víctima tienen un carácter de fuerza mayor con el autor. Este carácter de "hecho de autor" da lugar a que no se cancele la responsabilidad extracontractual, simplemente se desplaza del presunto causante al verdadero causante. Es un hecho determinante que exonera de responsabilidad a una persona en particular a quien se le creía causante, pero no establece que no hay responsabilidad sino que otra persona es identificada como el "autor del daño"; y es contra ella que se vuelve la institución de la responsabilidad extracontractual.<sup>144</sup>

El hecho determinante de un tercero debe imponerse sobre el presunto causante con una fuerza que aniquile su propia capacidad de acción y para que tenga un efecto exoneratorio, tiene que revertir también las características de imprevisibilidad e irresistibilidad.

---

<sup>144</sup> *Ibíd.*

Es necesario además señalar que existen hechos de terceros que no son eximentes en virtud de la Ley, no todo hecho determinante de tercero exonera de responsabilidad ya que nuestro Código Civil establece ciertos casos en los que estamos obligados a pagar indemnización, por ejemplo: Los padre por los hijos, los representantes legales de los incapaces relativos, el que tiene a otro bajo sus ordenes entre otros.

**EL HECHO DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA O RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE ELLA.-** Se trata de un daño del cual el demandado no es el autor. Pero a diferencia del caso fortuito en el que el daño es atribuido a un suceso anónimo y del hecho determinante en el daño es imputable a una específica tercera persona, aquí la causa se encuentra en el hecho de la propia víctima.

Ejemplo:

Si en plena vía pública, Sofía decidiera quitarse la vida y se arroja debajo de un vehículo en plena marcha, aun cuando el daño fue causado por el conductor, no existe duda que podrá liberarse de la responsabilidad pues fue la propia conducta de la víctima quien causo el daño.

En todos los casos de fractura causal debe dejarse de lado el análisis del aspecto subjetivo del autor de la conducta de la causa inicial, pues lo único revelante es que el daño ha sido consecuencia de una conducta o evento ajeno o distinto, ya sea un caso fortuito o fuerza mayor, de hecho de tercero o de hecho de la propia víctima.

Es decir las fracturas causales deben ser invocadas cuando se le impute a un sujeto una responsabilidad civil por un daño que no ha causado, habiendo sido el mismo consecuencia de un evento o culpa ajena, siendo que esta no guarda vinculación alguna con la noción de culpabilidad, tratándose de un asunto objetivo, referido a que conducta o evento es la causa del daño.

**LA CONCAUSA.-** Se da un supuesto de concausa cuando la víctima contribuye con su propio comportamiento a la conducta del autor o a la realización de un daño, en este caso el daño no es consecuencia única y exclusiva de la conducta del autor, sino que la propia víctima ha contribuido y colaborado objetivamente a la realización del mismo, el cual no se hubiera producido de no mediar el comportamiento de la propia víctima.

Ejemplo:

Pepito practica ciclismo en la autopista al Valle de los Chillos y no en las ciclovías existentes, existirá concausa en el supuesto de que un conductor de esta vía rápida atropelle a Pepito. No se trata de una fractura causal, puesto que el sólo hecho de la conducta de hacer ciclismo en la pista no es suficiente en si misma para sufrir un accidente de tránsito, pero si se tratará de una concausa por cuanto con este comportamiento Pepito contribuye objetivamente a la producción del daño.

Usualmente es difícil distinguir cuando se da una fractura causal y cuando la concausa. El único criterio para diferenciarlos será responder la siguiente pregunta ¿la conducta de la víctima por si sola es suficiente para la producción del daño?

Si la respuesta es negativa se tratara de una concausa, si es afirmativa será una fractura causal.

El efecto jurídico de la concausa no es la liberación de la responsabilidad civil del autor, sino únicamente la reducción de la indemnización a cargo del autor, la reducción deberá ser determinada por el juez, según las circunstancias los hechos y aplicará el Art., 2230 del Código Civil,<sup>145</sup> pues la víctima se ha expuesto imprudentemente.

---

<sup>145</sup> Código Civil. Art. 2230.- La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

**CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS** .- Finalmente en el caso de que se dé la concurrencia de causas, denominado también pluralidad de causas o coautores (en los cuales dos o más sujetos, mediante una conducta común o a través de conductas singulares, causa un mismo daño). En este caso se trata del supuesto en que el daño no es consecuencia de la conducta de un solo sujeto, sino de la conducta de varios sujetos y el efecto es que son solidariamente responsables.

### **3.5.- Las excepciones de la obligación probatoria y la *reversión del onus probandi* a cargo del accionado.**

La jurisprudencia ecuatoriana, singularmente en materia de daños, especialmente los últimos años, ha venido resolviendo distintas reclamaciones derivadas de culpa aquiliana por hechos dañinos producidos en actividades de riesgo, imponiéndose una orientación favorable a la indemnización a favor de las víctimas por los daños y perjuicios, sobre la base de una responsabilidad cuasi-objetiva y todas las aristas procesales que implican la efectividad de la prueba de atribución en este tipo de causas.

En materia administrativa respecto a la prestación de servicios públicos la responsabilidad objetiva ha sido declarada la sentencia de casación de la ex - Sala de lo Contencioso Administrativo de 11 de Abril del 2007 determinó la existencia de la responsabilidad objetiva del Estado por los daños derivados de una descarga eléctrica que afectaron al menor Juan Pablo Andrade Bailón. Inclusive la responsabilidad objetiva del Estado, sus concesionarios y delegatarios por los daños ambientales que causen, ya fue contemplada en el artículo 91 de la Constitución de 1998, la innovación de la Constitución de Montecristi consiste en extenderla hacia todo tipo de causantes, sean públicos o privados.

Apuntamos a la responsabilidad civil objetiva por daños extracontractuales y a la inversión de la carga de la prueba, innovaciones recogidas y con rango máximo en la Constitución de Montecristi cuyos principios y aspectos jurídicos por ejemplo aplicables al derecho ambiental



constan explicitados en la Constitución de 1998 y hoy junto a otras novedades de la nueva propuesta, como los derechos de la naturaleza, el derecho humano al agua, el principio de prevalencia a favor de la naturaleza, el principio de restauración integral, el principio de solidaridad, el de subsidiaridad del Estado y la imprescriptibilidad de las acciones ambientales, traerán consecuencias positivas para la justicia de daños. El segundo inciso del Art., 398 de la Constitución del 2008 dice: “ La responsabilidad por daños ambientales es objetiva.”

En materia de probar los daños ambientales por ejemplo, que oneroso resulta agilizar la ejecución y demostración de los daños, si se aplicaría como regla procesal la inversión de la carga probatoria, colocándola como lastre procesal al demandado en el régimen de responsabilidad objetiva, el propio Estado así como los particulares víctimas de los daños no estarán obligados a asumir cuantiosos costos que implican probar el daño ambiental. Para citar uno de los casos mas relevantes, la prueba de los daños producidos por contaminación ambiental en la amazonía en contra de la empresa norteamericana Shell - lleva varios años sin lograr determinar la responsabilidad - así la impunidad de los daños ambientales se mantiene, porque los costos de las pruebas y peritajes y la dificultad de la verificación de causa y efecto de los daños ambientales se han convertido en una barrera para el acceso a la justicia, tomando en cuenta que en la mayor parte de casos las víctimas son personas de escasos recursos económicos, cortas de poder alcanzar la justicia anhelada.

En derecho de daños ambientales, la responsabilidad subjetiva no funciona, la doctrina y muchos sistemas jurídicos acuden a la teoría de la responsabilidad objetiva, frente a hechos derivados de la actividad industrial que, aunque no hayan sido causados por culpa, deben ser repuestos o compensados por quien ha obtenido provecho de la actividad dañosa. Se responde pues, ante el hecho objetivo: el daño. Caso típico de quien instala una industria peligrosa para beneficiarse de la actividad lucrativa aunque creando un riesgo para la sociedad, de manera que si, por una parte, se tiene el derecho de gozar de las ventajas del negocio, de un modo relacionado existe

la obligación de reparar el daño que cause el ejercicio lucrativo de esa empresa.

La responsabilidad objetiva establece una excepción a la regla general basada en la responsabilidad subjetiva o por culpa. En el caso de la responsabilidad objetiva se presume la culpa del demandado pues la demostración de la responsabilidad se centra exclusivamente en la ocurrencia de un daño o de la producción de un riesgo que causa un perjuicio o peligro no solo a la víctima sino a toda la sociedad.

En el caso Delfina Torres viuda de Concha vs. Petroecuador y sus filiales, la primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, señaló sobre esto, lo siguiente:

“El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. Esta teoría ha ido imponiéndose en forma creciente, particularmente en la jurisprudencia, tal como sucede en las sentencias dictadas por las cortes supremas de Francia, Argentina y Colombia. Nosotros

coincidimos plenamente con esta posición, y ésta es la razón por la cual la adoptamos como sustento del presente fallo, en vista de que la producción, industria, transporte y operación de sustancias hidrocarburíferas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad”.<sup>146</sup>

Todos estos argumentos justifican la adopción de un régimen constitucional basado, como norma general, en la responsabilidad objetiva estatal, se entiende de esta jurisprudencia que contiene esencialmente y al mismo tiempo una especie de exoneración probatoria y la inversión de carga de la prueba en sentido estricto, que es el modo de orientarse hacia la objetivación de la culpa extracontractual, por aplicación de la teoría del riesgo, apareja de modo automático la inversión de la carga de la prueba.

En los litigios por daños ambientales puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño. Por ese motivo a más de los fallos de casación comentados se hace necesaria la reforma legislativa para que el régimen nacional se cuente con disposiciones destinadas a reducir la carga de la prueba en favor del demandante en lo que se refiere a la demostración de la culpa o la causalidad.

La inversión de la carga de la prueba no limita su campo de aplicación a los sectores de riesgo o de objetivación de la responsabilidad, sino que opera con carácter más general como presunción (rebatible por prueba contraria) de culpa del causante de cualquier daño y como consecuencia, en principio, de cualquier clase de actividad.

---

<sup>146</sup> Resolución: No 229-2002. Juicio ordinario (Recurso de Casación) N° 31-2002. Comité "Delfina Torres Vda. De Concha" vs. PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL y PETROPRODUCCION.

## CONCLUSIONES

1.- El derecho clásico responde con criterios fijos a temas poco conocidos. La responsabilidad objetiva es uno de esos necesarios avances que requiere el derecho para la protección de los derechos fundamentales.

2.- La responsabilidad civil de las empresas generadoras de riesgos, constituye uno de los capítulos más importantes en la teoría de la responsabilidad y en uno de los menos tratados en el derecho ecuatoriano, esta claro que dentro del ámbito empresarial riesgoso, ocurren frecuentemente accidentes, por regla general debería atribuirse la imputabilidad objetiva del daño y por tanto la responsabilidad laxa y plena de su reparación.

3.- Del análisis de la responsabilidad objetiva que ha hecho la Corte Suprema en los fallos Delfina Torres viuda de Concha y Andrade Bailón vs. EMELMANABI se colige la aplicación el principio *Iura Novit Curia* - bajo éste aforismo se esconden dos usos del conocimiento judicial del derecho, como presunción y como principio jurídico - sustentación que constituye un importante precedente para aplicar la responsabilidad objetiva así como la inversión de la carga de la prueba a cargo de los jueces.

4.- La doctrina y los sistemas jurídicos de varios países han introducido la responsabilidad objetiva y su variante la reversión de la carga probatoria, en materia de daños, para favorecer la consecución de los objetivos del derecho en general y del derecho procesal en específico, en vista de la dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad del demandado.

5.- En los litigios de este corte, es muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa - efecto entre un acto del demandado y el daño, porque además el demandado es el que posee la información sobre lo ocurrido, por esto es que se hace necesario que legislativamente se atribuya la carga de la prueba en contra del emplazado, eliminando la demostración de la culpa o la causalidad al actor.

6.- La figura de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, en el Derecho ecuatoriano es muy básica y por tanto limitada, la iniciación de una etapa de objetivización en el campo de la responsabilidad extracontractual estatal está muy lejos de concretarse, no debemos olvidar que por algo en la responsabilidad por falla en el servicio, esto es, el de la responsabilidad por culpa de la administración, sigue siendo común al régimen subjetivo.

7.- El hecho de que el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado sea objetivo – doctrinariamente – no cambia la perspectiva desde la cual mira el daño causado, a su causante y a quien por él se ve afectado. El sistema no pasa de ser el típico esquema que busca encontrar un culpable, lo que se aspira es llegar a parecer un Derecho más inclinado por el garantismo, más solidariamente indemnizatorio y atento a encontrar a la víctima a la cual reparar y no al causante a quien sancionar.

## BIBLIOGRAFÍA

Andrade Ubidia, Santiago. *Visión Jurídica de la Competencia*. En Memorias de eventos de derecho constitucional. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Compilación de Memorias 2000. Impresión Abya – Yala. Quito Enero 2001-.

Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Imprenta Universal. Santiago de Chile. 1981.

Alexi, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Colección: “ El derecho y la justicia”. Dirigido por Elías Díaz. Título original. Theorie der grundrechte. Suhrkamp – Verlag. 1986. Primera reimpression. Marzo 1997. Centro de estudios Constitucionales. Madrid . 1997.

Alexy, Robert. El concepto y la validez del derecho. Colección de estudios alemanes. Segunda Edición. Octubre de 1997. Barcelona. España.

Álvarez, Mariela. *Abuso del derecho*. En Jorge W. Peyrano. Abuso Procesal. Rubinzal – Culzoni – Editores. Buenos Aires. 1993.

Barragán Romero, Gil. *Elementos del Daño moral*. Edino 1.995 Guayaquil.

Blanco Gómez, Juan José. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso*. Edt. Dickinson S.L. Madrid. 1996.

Bernal Pulido, Carlos. Profesor de Derecho Constitucional de Introducción al Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Presentación y traducción del libro: *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios de Robert Alexy*.

Bustamante Alarcón, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial en un proceso justo*. ARA. Editores. Lima 2001.

Bustamante Alcina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Novena Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina. 1.997.

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de derecho usual*. Editorial Heliasta. Tomo VII Buenos Aires – Argentina.

Carnelutti, *Teoría generale del diritto*. Roma. 1940.p 456. En Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho Procesal Civil*. Tercera edición. ( Póstuma ). Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1964.

Colauti, Carlos. *Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires Argentina.

Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Editorial TEMIS S.A. Santa Fé de Bogotá – Colombia. 1999.

Chiriboga Zambrano, Galo. – Salgado Pesantez, Hernán. *Derechos fundamentales en la constitución ecuatoriana*. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. ILDIS. Primera Edición 1.995.

De Cupis, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad civil*. Casa Editorial Bosch. Barcelona 1.975.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Editorial TEMIS. Bogotá 2002.

Facio, Jorge Peirano. *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Temis – Librería – Bogotá.

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Colección Estructuras y procesos. Serie Derecho. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta. Madrid. 2001.

Ferrajoli, Luigi. *El papel de la función en el Estado de Derecho. Estado de Derecho, derechos fundamentales y proceso penal. Cuestiones Problemáticas*. En la Prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales. Jurista editores E.I.R.L. Lima. Marzo del 2007.

Ferrajoli, Luigi. *Neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid 2003.

Flores, Fernando. *La Constitución y los instrumentos internacionales como normas de eficacia directa*. En Memorias de eventos de derecho constitucional. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Compilación de Memorias 2000. Impresión Abya – Yala. Quito Enero 2001.

Garaicoa Ortiz, Xavier. *Ontogénesis y Hermenéutica de la Constitución en la era de la globalización*.

García de Enterría, Eduardo. *Los principios de la nueva expropiación forzosa*. Madrid. Editorial Civitas S.A., Reedición. 1984.

Gascón Abellán, Marina. *La teoría general del garantismo: Rasgos Principales*. En Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Colección de Estructuras y Procesos. Serie de derecho. Editorial Trotta. Madrid. 2005.

Gherzi, Carlos Alberto. *Teoría General de la reparación de daños*. Editorial ASTREA. Buenos Aires. 1997.

Hernández Enríquez, Alier Eduardo. *Novedades jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. En Gerencia Jurídica Pública. Memorias del 2do. Seminario Internacional. Módulo II – La responsabilidad del Estado y sus Agentes. Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Secretaría General. Dirección Jurídica Distrital. 2005.

Huerta Guerrero, Luis Alberto. Investigador de la Comisión Andina de Juristas. *Jurisprudencia Constitucional e Interpretación de los derechos fundamentales. La interpretación de los derechos fundamentales. Derechos Fundamentales e interpretación Constitucional.* ( Ensayos – Jurisprudencia ). Comisión Andina de Juristas. Lima 1997.

Jiménez de Asua, Luis. Lecciones de derecho penal. Volumen 3. Oxford – México. 2002.

Jori, Mario. Ferrajoli. *Sobre los derechos.* En debate con Lucca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Gustini, Mario Jori, Anna Pintore, Ernesto Vitale y Danilo Zolo. Editorial Trotta. Madrid. 2001.

Martínez Caballero, Alejandro. *La relación entre los Tribunales Constitucionales y el poder judicial.* En Memorias de eventos de derecho constitucional. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Compilación de Memorias 2000. Impresión Abya – Yala. Quito Enero 2001-.

Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela. *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y Prospectiva.* Abeledo – Perrot. Buenos Aires.

Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad de la administración pública en Problemas Constitucionales.*

Nieto García, Alejandro. *La razón jurídica.* Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. S.A. 2007.

Nogueira, Carlos. *La Transformación del proceso civil y la política procesal, en la Justicia en dos épocas.*

Pazmiño Ballesteros, Marcelo. *Acción civil de daño moral reflejo o por rebote, por muerte en accidente laboral.* ETRA Comunicación. Quito 2009.

Pazmiño Freire, Patricio. *Imposición. Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.* En Memorias de eventos de derecho constitucional. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Compilación de Memorias 2000. Impresión Abya – Yala. Quito - Enero 2001-.

Pérez Loose, Hernán. *Evalucución de los avances de la Justicia Constitucional en Iberoamérica, con relación de los derechos fundamentales y la aplicación del derecho internacional.* En Memorias de eventos de derecho constitucional. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Compilación de Memorias 2000. Impresión Abya – Yala. Quito. Enero 2001-.

Prieto Sanchiz, Luis. *Estudio sobre Derechos Fundamentales.* Madrid. Editorial Debate. 1994.

Rosenberg, Leo. *La carga de al prueba.* Editorial IB de F. Julio César Faira. Editor. Montevideo – Buenos Aires. 2002.



Resolución: No 229-2002. Juicio ordinario N° 31-2002. Comité "Delfina Torres Vda. De Concha" vs. PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL y PETROPRODUCCION.

Resolución N° 168-2007 de 11 de abril de 2007.- Juicio contencioso administrativo (Recurso de Casación) N° 62-2005. Juan Pablo Andrade Bailón vs. EMELMANABI - CONELEC.

Santos Ballesteros, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo II. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2004.

Silveira Gorski, Héctor. *Identidades Comunitarias y Democracia*. Colección Estructuras y procesos. Serie Ciencias Sociales,. Editorial Trotta. 2000.

Tamayo Lombana, Alberto. *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual*. Bogotá, Doctrina y Ley. 2005.

Visintini, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil. Tomo I. La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. Incumplimiento y responsabilidad. Culpa aquiliana y culpa contractual. La culpa profesional. El dolo*. ASTREA. Buenos Aires – Argentina. 1.999.

Zalgrebelsky, Gustavo y Martini Crlo María. *La exigencia de Justicia*. Título original: La domanda di giustizia. Traducción y presentación de Miguel Carbonell. Minima Trotta. Editorial Trotta S.A. 2006. Madrid.

Zalgrebelsky, Gustavo. *Historia y Constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Título original: Storia e contituzione. Giulio Einaudi. Torino 1996. Editorial Trotta S.A. 2005. Madrid.

Zavala de González, Matilde. *Actuaciones por daños*. Editorial Hammurabi. José Luis Depalma. Editor. Buenos Aires. 2004. Pág. 219.

<http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos4/filosofia%20garantista%20de%20ferrajoli.pdf> ( los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/120/art/art6.pdf>

<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/46/46> (corrección y justicia).

[http://www.trotta.es/\(A\(O12QVQiTyAEkAAAYzA5ZGE5ZjYtYjI4NC00NzRkLThjZDUtZDNkOTFjOTc0ZThjH3UoPvVwnYn3Q6dfAKX8Pn](http://www.trotta.es/(A(O12QVQiTyAEkAAAYzA5ZGE5ZjYtYjI4NC00NzRkLThjZDUtZDNkOTFjOTc0ZThjH3UoPvVwnYn3Q6dfAKX8Pn)

[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552005000100073&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552005000100073&script=sci_arttext)

