

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Trabajo de fin de carrera titulado:

**EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL  
PRINCIPIO “EL QUE CONTAMINA PAGA”, PARA  
LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD  
POR DAÑO AMBIENTAL EN EL ECUADOR.**

Realizado por:

**Fernando Mauricio Echeverría Dávila.**

Como requisito para la obtención del título de  
**ABOGADO**

**QUITO, MAYO DE 2012**



## DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Fernando Mauricio Echeverría Dávila declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional; y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluye en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....  
C.C:020096800-6

## DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado

### **EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO “EL QUE CONTAMINA, PAGA”, PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN EL ECUADOR.**

Realizado por el alumno

**FERNANDO MAURICIO ECHEVERRÍA DÁVILA.**

como requisito para la obtención del título de

**ABOGADO**

Ha sido dirigido por el profesor

**Dr. LUIS CORDOVA**

quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

-----  
**Dr. LUIS CORDOVA**  
**Director**

Los profesores informantes  
**Dra. ADRIANA OCAMPO**  
**Dr. LUIS NARVÁEZ.**

Después de revisar el trabajo escrito presentado,  
lo han calificado como apto para la defensa oral ante el tribunal examinador.

-----  
**Dra. ADRIANA OCAMPO.**

-----  
**Dr. LUIS NARVÁEZ.**

Quito, a 9 de Mayo de 2012.

# DEDICATORIA

A MARTHA Y PAULA

## AGRADECIMIENTO

A todos mis maestros que con su conocimiento, entrega y profesionalismo supieron transmitir sus conocimientos. Un especial agradecimiento para el Dr. Luis Córdova quien como Director de Tesis me apoyó con paciencia y con profesionales consejos en la elaboración del presente trabajo.

## RESUMEN.

En el Derecho Positivo Ecuatoriano coexiste la responsabilidad civil extracontractual objetiva (Rango Constitucional) y la subjetiva (Rango Legal) para la administración de justicia ambiental.

Los operadores jurídicos deben acogerse al mandato señalado en el Art. 11, numeral 3 de la Constitución Ecuatoriana del año 2008 que determina que las normas constitucionales son de acatamiento directo y el Art. 396 de la norma suprema señala que la responsabilidad objetiva se aplica en los daños ambientales. Por este motivo, los jueces deben juzgar a la luz de la doctrina del Neo-constitucionalismo fundamentando sus fallos sobre la base del texto constitucional, de los instrumentos internacionales con amplio desarrollo de principios ambientales y de las normas de segundo orden internas.

## ABSTRACT.

In the Ecuadorian Positive Law coexists the civil objective responsibility (Constitutional Rank) and subjective responsibility (Legal Status) in the administration of the Environmental Justice.

Legal operators must adhere to the mandate stated in article 11, paragraph 3 of the Ecuadorian Constitution of 2008 which determines that the constitutional norms have direct compliance, and the article 396 of the supreme norm states that objective responsibility must be applied in case of environmental damage. For this reason, these cases must be judged on the base of the Neo-constitutionalism' doctrine. Basing their decision on the Constitution, International Instruments (which have developed in an extensively way the environmental principles) and in the internal norms of second order related with the matter.

## RESUMEN EJECUTIVO.

El Derecho Ambiental como respuesta al deterioro de los ecosistemas.

El sistema económico liberal priorizó la acumulación de riqueza sobre la producción de subsistencia que era el principal objetivo en sociedades agrícolas, creando desigualdades económicas y tecnológicas absurdas entre países y personas que han desembocado en una injusta distribución de los bienes que de ser utilizados equitativamente podrían fácilmente alimentar a la humanidad entera.

Los movimientos sociales ambientalistas influyen positivamente en los foros internacionales y la protección ambiental empieza con frecuencia a ser parte de las agendas de ciertas convenciones internacionales.

El Derecho Ambiental nace como Derecho Internacional.

La conciencia ambiental iba en aumento año tras año hasta que la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968 resuelve organizar la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, la que se realizó en Estocolmo en 1972.

En ella se elaboró un Plan de Acción que contiene 106 recomendaciones y una Declaración sobre 26 Principios del Medio Humano. Se propuso la creación del Programa de las NNUU para el Medio Ambiente (PNUMA).

En el año de 1992 se realiza la Cumbre de la Naturaleza al final de la cual se aprueba la Declaración de Río de Janeiro la cual reconoce el derecho que tiene la humanidad a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza, el derecho de los Estados para aprovechar sus recursos naturales y su responsabilidad para conservar el medio ambiente y evitar que las acciones realizadas en dichos estados causen daño a otros Estados. Esta Declaración contempla varias acciones que se deben realizar en el ámbito económico, cultural, científico, institucional, legal y político.

En 1998 se realiza la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y como resultado se redacta el Protocolo de Kyoto. Desde ese año varios países han suscrito este protocolo, el cual es un acuerdo internacional que aboga por la reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub> y otros gases (metano, óxido nitroso, hidrofluorocarbonados, etc). Con la intención de disminuir un 5,2% sus emisiones entre 2008 y 2012 en relación a 1990 y de esta forma reducir el efecto invernadero.

En el transcurso del tiempo el Derecho Ambiental ha sido enriquecido por principios jurídicos internacionales que se han ido desarrollando y que han sido adoptados por las legislaciones nacionales de los países adherentes tanto a nivel constitucional como a nivel legal.

#### Conceptualización del Derecho Ambiental.

Al ser el tema jurídico ambiental nuevo y en construcción y al involucrar diversos conceptos y tutelar varios derechos muchos tratadistas han vertido diferentes denominaciones con las que tratan de abarcar todos los aspectos que estas normas regulan. Sin embargo, en su gran mayoría las denominaciones utilizadas tienen un sentido limitado.

Derecho Ambiental es el conjunto de normas jurídicas que al regular el uso sustentable de los recursos naturales y la conservación de los hábitats buscan que estas actividades no

comprometan las necesidades de generaciones futuras y tratan de cumplir la meta del acceso del hombre a una vida digna en un medio ambiente sano y libre de contaminación.

#### Características del Derecho Ambiental.

El Derecho Ambiental tiene varias características que responden tanto a intereses difusos como a intereses colectivos y en determinados casos incluso a intereses individuales.

Es un Derecho Público en conectividad con lo privado que está regulado en diferentes niveles como el Constitucional, Administrativo y Penal.

Es un Derecho de aplicación horizontal entre las diferentes ramas jurídicas tiene como característica esencial para su aplicación en la legislación nacional e internacional ser un Derecho Humano.

#### El Principio de Precaución.

Este principio desde el punto de vista ambiental pretende precautelar al individuo o a la comunidad de un daño o impacto que pueda ser realizado por un tercero y afectar negativamente su Derecho a un ambiente ecológicamente adecuado aun cuando científicamente no exista una prueba fehaciente de la posibilidad de daño pero se presume razonablemente dicha posibilidad.

## El Principio de Prevención.

Este principio se aplica cuando existe certeza jurídica y científica que va a existir un daño ambiental pero en virtud de una necesidad generalmente de tipo económico o social es imperioso realizar dicha actividad con la obligación estatal de aplicar la “diligencia debida”, es decir adoptar las medidas que minimicen los efectos perjudiciales. De no poder evitar un daño grave al analizar las medidas posibles, el Estado deberá prohibir tal actividad.

## Caracterización del principio constitucional “El que Contamina Paga”.

Este principio es universal y está expresado en varias constituciones, ya que es un eje del derecho humano “todo hombre tiene derecho a vivir en un ambiente sano”. Sin embargo, es importante considerar que su aplicación es diferente en cada país ya que la afectación al ambiente está relacionada con factores sociales y culturales y así vemos que ciertas culturas respetan el ambiente y lo usan de manera sostenible, pero otras especialmente las de los países “desarrollados” lo explotan. Es por esto que muchos ambientalistas al considerar al principio desde una óptica limitada “pagar por contaminar” han señalado que este principio es la consagración del derecho a contaminar.

El principio “el que contamina paga” no puede ser considerado de esa manera tan limitada, es un principio que a más de incluir una retribución económica por el daño causado conlleva tomar todas las medidas necesarias para impedir o reducir la contaminación. Es aquí donde tiene aplicación práctica el Principio Preventivo y el Principio Reparatorio.

## Evolución del Neo-constitucionalismo.

El sostén primordial del neo-constitucionalismo son los derechos fundamentales, los cuales gozan de “irrebatible legitimidad”. Si bien en Alemania de mediados del Siglo XX no se perseguía que esta corriente tuviera una aplicación mundial en pocas décadas como es lógico ha sido incluida en una gran cantidad de ordenamientos jurídicos de avanzada.

El neo-constitucionalismo a más de defender los principios que desde la Revolución Francesa se han ido desarrollando como la fraternidad, igualdad, solidaridad y los más modernos subsidiaridad, seguridad jurídica entre otros, busca limitar los poderes de los estados, mediante la aplicación de un nuevo orden de valores jurídicos.

Una aspiración del neo constitucionalismo es un Estado en el que la jurisdicción constitucional esté sobre la legalidad y que todo poder estatal sea controlado por dicha jurisdicción.

## Primacía de los derechos y principios constitucionales.

La Constitución Ecuatoriana en su Art. 424 señala la supremacía de la norma constitucional y de los tratados de Derechos Humanos sobre cualquier ley, reglamento u otras normas. De este mandato constitucional se desprenden varias consideraciones de suma importancia no sólo para el Derecho Ambiental sino para todo nuestro sistema jurídico.

En primer lugar toda norma debe estar alineada con la Constitución y los tratados de nivel constitucional. En segundo lugar de la Supremacía Constitucional se desprende el principio de “Jerarquía de las Fuentes del Derecho” ya que la Constitución como norma fundamental regula la creación del Derecho.

De la responsabilidad Civil (subjetiva) a la responsabilidad Constitucional (objetiva) en materia ambiental.

Arturo Alessandri señala que la responsabilidad jurídica puede ser civil y penal y es 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. Cabe señalar que la responsabilidad civil busca un resarcimiento de tipo privado o personal, mientras que la responsabilidad penal busca un resarcimiento para toda la sociedad. <sup>1</sup>La Teoría de la Culpa origen de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva La responsabilidad civil subjetiva fue incorporada en la ley a partir del amplio desarrollo que durante varios años realizaron distintos juristas sobre la Teoría de la Culpa. Teoría que se la puede resumir en que la responsabilidad civil solamente puede nacer de un acto doloso o culposo, el cual debe estar tipificado por la ley para que el juez pueda determinar de manera clara si existe tal responsabilidad y el resarcimiento aplicable para cada caso.

Como es obvio, la teoría de la culpa se halla fuertemente arraigada en la gran mayoría de jueces y abogados ecuatorianos que desde las aulas universitarias han recibido una orientación civilista subjetiva.

La Teoría del riesgo origen de la responsabilidad civil extracontractual objetiva

La teoría de la responsabilidad objetiva se basa en la teoría del riesgo que surge a finales del Siglo XIX con los movimientos socialistas que buscan proteger a los trabajadores de sus injustas y precarias condiciones de trabajo. Esta teoría señala que la responsabilidad no siempre es causada por un acto doloso y culposo sino también por actos que al ocurrir obligan a su autor a una reparación. Tal es el caso de un accidente de trabajo, donde el empleador no actúa con dolo o culpa para que se produzca el hecho pero una vez producido deberá responder pecuniariamente al trabajador accidentado.

---

<sup>1</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo. 1981. **De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil**. Pág. 10.

Una lógica similar en el futuro desarrollo del Derecho Ambiental Internacional se aplicará en los casos de contaminación ambiental.

Conceptualización de la Responsabilidad Extracontractual Objetiva en materia ambiental constitucional.

El Código Civil solamente toma en cuenta que la obligación surge de un delito; calificación que requiere de la intención de causar daño; o de un cuasidelito; calificación en la que no existe intención dañosa pero si culposa. Esto da como resultado que la aplicación clásica del Derecho Civil en temas de daño ambiental sea muy limitada y es necesario la aplicación de la responsabilidad objetiva.

Nuestra Constitución reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos según el artículo 71 y por lo tanto es también directamente afectada por acciones que causan daño ambiental: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funcionamiento y procesos evolutivos”.

La Carta Magna del año 2008 señala en su artículo 396 segundo inciso: “La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas”.

Si bien a todas luces la aplicación de la responsabilidad objetiva constitucional en temas de daño ambiental es obligatoria por parte de los jueces nacionales, muchos de ellos todavía mantienen el paradigma mental que dichos casos deben ser solucionados mediante vía legal exclusivamente y aplicando la responsabilidad subjetiva del Código Civil. Esta idea surge principalmente por desconocimiento. Es necesario, por lo tanto, que se los instruya

en este importante aspecto para evitar fallos judiciales deficientes y en muchos casos inconstitucionales para el caso de daño ambiental.

#### Determinación del daño ambiental.

En el Glosario de la Ley de Gestión Ambiental se define al daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento o a la renovabilidad de sus recursos”.

#### Ilicitud y Antijuridicidad en el Daño Ambiental.

Jiménez de Asua hace una distinción al señalar que el concepto de ilicitud sirve para establecer la antítesis entre el comportamiento jurídicamente obligatorio y el efectivamente seguido por una persona, en cambio antijuridicidad es la no conformidad de una situación de hecho con un estado querido por el Derecho, lo cual implica no sólo la lesión de un deber jurídico, sino de un bien o interés protegido por el Derecho, esto es la violación de la obligación jurídica como de la norma jurídica.

En el Derecho Ambiental a más del ilícito jurídico o del acto mal llamado “antijurídico” por el mismo Kelsen, es necesario también tomar en cuenta el término “injusto”, que podría ser catalogado por muchos juristas como un concepto muy general que no necesariamente abarca el tema legal y que por lo tanto no se debería incluir en un trabajo jurídico como este. Sin embargo, considero que este término nos da luces en el tema abordado.

Desde la óptica del Derecho Ambiental si bien una persona puede realizar actividades extractivas siguiendo todos los parámetros técnicos y legales respectivos, no por eso necesariamente estaría realizando un acto jurídico lícito ya que también debe observar el principio de prevención, de no hacerlo surge el ilícito por haber causado daño a la naturaleza y/o un tercero.

### Nexo Causal y Factor de Atribución en el Daño Ambiental

El factor de atribución determina si la responsabilidad extracontractual es subjetiva u objetiva. En nuestro Derecho Civil eminentemente subjetivo el factor de atribución para el caso de daño ambiental sería el dolo, culpa o negligencia.

Sin embargo, en la legislación civil ecuatoriana el factor de atribución para el caso de responsabilidad objetiva no existe porque supondría “la presunción jurídica de existencia de culpa cuando se incursiona en una actividad que genera contaminación tolerada, o cuando la producción no responde a la adecuación constante que el proceso productivo debe realizar en función de cambios tecnológicos capaces de lograr producción ecológicamente sustentable”.<sup>2</sup>

En el caso de la responsabilidad extracontractual objetiva el daño provoca el vínculo entre el autor y el damnificado, sin importar si dicho daño se realizó con dolo o culpa. Siendo así en el tema ambiental el que “contamina paga” y por lo tanto el factor de atribución es el daño o contaminación causada a la naturaleza o a los individuos que tienen el derecho humano de vivir en un ambiente libre de contaminación.

---

<sup>2</sup>Narváez, María José. 2008. **Derecho Ambiental: Manual para la Cátedra**. Pág. 38.

## La Restauración parcial e integral.

En el ámbito ambiental, si bien la ley contempla el resarcimiento económico por daño ambiental, una sentencia que solamente incluya una compensación económica se consideraría que otorga simplemente una restauración parcial.

Ambientalmente es mucho más importante realizar la reparación in natura, reparación que consiste en la restitución del bien ambiental (generalmente un ecosistema) a su estado original, caso en que se habla de restauración integral.

## La responsabilidad ambiental en la legislación española.

Analizar esta legislación desde el punto de vista ambiental es un buen ejercicio de Derecho Comparado para nuestra justicia ambiental.

Es importante considerar que dicho sistema legal es una amalgama de legislaciones producidas en distintos niveles de gobierno, pues confluyen la normativa de origen estatal, así como la de origen supranacional (Unión Europea), autonómico (Comunidades Autónomas) y local (Municipios).

A pesar de la amplia gama de disposiciones ambientales en el territorio español, de distinto nivel jerárquico y jurisdicción, las competencias están bien definidas para evitar conflictos.

En materia ambiental, la norma más importante para garantizar la suficiente congruencia entre los diversos cuerpos legales es la Ley 16/2002 o de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Esta ley unifica trámites, límites y autorizaciones que se conceden a

personas de derecho público y privado que en sus actividades puedan originar daños ambientales. Esta ley establece también lineamientos generales para la emisión de licencias, productos residuales, etc., es decir, constituye una ley marco para que legislen las Comunidades Autónomas y los municipios.

Otro paso relevante en España fue la puesta en vigencia de la Ley de Responsabilidad Medioambiental 26/2007, cuyas normas han superado incluso al principio “quien contamina paga”, que en nuestra Constitución recientemente se lo ha incluido como un tema de extrema actualidad. Esta ley establece de manera estricta y directa que por cualquier motivo se debe realizar la reparación del daño causado en el Medio Ambiente, sea intencional o no, y prima, por encima de todo, la prevención.

Se puede señalar que desde el punto de vista Estatal, España generalmente adapta de manera directa la normativa europea ambiental a su legislación nacional, mientras que a nivel local existen normas ambientales que responden a las características y realidades de cada comunidad autónoma.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su artículo 191 establece:

La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las diferentes regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2012.

Cabe señalar que en España no existe la responsabilidad objetiva en caso de daño ambiental. La responsabilidad señalada por la Directiva es subjetiva y el sujeto que debe pagar por el daño deberá hacerlo tras un proceso judicial en que el Juez determine el dolo o la culpa. Sin embargo, ya que la ley 26/2007 que estipula que el daño ambiental debe ser solucionado ante todo y las directrices sobre el control previo y medidas preventivas para evitar contaminación son tan estrictas, generalmente ningún agente contaminador queda librado, y de darse un caso en que se libere de culpa al agente contaminador el Estado es quien deberá remediar el daño, debido a no haber tomado en cuenta las medidas de prevención que determinan la normativa europea y las leyes nacionales.

El ente contaminador a más de indemnizar a los directamente afectados de ser el caso deberá realizar una reparación patrimonial a terceros y obligatoriamente la reparación “in natura”. Esto último significa realizar una remediación ambiental con las tecnologías más avanzadas para lograr que el sistema quede en condiciones similares a las originales.

#### La responsabilidad ambiental en la legislación costarricense.

Costa Rica es el país centroamericano que mayores esfuerzos ha realizado para tener una legislación ambiental que procure la defensa de sus recursos naturales, sobre todo, porque gran parte de sus ingresos provienen del ecoturismo.

Si bien hay aspectos muy positivos en la gestión ambiental de Costa Rica, también adolece de recurrentes conflictos por competencia, no solo porque existen varios órganos gubernamentales con facultades ambientales sino porque la legislación de la materia se halla dispersa.

A diferencia de Ecuador que se encuentra en un franco proceso de ampliar el aparato estatal con fines de normar y planificar las actividades públicas, Costa Rica desde la

década de los noventa, y sobre todo, a raíz del Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos, ha iniciado un proceso de privatización y de reducción del tamaño estatal. Esto es considerado positivo desde la perspectiva económica privada, pero se han empezado a detectar problemas en el funcionamiento de los entes de control ambiental debido al despido de personal y a la disminución de los recursos estatales que se enfocan hacia dichas instituciones.

La autoridad ambiental administrativa la ejerce el Ministerio de Ambiente y Energía, con competencias dispersas en varias leyes.

Un tema interesante en Costa Rica para el control ambiental es la existencia dentro del Ministerio de Ambiente de un Tribunal Ambiental Administrativo. Este tribunal tiene competencia nacional para juzgar todo tipo de denuncias ambientales. Como es obvio, la existencia de un tribunal especializado en la materia facilita a la población su capacidad para acudir ante este organismo y hacer los reclamos o denuncias pertinentes.

En Costa Rica, el Tribunal Ambiental cuenta con un organismo de apoyo para los análisis técnicos. Este organismo es la Secretaría Técnica Ambiental, que está a cargo del análisis del impacto ambiental causado por las diferentes actividades productivas y lo hace de forma gratuita. Esta Secretaría realiza a más de inspecciones oculares análisis técnicos para determinar contaminación. Lo que permite contar con pruebas en caso de un proceso judicial o administrativo.

En la década de los años noventa Costa Rica estableció normas ambientales que recogen los principios del Derecho Ambiental Internacional sobre el régimen de responsabilidad por daño ambiental. Este sistema es conocido como el RRDA. No solamente va encaminado a sancionar sino también a remediar el daño causado.

El principio precautorio en materia ambiental se ha incorporado en la legislación costarricense en cumplimiento de compromisos adquiridos.

En la legislación de Costa Rica la responsabilidad por daño ambiental es objetiva, por lo tanto el principio “el que contamina paga” se halla vigente en su legislación. Como principio general cualquier costo provocado por actividades u omisiones que dañen el ambiente deben ser asumidos por el ente contaminador.

Determinación de la Responsabilidad por Daño Ambiental a Partir del Principio “El que Contamina Paga”: Estudio de un Caso.

El Gobierno Provincial de la Provincia de Loja en el año 2008 inicia la ampliación de la carretera Vilcabamba - Quinara. Durante los trabajos se procede a acumular escombros en el Río Vilcabamba. Una vez que se inicia el período invernal en los meses de marzo y abril de 2009 los escombros acumulados en el río ocasionan el represamiento de las aguas con el posterior desbordamiento y arrastre de material y árboles. Lo que ocasiona serios daños a la naturaleza y a las propiedades localizadas aguas abajo.

La acción es presentada por particulares en ejercicio del principio de Jurisdicción Universal a favor de la naturaleza, particularmente a favor del Río Vilcabamba y en contra del Gobierno Provincial de Loja.

La acción es conocida por la Jueza Temporal del Juzgado Tercero de lo Civil de Loja, quien la niega señalando la falta de legitimación en la causa al no haberse demandado ni citado al Procurador Síndico del Gobierno Provincial. Sentencia que es apelada por los accionantes.

Con fecha 30 de marzo del 2011, la apelación es atendida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja que aceptó la Acción de Protección N. 11121-2011-0010 y sentenció a favor de la naturaleza. Esta sentencia se ejecutorió y fue enviada a la Corte Constitucional de acuerdo a lo que dispone la norma suprema.

# INDICE DE CONTENIDO

CAPITULO I.....	4
1. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL “EL QUE CONTAMINA, PAGA”.....	4
1.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO AMBIENTAL.....	4
1.1.1. El Derecho Ambiental como respuesta al deterioro de los ecosistemas.....	4
1.1.2 El Derecho Ambiental nace como Derecho Internacional. ....	7
1.1.3 Conceptualización del Derecho Ambiental.....	9
1.1.4 Características del Derecho Ambiental. ....	11
1.2 LOS PRINCIPIOS DE PRECAUCIÓN y PREVENCIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL. ....	13
1.2.1 El Principio de Precaución. ....	14
1.2.2 El Principio de Prevención.....	19
1.3 CARACTERIZACIÓN DEL PRINCIPIO “EL QUE CONTAMINA PAGA”. ....	24
1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO Y PRIMACÍA DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. ....	29
1.4.1 Evolución del Neo-constitucionalismo. ....	29
1.4.2 Primacía de los Derechos y Principios Constitucionales en Ecuador. ....	31
CAPITULO II. ....	40
2. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR DAÑO AMBIENTAL.....	40
2.1 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (SUBJETIVA) A LA RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL (OBJETIVA) EN MATERIA AMBIENTAL. ....	40
2.1.1 La Teoría de la Culpa origen de la Responsabilidad Civil Extracontractual Subjetiva..	41
2.1.2 La Teoría del Riesgo origen de la Responsabilidad Civil Objetiva. ....	43
2.1.3. Conceptualización de la responsabilidad extracontractual objetiva en materia ambiental constitucional. ....	45

2.2 DETERMINACION DEL DAÑO AMBIENTAL.....	49
2.2.1 Ilícitud y Antijuridicidad en el Daño Ambiental.....	50
2.2.2 Nexo Causal y Factor de Atribución en el Daño Ambiental.....	55
2.3 LA RESTAURACIÓN PARCIAL E INTEGRAL.....	59
CAPITULO III.....	64
3. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN ESPAÑA Y COSTA RICA: UN ENFOQUE DE DERECHO COMPARADO.....	64
3.1 LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA.....	64
3.1.1 Legislación Ambiental en España.....	64
3.1.2 Estructura supranacional de la legislación española.....	67
3.1.3 El principio “el que contamina paga”, en la legislación Española.....	69
3.1.4 La legitimación activa en la legislación Española.....	70
3.2 LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN LA LEGISLACION DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.....	73
3.2.1 Legislación Ambiental Nacional.....	73
3.2.2 La Responsabilidad por daño Ambiental en Costa Rica.....	77
3.2.3 El principio “el que contamina paga” en la legislación de Costa Rica.....	80
3.3 ESCENARIOS Y CONSECUENCIAS DEL FALLO JUDICIAL PARA EFECTOS INDEMNIZATORIOS SEGÚN LOS MODELOS ESPAÑOL Y COSTARRICENSE, Y SU APLICABILIDAD AL CASO ECUATORIANO.....	82
3.3.1 Modelo Español.....	82
3.3.2 Modelo Costarricense.....	85
CAPITULO IV.....	88
4 LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL A PARTIR DEL PRINCIPIO “EL QUE CONTAMINA PAGA”: ESTUDIO DE CASO.....	88
4.1 DESCRIPCIÓN DEL CASO.....	88
4.2 EL METODO DE PONDERACIÓN.....	89
4.3 DETERMINACION DE LA RESPONSABILIDAD: CRITERIOS PROCESALES.....	94
4.3.1 Criterios Procesales.....	94

4.3.2 Los efectos indemnizatorios del Fallo Judicial. ....	98
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. ....	101
CONCLUSIONES. ....	101
RECOMENDACIONES. ....	106
BIBLIOGRAFIA. ....	110
ANEXOS. ....	117

## CAPITULO I.

### 1. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL “EL QUE CONTAMINA, PAGA”.

#### 1.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO AMBIENTAL.

##### 1.1.1. El Derecho Ambiental como respuesta al deterioro de los ecosistemas.

A finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX las técnicas extractivas de recursos naturales sufren un gran cambio debido a procesos económicos liberales que promovieron la libre empresa y en el campo de la ciencia fueron inventados artefactos tales como la máquina de vapor, el telégrafo y el bombillo eléctrico. El efecto que tiene en Occidente esta nueva concepción económica junto a los avances científicos transforman en pocos años las sociedades agrícolas europeas volviéndolas sociedades capitalistas productoras de bienes a través de la transformación de los recursos naturales que empiezan a ser explotados intensamente.

Ahora bien, de todos los inventos en los primeros años del industrialismo, la máquina de vapor fue la más importante. Hasta el advenimiento de la electricidad fue la principal fuente de fuerza artificial. El desarrollo de la máquina de vapor se relaciona estrechamente con dos productos básicos de la industrialización moderna: el carbón y el hierro. La primera máquina de vapor se patentó en 1769. El uso de las máquinas de vapor aumentó además la demanda de carbón y hierro.

El incremento de la producción de hierro, por otro lado, condujo al perfeccionamiento de las máquinas de vapor. Esta interacción de un descubrimiento con otro fue el rasgo fundamental del desarrollo industrial.<sup>4</sup>

El sistema económico liberal priorizó la acumulación de riqueza sobre la producción de subsistencia que era el principal objetivo en sociedades agrícolas, creando desigualdades económicas y tecnológicas absurdas entre países y personas que han desembocado en una injusta distribución de los bienes que de ser utilizados equitativamente podrían fácilmente alimentar a la humanidad entera.

Esta ambición desmedida que se ha plasmado en nuestra organización socio-política desde hace doscientos años se ha visto reflejada en la evolución de los sistemas jurídicos que durante años permitieron e incentivaron este tipo de actitudes que trajeron consigo la sobre explotación de los recursos naturales, actividad que no concitaba ninguna atención o preocupación en aquellos años.

En este proceso de desarrollo social la estructura jurídica que se creó fue delineada considerando la necesidad de aprovechar los recursos naturales que se creyeron inagotables y cuya explotación fue facilitada por el Estado bajo principios como el derecho absoluto sobre la propiedad privada y el derecho a la libre empresa. “Inicialmente el Derecho norma las relaciones entre el hombre y la naturaleza desde el punto de vista económico a través de lo que se denomina Derecho de los Recursos Naturales”<sup>5</sup>. Derecho que otorga al hombre la total libertad de explotar a la naturaleza sin ningún límite. El Derecho de los Recursos Naturales contiene ramas como el Derecho Agrario, Minero y el de la Energía, temas que son codificados con mucha anterioridad a las normas ambientales y que inicialmente se limitan a regular aspectos productivos y extractivos con la contrapartida del pago de impuestos o algunas tasas. Normas mineras y agrarias se desarrollaron y aplicaron desde la época de la conquista, lo que fomentó estas actividades.

---

<sup>4</sup> Cañedo Ruben; Karel Caridad. 2004. **Apuntes para una historia universal**. Artículo publicado en Revistas Médicas Cubanas. Vol. 12. Pág. 66.

<sup>5</sup>Narváez, Ivan. 2004. **Derecho Ambiental y Sociología Ambiental**. Pág. 287.

En el siglo XX cierta normativa que pretende regular aspectos ambientales surge aislada y es incluida en codificaciones y regulaciones de todo tipo. Estas leyes responden a ciertos modelos jurídicos que posteriormente servirán de base para crear normas de un Derecho Ambiental propiamente dicho. Entre los principales modelos tenemos:

a) El Modelo Sanitarista.- Regula los recursos naturales cuando su grado de contaminación afecta a la salud pública, como resultado tenemos los códigos de salud y las regulaciones municipales al respecto.

Para este modelo, la salud-enfermedad es consecuencia de las condiciones insalubres que rodean al hombre, en este sentido, las condiciones ambientales son los determinantes primarios, promoviendo la introducción de medidas de saneamiento contra los índices de morbilidad. El principal limitante de este modelo, es el hecho de que no contempla los factores sociales que determinan la prevalencia de condiciones de vida insalubres para las diferentes clases sociales. Su época y representantes lo constituye la revolución industrial europea con la penetración capitalista en las colonias.<sup>6</sup>

b) El Modelo Recursista.- Regula los recursos naturales como objetos de tutela sin relación o sinergia entre ellos. Cada recurso es regulado por separado sin tomar en cuenta que son parte de un todo, ejemplos de este modelo son leyes de agua, leyes forestales, leyes sobre uso del suelo entre otros:

Este enfoque pone énfasis en una visión de la naturaleza y del entorno como recursos materiales agotables; de ahí su necesidad de conservación (el agua, el suelo, el aire, la energía, las plantas, los animales, los minerales, el patrimonio genético, el patrimonio construido, etc.). Mantener la cantidad y la calidad de los recursos es función directa de los modelos de gestión y de toma de decisiones en el uso de esos recursos. Esta tendencia es especialmente promovida en países que tienen conflictos por recursos, y en el mundo desarrollado a partir de las primeras manifestaciones de crisis por agotamiento de esos recursos.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup>Piña, B., 1990. **Modelos de explicación sobre la determinación del proceso Salud-Enfermedad. Factores de riesgo en la comunidad.** Pág.18.

<sup>7</sup>Gutiérrez José y Pozo Teresa. 2006. **Modelos Teóricos Contemporáneos y Marcos de Fundamentación de la Educación Ambiental para el Desarrollo Sostenible.** REVISTA IBEROAMERICANA DE EDUCACIÓN. N.º 41. Pág. 49.

c) El Modelo Mixto.- Combina ideas de los dos modelos anteriormente descritos y con este modelo podemos ya hablar de un Derecho Ambiental eminentemente preventivo y excepcionalmente reparador. En nuestro país un ejemplo de ley creada bajo este modelo es la Ley de Gestión Ambiental.<sup>8</sup>

### **1.1.2 El Derecho Ambiental nace como Derecho Internacional.**

Se puede señalar que la preocupación ambiental internacional aparece ya en la primera década del siglo XX. “El primer convenio de éste tipo es la Convención para la Protección de Aves Útiles para la Agricultura de 1902 y el Tratado para la Preservación de Focas Pelagenas de 1911. Otras importantes Convenciones son: La Convención Relativa al Uso de Plomo Blanco en Pinturas, Ginebra 1921 y la Convención para la Regulación de la Caza de la Ballena de 1931”.<sup>9</sup>

A mediados del Siglo XX estudios científicos y movimientos ambientalistas dan a conocer a la opinión pública el proceso degradativo que el planeta estaba sufriendo debido a una serie de actividades que el hombre desde hacía varios años realizaba en pos de obtener resultados en temas tales como la economía, la guerra y la ciencia.

Los movimientos sociales ambientalistas influyen positivamente en los foros internacionales y la protección ambiental empieza a ser frecuentemente parte de las agendas de ciertas convenciones internacionales. Así tenemos la Convención para la protección de la flora, fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América, realizada en Washington entre 1940 y 1942.

Esta preocupación inicialmente paisajística cambia abruptamente a considerar las serias consecuencias de la contaminación radioactiva debido a la detonación de la bomba

---

<sup>8</sup>Ley de Gestión Ambiental ecuatoriana, Registro Oficial No. 245 de 30 de julio de 1999.

<sup>9</sup>Hidalgo, R., Crespo, R.&Calvachi, R. 2004. **Manual de Capacitación en Derecho Ambiental y Código de Procedimiento Penal para Fiscales del Ministerio Público**. Pág. 43.

atómica y las nefastas consecuencias de la radiación en el ambiente y en el hombre. Fue la primera vez en la historia que la humanidad fue consciente que había llegado al punto de poder borrar de la faz de la tierra a todo organismo vivo con el uso de armas que causaban efectos contaminantes que podían permanecer en el ambiente por siglos. Como respuesta a esta preocupación se da el Convenio sobre el establecimiento de un control de seguridad en materia de energía nuclear, en París el 20 diciembre de 1957.

A partir de ese año surgen una serie de convenios internacionales que empiezan a normar diversos aspectos para evitar la contaminación ambiental y el posible daño a ciertos organismos por actividades humanas que hasta esa fecha no habían sido controladas, tales como: “normas para la pesca del atún, el control al uso excesivo de detergentes, la contaminación con hidrocarburos, protección de humedales, contaminación por vertidos de buques y aeronaves entre otras”<sup>10</sup>

La conciencia ambiental iba en aumento año tras año hasta que la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968 resuelve organizar la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, la que se realizó en Estocolmo en 1972.

En ella se elaboró un Plan de Acción que contiene 106 recomendaciones y una Declaración sobre 26 Principios del Medio Humano. Se propuso la creación del Programa de las NNUU para el Medio Ambiente (PNUMA). Organización que ha logrado jugar un rol catalizador en el desarrollo del Derecho Internacional Ambiental. En Estocolmo se establecieron principios tales como: la responsabilidad de los Estados para asegurar que las actividades dentro de sus jurisdicciones no afecten al medio ambiente de los Estados vecinos o a aquellos más allá de los límites de su jurisdicción. Esta Declaración no creó un régimen de derecho obligatorio inmediato pero existen evidencias que sus principios de derecho blando se están consolidando en el tiempo para constituir la base sobre la cual una estructura legal permanente puede asentarse.<sup>11</sup>

En el año de 1992 tiene lugar la Cumbre de la Naturaleza al final de la cual se adopta la Declaración de Río de Janeiro<sup>12</sup>, la cual reconoce el derecho que tiene la humanidad a una

---

<sup>10</sup>Narváez, Iván. 2008. **Derecho Ambiental y Sociología Ambiental**. Pág. 334.

<sup>11</sup> Narváez, María José. 2008. **Apuntes de Derecho Ambiental: Manual para la Cátedra**. Pág. 46.

<sup>12</sup> Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. 14 de Junio de 1992.

vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza, el derecho de los Estados para aprovechar sus recursos naturales y su responsabilidad para conservar el medio ambiente y evitar que las acciones realizadas en dichos estados causen daño a otros estados. Esta Declaración contempla varias acciones que se deben realizar en el ámbito económico, cultural, científico, institucional, legal y político.

En 1998 se realiza la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y como resultado se redacta el Protocolo de Kyoto. Desde ese año varios países han suscrito este protocolo, el cual es un acuerdo internacional que aboga por la reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub> y otros gases (metano, óxido nitroso, hidrofluorocarbonados, etc). Con la intención de disminuir un 5,2% sus emisiones entre 2008 y 2012 en relación a 1990 y de esta forma reducir el efecto invernadero.<sup>13</sup>

A los documentos internacionales descritos se suman más de una centena de documentos internacionales relativos a la protección del ambiente. Lo que demuestra que el Derecho Ambiental es un Derecho que nació y que se desarrolla como Derecho Internacional.

### **1.1.3 Conceptualización del Derecho Ambiental.**

Al ser el tema jurídico ambiental nuevo y en construcción y al involucrar diversos conceptos y tutelar varios derechos muchos tratadistas han vertido diferentes denominaciones con las que tratan de abarcar todos los aspectos que estas normas regulan. Sin embargo, en su gran mayoría las denominaciones utilizadas tienen un sentido limitado como por ejemplo: Derecho Ecológico, Derecho del Entorno, Derecho de la Biosfera, ya que al tratar de abarcar un todo excluyen temas importantes. “El problema de denominar correctamente a éste Derecho radicó en que sus normas son de aplicación horizontal, es decir abarcan a las diferentes ramas del Derecho como son Público, Privado e

---

<sup>13</sup>Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas. 1998. Ratificado el 20 de Diciembre de 1999 (Registro Oficial N. 1588).

Internacional e incluyen interacciones entre estos que abarca un temática amplia, es decir ambiental”. Michel Prieur citado por Chiriboga<sup>14</sup>.

Dentro de las varias definiciones dadas en el transcurso de los años de desarrollo del Derecho Ambiental, podemos leer a continuación dos definiciones que considero lo hacen de manera bastante acertada:

Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos.<sup>15</sup>

La definición anterior recoge la importancia biológica del bien jurídico protegido por el Derecho Ambiental. Otra definición que toma en cuenta la intención final del Derecho Ambiental es:

Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las actividades humanas para que sus consecuencias tengan el menor impacto posible sobre la armonía de la naturaleza, pretende lograr que el desarrollo económico sea posible, sustentable y no contaminante, para lo cual se fija metas, requisitos y controles, que hagan efectiva esta hipótesis.<sup>16</sup>

Las dos definiciones anteriores contienen aspectos importantes del Derecho Ambiental que son la diversidad biológica a la que protege y la sostenibilidad económica y ambiental, por lo que al realizar una definición propia recogería aspectos importantes de los dos juristas citados y señalaría que:

---

<sup>14</sup>Chiriboga, Ramiro. 2000. **Propuesta de un lineamiento para la formulación de una ley de régimen especial para la Amazonía**. Pág. 524.

<sup>15</sup>Breñez, Raúl. 1994. **Manual de Derecho Ambiental Mejicano. Publicado en Comentarios Bibliográficos de la Revista de Política y Derechos Ambientales en América Latina y el Caribe**. Volumen I – No. 3. Pág. 28.

<sup>16</sup>Guaranda, Wilton. 2009. **Instrumentos Jurídicos para la Pretección y Defensa de los Derechos Ambientales Aplicados a las Activiades Hidrocarburíferas**. Pág. 25.

Derecho Ambiental es el conjunto de normas jurídicas que al regular el uso sustentable de los recursos naturales y la conservación de los hábitats buscan que estas actividades no comprometan las necesidades de generaciones futuras y tratan de cumplir la meta del acceso del hombre a una vida digna en un medio ambiente sano y libre de contaminación.

#### **1.1.4 Características del Derecho Ambiental.**

Son varias las características del Derecho Ambiental y tratarlas en detalle merecería un capítulo completo. Debido a esto se señalarán solamente las más importantes para los fines del presente estudio.

a) El Derecho Ambiental tiene varias características que responden tanto a intereses difusos como a intereses colectivos y en determinados casos incluso a intereses individuales.

Hablamos de un interés difuso porque el daño ambiental en muchos casos no se limita en su afectación a un individuo o un pequeño grupo sino a grandes poblaciones o incluso a toda la humanidad como el caso del daño de la capa de ozono por el uso de ciertos aerosoles.

En nuestra Constitución <sup>17</sup> se menciona como derecho colectivo la relación que existe entre comunidades, asociaciones o grupos humanos con el medio ambiente y el uso ancestral que estos hacen del mismo. Bajo esta regulación constitucional la acción en caso de daño ambiental también es colectiva y el ejercicio de la acción no está supeditado a una sola persona sino que rebasa el campo de lo privado y se sitúa como un factor determinante en las relaciones entre el desarrollo económico y el bienestar general. Cuando hablamos de un interés colectivo éste es excluyente en el tema de resarcimiento por daño ambiental ya que dependiendo del área de afectación es una

---

<sup>17</sup> Art. 57, numeral 8. Constitución del Ecuador, (2008). R.O-S 449: 20-oct-2008.

determinada comunidad o colectividad la que tiene el interés en solucionar o recibir una compensación por el daño causado y es esta misma comunidad o colectividad la que puede iniciar las acciones legales correspondientes para la compensación respectiva.<sup>18</sup>

Y finalmente hablamos de un interés individual cuando al presentar una demanda para el resarcimiento del daño ambiental es necesaria la legitimación activa del actor si se trata de resarcir el daño a través de una acción civil de tipo privado.<sup>19</sup>

b) Es un Derecho Público en conectividad con lo privado que está regulado en diferentes niveles como el Constitucional, Administrativo y Penal. El jurista ecuatoriano Iván Narváez señala que es público porque “crea necesariamente un vínculo jurídico entre los individuos y el Estado, se subordina a la voluntad política de éste, se somete a la voluntad de un mandato superior y satisface las aspiraciones de orden social y jurídico”.<sup>20</sup>

Pero su conectividad con lo privado se expresa en que sus normas regulan también temas civiles, laborales, sociales y económicos. Tema de especial relevancia en el ámbito privado es el juzgamiento de la responsabilidad civil extracontractual, tema que lo analizaré en los capítulos siguientes.

c) A más de ser un Derecho de aplicación horizontal entre las diferentes ramas jurídicas tiene como característica esencial para su aplicación en la legislación nacional e internacional ser un Derecho Humano ya que su fin último es permitir al hombre gozar de su vida en un ambiente ecológicamente sano. Nuestra Constitución establece este fin como una responsabilidad de todos los ecuatorianos.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Art. 397, numeral 1. *Ibidem*.

<sup>19</sup> Art. 67, numeral 2. Código de Procedimiento Civil. 2011. R.O. 58:12-jul-2005.

<sup>20</sup> Narváez, Iván. *Obra Citada*. Pág. 281.

<sup>21</sup> Art. 83, numeral 6. Constitución del Ecuador. 2008.

## 1.2 LOS PRINCIPIOS DE PRECAUCIÓN y PREVENCIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL.

Si bien el Derecho Ambiental basa su desarrollo en una serie de principios, que serán vistos más adelante, son estos dos principios los fundamentales al tratar el tema de daño ambiental y la responsabilidad que nace de dichas acciones.

El origen del principio de precaución lo encontramos en Alemania en el año de 1930 con la idea de “buen gobierno” y está vinculado a la Filosofía del Derecho. Es el filósofo Hans Jonas quien lo desarrolló a mediados del Siglo XX hasta sintetizar sus estudios en su obra “The Imperative of Responsibility: In Search of Ethics for the Technological Age” (publicada en alemán en 1979 y en inglés en 1984), el principal mensaje de la obra es que la supervivencia humana dependía de sus esfuerzos por cuidar del planeta en el futuro, desarrollando los fundamentos filosóficos y éticos de lo que más adelante se designaría como Principio de Precaución.

La UNESCO desde 1962, patrocinó el Programa de Estudios Ecológicos de la Unión Internacional de Ciencias Biológicas, que durante diez años realizó verificaciones globales sobre las pérdidas sufridas de recursos naturales a causa del desarrollo inadecuado. Estos estudios sirvieron para que en 1972 en Estocolmo se recomendará al Secretario General de la UNESCO recoger datos sobre la situación del medio ambiente en el mundo y propusieron las medidas de protección pertinente. Es así como se estipula este principio en la Declaración de Estocolmo y en varios de los documentos internacionales posteriores, al considerar que una inadecuada actitud del hombre frente a su medio ambiente pone en peligro la vida sobre la tierra.<sup>22</sup>

En cuanto al origen del Principio de Prevención podemos señalar a Nicolas de Sadeleer:

Muchos autores han considerado el arbitraje del caso Trail Smelter o de la Fundición de Trail (1941) como la primera manifestación del principio de prevención. En ese caso se consideró responsable a Canadá por los daños causados por las emisiones contaminantes arrojadas a la atmósfera por la Fundición de Trail, basándose en que su Gobierno debería haberse asegurado de que esa instalación no

---

<sup>22</sup>Belloti, Mirta. 2009. **El Principio de Precaución Ambiental: La Práctica Argentina**. Pág. 15.

vulneraba las obligaciones internacionales de Canadá, especialmente la obligación de proteger a otros Estados de las consecuencias dañinas derivadas de los actos realizados por particulares en su territorio. Por tanto, ese arbitraje reconocía un principio de derecho Internacional que obligaba a los Estados a anticiparse a la contaminación transfronteriza.<sup>23</sup>

Este principio fue recogido en la Conferencia de Estocolmo en el principio 21 donde se señala que “los Estados tienen derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación a su política ambiental y la obligación de asegurarse de que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción no perjudique al medio de otros Estados”<sup>24</sup> Al igual que el Principio de Precaución el Principio de Prevención ha sido desarrollado por los documentos de Derecho Internacional Ambiental posteriores.

### **1.2.1 El Principio de Precaución.**

Este principio desde el punto de vista ambiental pretende precautelar al individuo o a la comunidad de un daño o impacto que pueda ser realizado por un tercero y afectar negativamente su Derecho a un ambiente ecológicamente adecuado aun cuando científicamente no exista una prueba fehaciente de la posibilidad de daño pero se presume razonablemente dicha posibilidad.

En el Derecho Ambiental Internacional el Principio de Precaución se ha incluido en muchos documentos lo que ha posibilitado desarrollarlo ampliamente. La tratadista Zlata Drnas de Clément hace una clara enunciación de su núcleo conceptual y señala<sup>25</sup>:

- Responde a la idea de prevención, entendida ésta en términos generales, pero aplicable sólo cuando no hay certidumbre científica del riesgo para el ambiente como consecuencia de una actividad dada;

---

<sup>23</sup> Sanz, Paloma. 2004. **Los Principios de Prevención y de Cautela en el Derecho Ambiental**. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. N.19, 1. Pág. 16.

<sup>24</sup> Ibidem. Pág. 18.

<sup>25</sup> Drnas de Clément, Zlata. 2011. “**El Principio de Precaución en Materia Ambiental, Nuevas Tendencias**”. Ponencia de Derecho Ambiental. Pág. 2.

- Implica la aplicación de restricciones o prohibiciones a las actividades presumiblemente riesgosas en base a estudios científicos objetivos de evaluación preliminar, aun cuando en última instancia, las medidas sean adoptadas sobre convicciones de razonabilidad, sin sustento científico suficiente;
- Requiere la revisión incesante de las medidas adoptadas a la luz de los distintos estadios de certidumbre-incertidumbre brindados por los avances científicos;
- Prefiere asegurar la protección del medio ambiente aplicando medidas cautelares, aun cuando esas medidas puedan aparecer más adelante como innecesariamente aplicadas;
- Pospone beneficios económicos, tecnológicos y de desarrollo, prefiriendo ante la duda, preservar el ambiente (la salud de la persona humana, los animales, las plantas). Es decir, opta por el menor costo posible a largo plazo, ya que el daño ambiental, de producirse, podría ser irreversible.

Entre los instrumentos internacionales que hacen mención de este principio., cabe mencionar especialmente aquellos de los que el Ecuador es suscriptor y los ha ratificado por lo tanto su acatamiento es obligatorio.

La Convención sobre Cambio Climático señala:

Las Partes deberán tomar medidas de precaución para prever o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenazas de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta total de certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberán ser eficientes en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos (...)<sup>26</sup>

Uno de los instrumentos internacionales más importantes es el Convenio sobre Biodiversidad Biológica el cual en su Preámbulo dispone:

Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas

---

<sup>26</sup> Art. 3.3. Convención de las NN.UU sobre Cambio Climático. New York. 9 de mayo de 1992. Ratificada 16 de marzo de 1993 (Registro Oficial N. 148).

inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.<sup>27</sup>

En relación con esta disposición internacional se halla la norma constitucional: “El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales (...)”<sup>28</sup>

Igualmente otro instrumento de suma importancia para el Derecho Ambiental Internacional es la Declaración de Río de 1992 que menciona:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.<sup>29</sup>

El Ecuador ha recogido este principio en su Constitución del año 2008 y establece en varios artículos la obligatoriedad de respetar el Principio de Precaución: “El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia (...)”<sup>30</sup> Así como en su artículo 396:

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

---

<sup>27</sup> Párrafo noveno. Convenio de las NN.UU sobre Biodiversidad Biológica. Nairobi. 5 de junio de 1992. Ratificada 10 de febrero de 1993 (Registro Oficial N. 647).

<sup>28</sup> Art. 73. Constitución del Ecuador. 2008.

<sup>29</sup> Principio 15. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Río de Janeiro. 14 de Junio de 1992.

<sup>30</sup> Art. 313. Constitución del Ecuador. 2008.

El Art. 19 de la Ley de Gestión Ambiental del Ecuador expresa que:

Las obras públicas, privadas o mixtas y los proyectos de inversión públicos o privados que puedan causar impactos ambientales, serán calificados previamente a su ejecución, por los organismos descentralizados de control, conforme el Sistema Único de Manejo ambiental, cuyo principio rector será el precautelatorio.<sup>31</sup>

Luego de este recorrido por algunas de las muchas disposiciones legales que a nivel internacional y nacional se refieren al Principio de Precaución la impresión inicial es considerar la aplicación inmediata y casi generalizada de éste principio por parte de autoridades administrativas y judiciales. Obviamente una aplicación indiscriminada determinaría que ninguna obra o inversión podría realizarse ya que siempre dicha obra o inversión conlleva necesariamente una afectación ambiental sea ésta mínima o grave. Sin embargo, nuestro país al igual que otros tiene una necesidad imperiosa de obtener recursos económicos para satisfacer la necesidad de desarrollo social por lo que es necesario mantener un equilibrio entre un adecuado nivel en la generación de recursos por parte de empresas públicas y privadas y la protección ambiental siguiendo con una aplicación racional y equitativa del principio en mención.

La tratadista Zlata Drnas de Clément hace un interesante análisis sobre éste principio a la luz del Derecho Comparado al analizar un comunicado sobre el Principio de Precaución que la Comunidad Económica Europea realizó en el año 2000. Si bien dicho comunicado no tiene obligatoriedad para nuestro país es una interesante guía para la adecuada aplicación del Principio de Precaución. Resumiendo dicho análisis y recogiendo los puntos más importantes se puede señalar que para una legítima aplicación del principio las medidas ordenadas deben ser:<sup>32</sup>

a) Proporcionadas al nivel de protección por el que el Estado haya optado. Se trata de una facultad del Estado que entraña consecuencias políticas y responsabilidad jurídica. El desarrollo económico y social de una región, suele ser determinante del grado de protección ambiental por el que se haya decidido el Estado. El “principio

---

<sup>31</sup> Art. 19 Ley de Gestión Ambiental del Ecuador. 2011. R.O-S 418: 10-sep-2004.

<sup>32</sup> Drnas de Clement, Zlata. Obra Citada. Págs. 3 y 4.

de proporcionalidad” que debe acompañar a la “precaución” implica la necesidad de verificar si los medios elegidos (limitaciones a la actividad presuntamente riesgosa), son adecuados a la realización del objetivo pretendido y si no ha habido exceso en la relación medio-fin. (Vide Asunto C-183/95, AFFISH BU / ReijksdienstvoorQueuring van vee en Vlees, sentencia del TJCE de 17 de junio de 1997). El “principio de proporcionalidad”, a más de requerir que las medidas no vayan más allá de lo necesario para lograr el fin pretendido, exige que esas medidas, siempre, sean consideradas como presunciones juris tantum que admitan prueba en contrario. (Vide Asunto C-286/94, C-401/95, C-47/96. GarageMolenheide BVBA y otros / BelgischeStaat, sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 1997).

b) Iguales a medidas similares adoptadas en circunstancias equivalentes. Ello, al igual que en el punto siguiente, no obsta para la aplicación del principio de igualdad de hecho en el cual se requiere el trato diferenciante a fin de alcanzar un resultado que restablezca el equilibrio entre situaciones diferentes. La diferencia de situaciones puede surgir de las condiciones del medio o bien de los requerimientos económicos y sociales de determinados ámbitos territoriales de un Estado. Cuando no existe la necesidad de aplicar un trato diferenciado equilibrador de desigualdades, las limitaciones a las actividades con efecto presuntamente dañoso, deben responder al interés general. (Vide Asunto C-398/95. Syndesmoston en ElladiTouristikonFaiTaxicliotikonCrafeion y PorgosErgasias), sentencia del TJCE de 5 de junio de 1997). Las diferencias en las medidas de limitación deben responder objetiva y necesariamente a las diferencias entre las distintas actividades riesgosas a las que se aplican. (V. Asunto C-139/95. Livia Balestra / Instituto Nazionale della Previdenza Sociale, sentencia del TJCE de 30 de enero de 1997).

c) No discriminatorias en su aplicación. Debe haber para todos los que se hallen en circunstancias equivalentes un trato igual (V. Asunto Prejudicial C-323/95. Esposos Hayes / Kronenberger GmbH, 20 de marzo de 1997). A los fines de determinar la no discriminación, corresponde un estudio comparativo de calificación de actividades, circunstancias y méritos. (Vide Asunto T-142/95. Jean Klouis Delvauz / Comisión de las Comunidades Europeas, sentencia del T. de 1ª. Inst. de 18 de diciembre de 1997).

d) Ajenas a cualquier forma encubierta de proteccionismo. La facultad de los Estados para optar por el nivel de riesgo a tolerar no es compatible con la adopción de medidas basadas en temores irracionales o percepciones tremendistas no sustentables científicamente.

e) Adoptadas en base a un examen de costos y beneficios potenciales tanto de la acción como de la inacción. Este tipo de análisis pone en la balanza desarrollo versus preservación a largo plazo.

f) Objeto de revisión periódica a la luz del aporte de nuevos datos científicos. Los Estados pueden determinar a quién incumbe la responsabilidad o la carga de la prueba de presentar los elementos de carácter científico necesarios para una evaluación completa del riesgo de la actividad.

Con este análisis que es aplicable a nuestra realidad la autoridad administrativa o judicial podría tener una guía para adecuarse a cada caso en que la aplicación del Principio de Precaución es una opción.

### **1.2.2 El Principio de Prevención.**

El Derecho Ambiental es un derecho eminentemente preventivo antes que reparador. Esta afirmación ampliamente difundida entre los juristas ambientales radica en el hecho que reparar un hábitat es extremadamente complejo y a veces imposible desde el punto de vista técnico y es enormemente costoso. Por lo tanto, es necesario tomar las medidas respectivas de manera anticipada para evitar dicho daño con las consecuencias funestas que se pueden desprender de dicha afectación.

Previamente al señalar las características del núcleo conceptual del Principio de Precaución se apuntó que: “responde a la idea de prevención, entendida ésta en términos generales, pero aplicable sólo cuando no hay certidumbre científica del riesgo para el ambiente como consecuencia de una actividad dada”. Esta aseveración podría conllevar a confundir la precaución con la prevención por lo que es importante señalar que hay una similitud entre los dos principios la que radica en tomar las medidas técnicas y jurídicas para que una actividad no produzca un daño ambiental. La diferencia entre ambos principios se halla en que, en el caso de la “precaución”, no hay base científica suficiente como para tener una convicción razonable de que el daño va a producirse. En cambio, en el caso de la “prevención” dicha seguridad existe pero en virtud de una necesidad generalmente de tipo económico o social es imperioso realizar dicha actividad con la obligación estatal de aplicar la “diligencia debida”, es decir adoptar las medidas que minimicen los efectos perjudiciales, de no poder evitar un daño grave al analizar las medidas posibles, el Estado deberá prohibir tal actividad.

La “diligencia debida” se resalta en el ordenamiento internacional ya que radica en la obligación de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo la jurisdicción de un estado, a fin de cerciorarse que, en condiciones normales, no se causen perjuicios transfronterizos.

Esta obligación está constituida por un conjunto de “estándares mínimos” de comportamiento de diligencia exigibles internacionalmente (diligencia suficiente). Esta diligencia, es el mínimo constitucional y legal imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones internacionales (derecho interno internacionalmente indispensable).<sup>33</sup>

A nivel internacional existen varios convenios y declaraciones que mencionan el principio de prevención, el desarrollo que se ha hecho sobre éste principio se basa en los posibles daños causados por acciones que tienen afectación transfronteriza acciones de las que se desprenden responsabilidades de los Estados que no tienen la diligencia debida para evitarlos y así tenemos:

Una de las más relevantes declaraciones a nivel internacional ambiental es la Declaración de Estocolmo de 1972, la cual prescribe ciertos principios pero es el principio 21 un claro antecedente del Principio de Prevención.

Principio 21: De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup>Drnas de Clément, Zlata.2000. **Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema Internacional y en el Interamericano**, Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Internacional, Córdoba Argentina. Pág.1

<sup>34</sup> Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano. Estocolmo. 16 de junio de 1972.

Si bien tiene una visión transfronteriza sirvió de pauta para la normativa ambiental futura como uno de los antecedentes del Principio de Prevención que se desarrolló ampliamente en los años siguientes.

Otro ejemplo es la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas que en su artículo 3 establece:

Las Partes Contratantes deberán elaborar y aplicar su planificación de forma que favorezca la conservación de los humedales incluidos en la Lista y, en la medida de lo posible, el uso racional de los humedales de su territorio. Cada Parte Contratante tomará las medidas necesarias para informarse lo antes posible acerca de las modificaciones de las condiciones ecológicas de los humedales en su territorio e incluidos en la Lista, y que se hayan producido o puedan producirse como consecuencia del desarrollo tecnológico, de la contaminación o de cualquier otra intervención del hombre. Las informaciones sobre dichas modificaciones se transmitirán sin demora a la organización o al gobierno responsable de las funciones de la Oficina permanente especificado en el artículo.<sup>35</sup>

La Carta Mundial de la Naturaleza, es una obra de las Naciones Unidas que no pretendía dar disposiciones de acatamiento directo a los Estados pero que si buscaba ser una norma de conducta a seguir por los miembros.

El principio general 11 dispone: "Se controlarán las actividades que puedan tener consecuencias sobre la naturaleza y se utilizarán las mejores técnicas disponibles que reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales, en particular:...c) Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza en caso de llevarse a cabo; tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales (...).<sup>36</sup>

En esta carta podemos ver claramente delineado el Principio de Prevención, el cual tiene como característica el tener una certeza científica sobre el inminente daño que se puede

---

<sup>35</sup>Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional. 1971. Adoptada por NNUU el 16 de Junio de 1972.

<sup>36</sup> Carta Mundial de la Naturaleza. 1982.C.M.N. Res. AG 37/7 del 28/10/82

ocasionar, esta Carta señala la necesidad de tomar las precauciones técnicas al alcance del Estado miembro para evitar el daño ambiental.

A nivel de instrumentos de acatamiento obligatorio podemos mencionar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que establece en su artículo 204 numeral 1 la obligación de la prevención de la contaminación marina.

En la medida de lo posible y de modo compatible con los derechos de otros Estados, observar, medir, evaluar y analizar, mediante métodos científicos reconocidos, los riesgos de contaminación del medio marino o sus efectos" y fundamentalmente de vigilar "los efectos de cualesquiera actividades que autoricen o realicen, a fin de determinar si dichas actividades pueden contaminar el medio marino.<sup>37</sup>

El tratadista José Ruíz al analizar la enunciación del Principio de Prevención en diferentes instrumentos internacionales ambientales, y referirse a la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de 1992 señala que recogen principios de cartas y declaraciones anteriores y expresa que:

En sus principios 17, 18 y 19 se realizan aplicaciones concretas de este postulado al requerirse la evaluación de impacto ambiental en forma previa a desarrollar actividades con potencialidad contaminante, al preverse las notificaciones que un Estado debe cursar a los otros cuando en su territorio se ha producido una situación de emergencia que se pudiera expandir, o la información que se debe brindar y las comunicaciones que en forma previa deben ejecutarse en forma previa al inicio de actividades que puedan generar perjuicio allende las fronteras<sup>38</sup>

Uno de los más importantes instrumentos internacionales de los últimos años debido al peligro que reviste el cambio climático es la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el tema que se realizó en Nueva York en 1992. Si bien en ese año todavía existían dudas con respecto a la veracidad de la afectación que sufría el clima por la emisión de

---

<sup>37</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Mar. (CONVEMAR). Montego Bay. 10 de diciembre de 1982.

<sup>38</sup> Ruíz, José. 2008. **Principios Preventivo y Precautelatorio en el Derecho Ambiental Internacional**. Pág. 1.

gases invernadero y sus estipulaciones son en ciertos casos débiles, también estableció normativa que explícitamente señala la necesidad de realizar actividades con criterio preventivo para evitar emisiones con efecto invernadero. Así como señala que es necesario promover y apoyar con su cooperación el desarrollo, la aplicación y la difusión, incluida la transferencia de tecnologías, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero en diferentes actividades humanas.

Nuestra Constitución en función de los convenios internacionales que nuestro país ha firmado en materia ambiental ha incorporado éste principio en su Art. 396 “El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre del daño (...)”.<sup>39</sup>

Ahora bien al igual que el Principio de Precaución el Principio de Prevención no puede aplicarse en todos los casos que exista riesgo, es necesario que el juez o la autoridad administrativa que debe decidir sobre su aplicación haga un análisis de la oportunidad, legalidad y conveniencia de su aplicación en un caso particular.

Para poder analizar la aplicabilidad de éste principio a nivel nacional se puede hacer una comparación con la caracterización que se hace a nivel internacional. Y así se menciona que el principio se caracteriza por:

- Obligación del sujeto internacional de adoptar previsión atenta la certeza científica sobre los riesgos que entraña la actividad.
- Obligación de actuar de modo proporcional a las fuerzas en juego para evitar daños transfronterizos.
- Imposición de restricciones o prohibiciones a las actividades bajo jurisdicción del sujeto internacional.
- Obligación fundada, básicamente, en el derecho internacional general.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Art. 396. Constitución del Ecuador. 2008.

<sup>40</sup> Ruiz, José. Obra Citada. Pág. 1.

Para reclamar internacionalmente la transgresión del Principio de Prevención (diligencia debida), es necesario que el demandante haya sufrido o exista certeza científica del daño futuro, es decir daño cierto. En caso de no existir daño o certeza científica del daño futuro no se puede alegar la violación de éste principio y quedaría abierta la posibilidad de una reclamación aduciendo violación del Principio de Precaución, principio donde si es posible no tener una certeza científica pero si es necesario que exista una posibilidad cierta de daño.

En el caso de la legislación nacional el juez o la autoridad administrativa deben tomar en cuenta esta diferenciación entre los dos principios para tener claridad al momento de decidir. Es importante señalar que a nivel internacional cuando el Estado no aplica debidamente el Principio de Prevención y causa daño transfronterizo se vuelve imputable del daño por omisión. Sería interesante que esta consecuencia pueda ser recogida por el Derecho Penal y Administrativo Ambiental nacional. Si bien ciertas figuras penales y administrativas podrían tener relación con la omisión de aplicar las normas legales constitucionales para el caso estudiado es interesante pensar en la posibilidad de incluir en la ley nacional una norma expresa para el caso de no aplicación judicial o administrativa del Principio de Prevención en el campo ambiental.

### 1.3 CARACTERIZACIÓN DEL PRINCIPIO “EL QUE CONTAMINA PAGA”.

La primera vez que se incluye en una legislación la expresión “el que contamina paga” es en Japón en 1970. Rápidamente este principio es recogido por la legislación ambiental internacional y así aparece estipulado pocos años después por la Comunidad Europea, en el Protocolo de Estocolmo en su principio 22, en la Declaración de Río en su principio 13 y finalmente de manera clara es expresado en el Protocolo de Kyoto con la famosa “JointImplementation”, que se refiere a que países industrializados contaminantes desarrollen proyectos de reforestación o de energías alternativas en países en desarrollo como forma de captar el CO<sub>2</sub> producido y pagar por la contaminación causada.

Algunos tratadistas simplifican el principio señalando que se limita a decir: “quien contamina debe reconocer un valor monetario por dicha acción para remediando el daño lograr niveles ambientalmente aceptables para la autoridad reguladora”. Pero esta concepción es demasiado restringida. Incluso la misma Declaración de Río en su principio N.13 donde menciona el principio es en mi opinión circunscripta a un tema puramente económico:

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales<sup>41</sup>

El principio “el que contamina paga” no puede ser considerado de esa manera tan limitada, es un principio que a más de incluir una retribución económica por el daño causado conlleva tomar todas las medidas necesarias para impedir o reducir la contaminación. Es aquí donde tiene aplicación práctica el principio preventivo y el reparatorio.

Este principio es universal y está expresado en varias constituciones, ya que es un eje del derecho humano “todo hombre tiene derecho a vivir en un ambiente sano”. Sin embargo, es importante considerar que su aplicación es diferente en cada país ya que la afectación al ambiente está relacionada con factores sociales y culturales y así vemos que ciertas culturas respetan el ambiente y lo usan de manera sostenible, pero otras especialmente las de los países “desarrollados” lo explotan. Es por esto que muchos ambientalistas al considerar al principio desde una óptica limitada “pagar por contaminar” han señalado que este principio es la consagración del derecho a contaminar. Probablemente esta idea podría ser considerada como verdadera si una legislación romanista se limita a juzgar la contaminación ambiental con el Derecho Civil clásico donde existe la concepción de la “res nullius”; bienes que se consideran pertenecientes a toda la sociedad y que no son cuidados por nadie. Su uso excesivo bajo el derecho civil clásico no está penado y obviamente se puede desembocar en el agotamiento total y la falta de regeneración de esos

---

<sup>41</sup> Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. 1992.

recursos. En este caso, la implementación de políticas está a cargo del Estado cubriendo de esta forma totalmente al agente contaminador quien se beneficia de la explotación de estos bienes comunes y perjudica a toda la sociedad a quien le pasa el costo de la remediación, si la hay.

El principio “el que contamina paga” tiene una doble perspectiva; una legal y una económica. Utiliza estas dos perspectivas para desestimular la explotación indiscriminada de recursos naturales y busca que los costos “reales” de tal conducta sean cubiertos y asumidos por los que reciben ingresos por sus actividades ambientalmente riesgosas. Al respecto de la valoración económica recojo la opinión de la tratadista chilena Macarena Muñoz Valenzuela quien señala que para lograr este objetivo es necesaria una “internalización de externalidades”.

Externalidad comprendida como una situación económica en la que se obtiene ganancia sin ningún tipo de retribución; esta externalidad es positiva en la medida que la ganancia no tiene asignada retribución, y negativa si el costo se desplaza a otro agente que no obtiene compensación por ello. “Siendo así la degradación de los recursos naturales y como tal un decremento en la calidad de vida de la población que los disfruta y tiene derecho a ellos, es una situación de “externalidad negativa”.<sup>42</sup>

Tomás Hutchinson señala:

La necesidad de que la política ambiental se funde sobre el soporte de los costes por parte de los responsables de la contaminación descende del hecho de que, si por el contrario los gastos derivados de la misma debieran ser afrontados por el Estado directamente o mediante ayudas a las empresas, inevitablemente se crearían tratamientos diferenciados que favorecerían a algunos países, regiones o productores individuales, rompiendo el juego de la competencia. Sin embargo, un sistema que impute de manera uniforme los costos derivados de la contaminación ambiental a las empresas directamente responsables del mismo evitaría esta consecuencia. Cualquier actividad que provoca un daño ambiental crea una deseconomía externa, ya que impone a los terceros ajenos a la actividad lesiva algunos costos sociales de los que viene exonerado el sujeto agente del daño y que,

---

<sup>42</sup>Muñoz, Macarena. 2000. **El principio “el que contamina paga” a la luz de la legislación chilena.** Revista de Derecho N. 12 de la Universidad de Valparaíso. Pág. 4.

en consecuencia, nos los deberá contabilizar como propios al desarrollo de su actividad empresarial.<sup>43</sup>

Los dos tratadistas explican el problema para determinar económicamente el valor de la remediación ambiental. Adicionalmente considero que determinar un valor económico para remediar daños causados a la naturaleza en la mayoría de casos es imposible. En la realidad para lograr recuperar los niveles normales de los ciclos biológicos se requiere de cientos o miles de años y ni la más moderna tecnología puede acelerar dicho proceso a pesar de los montos económicos que se paguen. Una combinación de un pago económico lo más próximo a los costos reales de remediación junto con una acción punitiva por parte del Estado probablemente ejercería coerción sobre el agente o persona contaminante y se lograría que el Derecho Ambiental tenga el carácter preventivo que lo caracteriza antes que remediador.

Un gran avance es la inclusión de este principio en el Art 396 de nuestra constitución: “La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas”

Sin embargo, de existir norma constitucional expresa al respecto, todavía entre una gran cantidad de nuestros abogados y lo que es peor entre nuestros jueces no existe el conocimiento de las implicaciones de la objetividad en el resarcimiento por daño ambiental. Esto se debe a que durante toda nuestra historia como país independiente el resarcimiento se ha considerado subjetivo en el campo civil. Es decir, solamente se debe responder por un daño ambiental si no se ha cumplido con la norma y para esto era necesario hacer un análisis de la infracción por su “acción, omisión, dolo o culpa”. La objetividad en cambio señala que a pesar de cumplirse con todas las normativas técnicas y legales quien causa daño debe responder por dicho perjuicio ambiental.

---

<sup>43</sup>Hutchinson, Tomás. 2000. **Breve análisis de la responsabilidad ambiental desde el punto de vista del Derecho Público**. Págs. 297-298.

En nuestro país todavía no existe un derecho procesal ambiental y seguimos dependiendo de las normas civiles para el caso de responsabilidad civil extracontractual, normas que son aplicadas por los jueces en casos de contaminación. Pero debemos considerar lo que señala Ramón Martín Mateo, citado por Macarena Valenzuela, con relación a la aplicación de normas civiles en temas ambientales:

(...) para la exigencia de responsabilidades, los postulados estrictamente individualistas en que se basan los hacen rigurosamente inadecuados para afrontar la resolución de conflictos que son intrínsecamente de naturaleza colectiva, y en los que en el mejor de los casos resultará difícil, pero en la mayoría de ellos imposible, determinar quiénes y en qué medida han causado los daños y hasta qué punto estos trascienden en términos patrimoniales evaluables, a las economías individuales.<sup>44</sup>

Cuando queremos aplicar normas especiales para juzgar temas de contaminación ambiental, vemos que el principio “el que contamina paga” en nuestro país a nivel legal y reglamentario se ha incluido de manera débil y en muchos casos no es aplicable. Por ejemplo; muchas normas legales relacionadas con posible contaminación ambiental como la Ley de Hidrocarburos, Ley de Minería o la Ley Forestal, entre otras, obligan la presentación de planes de manejo para empresas mineras, madereras o petroleras en áreas frágiles con sanciones como la suspensión de las licencias ambientales en caso de incumplimiento. Sin embargo, muchos de los planes de manejo son documentos “formato” realizados con una pobre descripción de actividades y limitado conocimiento técnico por consultores que tienen acuerdos con los funcionarios públicos que tienen la capacidad legal de aprobación de dichos planes.

Otras herramientas que se han incluido en normas legales y que buscan de alguna manera incluir éste principio son tasas, multas y sanciones a nivel municipal. Pero las sanciones que los municipios aplican desde el punto de vista económico son irrisorias si las comparamos con el daño ambiental causado y la capacidad punitiva es prácticamente nula.

Finalmente en caso de concurrir a los juzgados nacionales para obtener una indemnización por daño ambiental todavía no existen jueces especializadas en éste Derecho y los jueces

---

<sup>44</sup> Muñoz, Macarena. Obra Citada. Pág. 10.

civiles quienes juzgan estas acciones siguen aferrados a los principios clásicos de la responsabilidad civil subjetiva sin lograr todavía superar el paradigma mental que no es necesario una ley o reglamento para efectivizar el mandato constitucional o los tratados internacionales de derechos humanos cuya aplicación debe ser inmediata y directa mediante una correcta interpretación, papel primordial para el juez, en un estado de derechos.

## 1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO Y PRIMACÍA DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

### **1.4.1 Evolución del Neo-constitucionalismo.**

Esta corriente jurídica tiene su origen en Italia y Alemania después de la Segunda Guerra Mundial debido a que sus sistemas jurídicos sufrieron un cambio total como reacción a las acciones de Hitler cuando utilizó a los órganos jurisdiccionales a su antojo. Alemania desarrolla su jurisprudencia a la sombra del neo-constitucionalismo durante las décadas de los cincuenta y sesenta del Siglo XX. Se busca sobre todo una aplicación más ética del Derecho poniendo en primer lugar la dignidad del hombre y sus derechos fundamentales.

El sostén primordial del neo-constitucionalismo son los derechos fundamentales, los cuales gozan de “irrebatible legitimidad”. Si bien en Alemania de mediados del Siglo XX no se perseguía que esta corriente tuviera una aplicación mundial en pocas décadas como es lógico ha sido incluida en una gran cantidad de ordenamientos jurídicos de avanzada.

El neo-constitucionalismo a más de defender los principios que desde la Revolución Francesa se han ido desarrollando como la fraternidad, igualdad, solidaridad y los más modernos subsidiaridad, seguridad jurídica entre otros, busca limitar los poderes de los estados, mediante la aplicación de un nuevo orden de valores jurídicos.

La Constitución mal llamada “norma suprema” hasta hace pocos años tenía en la realidad una mera función simbólica y en la mayoría de países el control constitucional no tenía aplicación real, recordemos nuestro antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales como un buen ejemplo. Eran las normas legales y reglamentarias las que eran empleadas por los jueces y en muy limitados casos estos se atrevían a interpretar alguna norma constitucional para aplicarla a casos concretos, los jueces hacían esto por un lado porque las Constituciones eran simples declaraciones de Derechos y por otra por el temor de ser culpados de tomar funciones que no les corresponden, ya que dicha interpretación estaba limitada al poder legislativo que como es obvio no iba a realizar dicha exégesis para casos entre particulares.

El neo-constitucionalismo cambia esta realidad y con la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución permite que ésta no sea exclusivamente una enunciación de derechos o un manual sobre las atribuciones de ciertas autoridades del Estado sino que permite la concreción de fines sustantivos.

Según Víctor Bazán, “la Constitución deja atrás su función formal y hasta cierto punto cuasi expectante; para “transformarse” en parte más activa y protagónica del mismo y orientar de una manera mucho más justa la convivencia ciudadana de nuestros días”.<sup>45</sup>

Una aspiración del neo constitucionalismo es un Estado en el que la jurisdicción constitucional esté sobre la legalidad y que todo poder estatal sea controlado por dicha jurisdicción. Siendo así la jurisdicción constitucional se vuelve la garante de última instancia para que cualquier materia jurídica tratada responda y esté alineada con las normas constitucionales jerárquicamente superiores y de aplicación directa e inmediata. Bajo esta realidad todo juez es constitucional y deberá aplicar la justicia no solamente limitándose a lo legal sino sobre todo interpretando la Constitución mediante la técnica jurídica y con base en realidades y vicisitudes de tipo político, económico, ambiental y

---

<sup>45</sup>Bazán, Víctor. 2005. **Neo-constitucionalismo o Derecho por Omisión**, Artículo Publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional Argentino, Octubre 2005.

social. “Estamos, pues, ante el advenimiento y entronización del (aunque no consolidado, ni totalmente desarrollado): Paradigma del Estado Constitucional”.<sup>46</sup>

#### **1.4.2 Primacía de los Derechos y Principios Constitucionales en Ecuador.**

En las aulas universitarias se inculca que cualquier rama del Derecho es un resultado social, por lo tanto, el nivel de influencia que tienen las corrientes jurídicas en los diferentes sistemas nacionales dependen de aspectos culturales. Siendo así, no podemos hablar de un neo-constitucionalismo universal. Obviamente que hay principios universales del Derecho y si hablamos de Derechos fundamentales estos tienen un reconocimiento prácticamente global. Sin embargo, las influencias neo-constitucionales en cada país tienen matices propios que responden a realidades históricas y circunstancias políticas.

Nuestro país no escapa de esta realidad y nuestra nueva Constitución declara que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos. Esta norma expresa el objetivo más importante del neo-constitucionalismo e implica un cambio de ciento ochenta grados en la aplicación del Derecho en nuestro país.

La Constitución Ecuatoriana en su Art. 424 señala la supremacía de la norma constitucional y de los tratados de Derechos Humanos sobre cualquier ley, reglamento u otras normas. De este mandato constitucional se desprenden varias consideraciones de suma importancia no sólo para el Derecho Ambiental sino para todo nuestro sistema jurídico.

En primer lugar toda norma debe estar alineada con la Constitución y los tratados de nivel constitucional. En segundo lugar de la Supremacía Constitucional se desprende el principio de “Jerarquía de las Fuentes del Derecho” ya que la Constitución como norma fundamental regula la creación del Derecho.

---

<sup>46</sup> Torres, Jorge. **Neoconstitucionalismodesafios y riesgos**, Artículo Publicado en: <http://www.conocimientosweb.net/portal/article1169.html> Acceso: 29/09/2011

A lo largo de los años varios principios ambientales han sido reconocidos por la comunidad internacional y han sido incorporados en nuestra legislación. El Derecho ambiental se ha originado con base a estos principios jurídicos. Por la importancia que tienen y que son fundamento del Derecho ambiental de manera amplia se trató anteriormente sobre los Principios de Precaución y Prevención. Nuestra Constitución recoge esos principios pero además incluye otros que son inspirados por corrientes neo-constitucionalistas. La ley local debe encuadrarse en estos principios, por lo que el legislador los debe tomar en cuenta al momento de redactarla y el juez al momento de aplicarla.

Wiltón Guaranda Mendoza realiza una enumeración de los principios que la Constitución del año 2008 ha recogido y que a continuación sintetizo<sup>47</sup>:

1. Principio de Desarrollo Sustentable.- La primera vez que se menciona la palabra “desarrollo sostenible o sustentable” es en el año de 1968 por parte del Club de Roma cuando se expresa de manera explícita la necesidad de proteger el ambiente ante las circunstancias negativas de la contaminación ambiental. Una definición de Desarrollo Sustentable que recoge el sentido más importante del principio es la de nuestra Ley de Gestión Ambiental en su glosario lo define como “el mejoramiento de la calidad de vida humana dentro de la capacidad de carga de los ecosistemas; implica la satisfacción de las necesidades actuales sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones” definición concordante con las enunciadas por tratados y convenios internacionales.

A más de la Ley de Gestión Ambiental, esta definición con el mismo sentido que el señalado es recogida en la Ley de Régimen Municipal, Ley de Régimen Provincial, Ley de Hidrocarburos, Ley de Minería entre otras. Por lo que se puede señalar que el principio de desarrollo sustentable está incorporado en nuestra legislación incluso con anterioridad a la promulgación de la nueva Constitución, en la cual aparece en el artículo 395 Num.1 “El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas (...)”.

---

<sup>47</sup> Guaranda, Wilton. Obra Citada. Pág. 55 -62.

2. Principio de Gestión Transversal.- La transversalidad en el tema ambiental en el Ecuador determina que toda actividad productiva o de obra pública realizada por personas jurídicas o naturales, entes privados o públicos debe considerar de manera obligatoria las disposiciones de política ambiental en su ejecución.

Nuestra Constitución en el artículo 395 Num. 2 establece “Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas (...)”.

Estas políticas ambientales al ser ejecutadas buscan la sustentabilidad ambiental y el mejoramiento en la calidad de vida de los ciudadanos.

3. Principio de Participación.- Este principio es de suma importancia en el tema ambiental, ya que permite que personas o comunidades que pueden ser afectadas por obras o actividades de diversa índole expresen sus temores, puedan opinar, dar recomendaciones y ejercer presión para evitar un daño ambiental.

Si bien la normativa ambiental incluye a la participación como es el caso del artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental, donde se señala “ Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental , a través de mecanismos que para el efecto establecerá el Reglamento (...)”, no se ha normado de manera clara la forma de ejecutar este derecho y en muchos casos la ley se limita a señalar que dicha participación se ejercerá de acuerdo a lo que señale la ley o la autoridad sin que la misma ley o la autoridad mencionen nada al respecto. Esto lo podemos ver incluso en nuestra propia Constitución en el artículo 57 que garantiza el Derecho Colectivo<sup>48</sup> a la consulta previa y señala en el

---

<sup>48</sup> Al respecto cabe referirse al comentario que hace Mario Melo a la Sentencia de la Corte Constitucional del 18 de Marzo del 2010 (001-10-SIN-CC): *Esta sentencia al referirse al artículo 90 de la Ley de Minería relacionado a la consulta previa a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la Corte advierte que “adolece de un grave problema que podría acarrear una eventual vulneración a derechos colectivos” (página 48) pues dicho artículo somete dicho procedimiento a la consulta ambiental ciudadana prevista en el artículo 398 de la Constitución cuando lo correcto es que se someta a lo previsto en el artículo 57 de la Constitución que se refiere a los Derechos Colectivos Indígenas.*

*Queda claro que en todos los artículos citados la Corte encuentra incompatibilidades con derechos constitucionales. Evidentemente dichas incompatibilidades acarrear inconstitucionalidad de fondo. Allí es cuando la Corte apela al Activismo Judicial para, inspirada en jurisprudencia constitucional extranjera, especialmente en fallos de la década de los 90 de la Corte Constitucional Colombiana, aplicar el “principio de conservación del derecho” y salvar a dichos artículos mediante una sentencia “atípica” que declara la constitucionalidad de artículos que atentan contra derechos constitucionales, condicionada a que “no se apliquen respecto de los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas,*

numeral 7 “ La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la ley y la Constitución”. Sin embargo, más adelante la Constitución no aclara el procedimiento sino que simplemente vuelve a señalar algo similar en el artículo 398, literal 3 “Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motiva de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la Ley”.

Normalmente la forma en que se debe llevar a cabo los procesos de participación se han normado a través de Decretos Ejecutivos, pero éstos responden a los intereses de la autoridad de turno.

Así tenemos el Decreto Ejecutivo 1040, que señala “la participación social son los mecanismos para dar a conocer a una comunidad afectada/interesada, los proyectos que puedan conllevar riesgo ambiental, así como sus estudios de impacto, posibles medidas de mitigación y planes de manejo ambientales”.<sup>49</sup>

Es obvio que por parte de la autoridad existe temor de permitir la ejecución plena de este principio ya que también podría convertirse en un grave limitante para la obra pública o la consecución de fondos mediante la implementación de proyectos tales como los petroleros o mineros. En el Decreto 1040 se señala solamente a la comunidad “afectada o interesada” con lo que se estaría excluyendo a otra parte de la ciudadanía. Hay que considerar que en temas ambientales es muy difícil determinar a los “directamente afectados” porque la contaminación es un proceso que sobrepasa las barreras geográficas o sitios específicos. Esto también se puede observar cuando la consulta previa en nuestro país no tiene poder vinculante como en otros países.

---

*afroecuatorianas y montubias”. (página 59) todo esto “en aras de afirmar la seguridad jurídica y en especial la gobernabilidad del Estado, evitando, de esa manera, sustituir al constituyente o al legislador.” (página 48, resaltado en el texto citado).*

<http://movilizacionantiminera.blogspot.com/2010/04/comentarios-la-sentencia-de-la-corte.html>

<sup>49</sup> Decreto Ejecutivo N. 1040. Registro Oficial N. 332 de 8 de Mayo de 2008.

La participación, al estar orientada bajo los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad significa que los resultados de la consulta deben conducir a algo, ese algo debe estar limitado a la no restricción del ejercicio de los derechos y la plena inclusión de la ciudadanía en todas las etapas de participación.<sup>50</sup>

De lo citado, podemos señalar que el proceso de participación en nuestro país todavía no es ejecutado de manera plena y se lo realiza en muchos casos como una forma de cumplir con formalidades sin tomar en cuenta en último término la opinión ciudadana y ejecutando la obra o actividad a toda costa.

4. Principio de Prevalencia o Pro Natura.<sup>51</sup>- Los abogados han estado por largo tiempo familiarizados con los principios indubio pro operario y pro reo aplicables en el campo laboral y penal. En nuestra Constitución del año 2008 se ha incluido el indubio “pro natura” que es una herramienta jurídica que puede ser usada de manera efectiva en temas ambientales. En el artículo 395 Num.4 se indica que “en caso de duda sobre la aplicación de las normas legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”.

Esta norma constitucional de aplicación obligatoria refuerza la capacidad del juez para interpretar la ley y aplicarla en favor de la naturaleza y permite la protección de los derechos de la Naturaleza.

Muchos juristas han señalado que la Naturaleza no es sujeto de derechos ya que tal concepción tendría sentido de existir por parte de la naturaleza la contraparte de sus obligaciones y esto no es posible ya que la naturaleza no es una persona. Sin embargo, bajo esta concepción qué se puede decir del recién nacido o del ser en gestación. ¿Acaso alguien puede dudar que sea persona y que tenga derechos?; pero, ¿dónde están sus obligaciones?. Si solamente las personas naturales tienen derechos y obligaciones qué podemos decir de las personas jurídicas.

---

<sup>50</sup> Guaranda, Wilton. Obra Citada. Pág. 63

<sup>51</sup>Ibidem. Pág. 64.

Para rebatir aún más la opinión civilista señalo que el Derecho se encuentra en constante evolución y nuevas formas jurídicas son creadas para regular las relaciones sociales, normas que hace poco tiempo no tendrían sentido son actualmente válidas. Esta evolución jurídica se ha dado desde las sociedades mesopotámicas y vemos como con el pasar del tiempo entes y personas adquieren derechos. Los esclavos, la mujer, las personas jurídicas entre otros no tenían derechos e incluso no existían hasta poco menos de cien años.

El Derecho tiene como misión proteger no sólo a personas sino también regular “situaciones o entes” que se encuentran en vulnerabilidad. Obviamente la aplicación del Derecho Civil clásico a estas nuevas realidades muchas veces no es posible y en lugar de que ciertos juristas se dediquen a criticar o considerar como imposibles estas nuevas instituciones deberían utilizar su sapiencia y energía a configurar estas nuevas instituciones a la luz de la lógica y técnica jurídica para que su aplicación sea concordante con el mundo actual.

Considerar a la naturaleza como un ente jurídico corpóreo real con derechos propios para evitar su deterioro tiene sentido, ya que de ello depende el cumplimiento de derechos fundamentales del ser humano “el vivir en un ambiente sano” y también el evitar el colapso de la humanidad de seguir con los procesos extractivos y contaminantes por privilegiar la obtención de recursos económicos en los estados.

5. Principio de Restauración integral.<sup>52</sup>- Nuestra Constitución en el artículo 72 señala que “La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados”.

El juez debe tener en cuenta que la indemnización pecuniaria por daño ambiental es solamente una parte del resarcimiento de dicha acción pero es complementaria de la

---

<sup>52</sup>Ibidem. Pág. 75.

misma. La restauración “integral” es obligatoria para todos los casos y en mi opinión la más importante, ya que busca eliminar los efectos nocivos que causaron o pueden seguir causando daño ambiental y al ser “integral” la remediación que se ejecute debe propender a que la zona afectada quede en un estado similar al que se encontraba antes del daño.

Tal restauración técnicamente es muy poco probable ya que la naturaleza necesita de cientos o miles de años para lograr recrear el hábitat. Dada esta imposibilidad en la mayoría de casos es menester que el juez aplicando la ley y la equidad trate de resarcir ese daño mediante la indemnización pecuniaria que el campo ambiental debe ser muy alta por la naturaleza del bien jurídico afectado.

6. Principio de imprescriptibilidad.<sup>53</sup>- La prescripción de las diferentes acciones que se pueden llevar a cabo en un sistema jurídico está determinada por la ley. Dicha prescripción tiene sentido debido a que la mayoría de acciones no pueden perdurar en el tiempo.

Con el devenir del tiempo, la prescripción de acciones como regla general ha empezado a tener excepciones y han aparecido en los diferentes ordenamientos jurídicos ciertos casos de imprescriptibilidad. Esta excepción se basa en el hecho que el bien jurídico afectado colectivamente es de suma importancia, por lo tanto se protege un “interés colectivo o generacional”, dicho acto o comportamiento ilegal es tal que pone en peligro la paz y existencia de la vida misma.

Para el caso de delitos contra el medio ambiente se cumplen los requisitos señalados anteriormente incluso de una manera superior a otros casos de imprescriptibilidad como son el peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, crímenes contra la humanidad, en los cuales por su violación no ponemos en riesgo la vida misma de una sociedad o de individuos. En el caso ambiental si lo hacemos incluso a nivel incluso global.

---

<sup>53</sup>Ibidem. Pág. 78.

Dadas las implicaciones que tienen los delitos ambientales sobre la vida de todos los seres vivos es por demás oportuno que nuestra Constitución en el artículo 396 haya recogido este principio y señale que las acciones para perseguir daño ambiental sean imprescriptibles.

7. Principio de Información.<sup>54</sup>- Este principio se encuentra entrelazado con el de participación. Ya que mediante la información que se recibe sobre determinado plan la comunidad podrá participar esgrimiendo opiniones y sugerencias.

Pero hay que comprender que el Derecho Constitucional a tener acceso a la información debe ser complementado con una información completa, oportuna y veraz. Es común que en temas mineros y petroleros gran parte de información necesaria se oculta aduciendo reserva por motivos técnicos o de seguridad nacional.

El operador jurídico al juzgar hechos en los que se acuse de desinformación debe tomar en cuenta si el caso responde realmente a la necesidad de reserva por factores especiales o simplemente era una forma de coartar la participación y de esa manera ejecutar una actividad de la que se desprende daño ambiental.

En un estado “Constitucional de Derechos”, la aplicación de los principios y normas constitucionales es obligatoria y su primacía es irrefragable. Por lo tanto el juez al aplicar la norma jurídica para tener como resultado la justicia, deberá ante todo ejecutar los mandatos constitucionales e interpretar cualquier norma en función de los principios constitucionales y Derechos Humanos.

El Tratadista Argentino Richar Gallego señala al respecto dos consecuencias importantes a tener en cuenta:

---

<sup>54</sup>Ibidem. Pág. 80.

1. La validez de todo el ordenamiento jurídico del Estado va a estar subordinado a su adecuación formal y sustancial a las disposiciones contenidas en la Ley fundamental; y
2. El principio de “supremacía constitucional” también se convierte en la más eficiente garantía para la libertad y la dignidad del individuo, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos dentro de las reglas que prescribe la Ley Fundamental (la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional).<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Gallego, Richard. 2006. **Declaración de Inconstitucionalidad: El Control Difuso y el Concepto del Poder; Ventajas e Inconvenientes del Sistema.** Artículo Publicado en revista electrónica e-derecho. Acceso: 29/09/2011.

## CAPITULO II.

### 2. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR DAÑO AMBIENTAL.

#### 2.1 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (SUBJETIVA) A LA RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL (OBJETIVA) EN MATERIA AMBIENTAL.

La responsabilidad de manera amplia consiste en “la obligación de reparar y satisfacer un daño”<sup>56</sup>. Existen varios tipos de responsabilidad y así tenemos:

La responsabilidad moral que proviene de infringir los mandatos de la moral o de la religión. Es moralmente responsable el que ejecuta un hecho o incurre en una omisión contraria a la moral o a su religión. La responsabilidad moral suscita un mero problema de conciencia, que se plantea en el fuero interno de la persona, no perturba el orden social y queda fuera del dominio del Derecho.<sup>57</sup>

En el campo del Derecho la responsabilidad se denomina jurídica. Arturo Alessandri señala que la responsabilidad jurídica puede ser civil y penal y “es la que proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro o que la ley pena por ser contrario al orden

---

<sup>56</sup>Diccionario Ilustrado de la Lengua Española Aristos. 1982. Pág. 545.

<sup>57</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo. 1981. **De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil**. Pág. 10.

social”.<sup>58</sup> Cabe señalar que la responsabilidad civil busca un resarcimiento de tipo privado o personal, mientras que la responsabilidad penal busca un resarcimiento para toda la sociedad.

La responsabilidad civil “puede ser contractual o extracontractual; esta a su vez puede ser objetiva o subjetiva”<sup>59</sup>. En el caso de la responsabilidad contractual esta nace “del incumplimiento, retraso en el cumplimiento, o del cumplimiento defectuoso de una obligación pactada en un contrato”.<sup>60</sup> La responsabilidad extracontractual nace debido a un suceso en la que el causante del perjuicio no tenía ninguna relación anterior o nexo jurídico con el perjudicado pero el daño infringido ocasiona el nacimiento de la relación jurídica y la obligación de reparar el daño causado.

### **2.1.1 La Teoría de la Culpa origen de la Responsabilidad Civil Extracontractual Subjetiva.**

La responsabilidad civil subjetiva fue incorporada en la ley a partir del amplio desarrollo que durante varios años realizaron distintos juristas sobre la Teoría de la Culpa. Entre los exponentes más importantes de esta teoría encontramos a los hermanos MAZEUD, quienes señalan “la culpa debe ser mantenida como requisito y fundamento de la responsabilidad civil. Tal es el principio; no hay responsabilidad civil sin una culpa”<sup>61</sup>. El pensamiento de estos filósofos del Derecho de manera sucinta se la puede resumir en que la responsabilidad civil solamente puede nacer de un acto doloso o culposo, el cual debe estar tipificado por la ley para que el juez pueda determinar de manera clara si existe tal responsabilidad y el resarcimiento aplicable para cada caso. De no ser así, el Juez tendría una libertad absurda para sentenciar con total discrecionalidad, lo que contrariaría el sistema jurídico dejando abierta la posibilidad de una sentencia ilegal, injusta e inequitativa.

---

<sup>58</sup>Ibidem. Pág. 26.

<sup>59</sup>Irrisari Boada, Catalina.2000. **El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano**. Tesis.16h.

<sup>60</sup>Ibidem. 17h.

<sup>61</sup>Mazeaud, Henri y León . 1961. Jean. **Lecciones de Derecho Civil**. Parte segunda, Vol. II. Pág. 91.

Esta teoría sustenta que el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la conducta del autor del daño, es decir, que para determinar si se está en presencia de responsabilidad no basta con que se presente un daño, sino que es necesario que ese daño haya devenido del actuar doloso o culposo del autor del daño. Es así como para establecer la responsabilidad extracontractual basados en la teoría subjetiva o teoría clásica de la culpa, es necesario que se presenten tres elementos, a saber; el daño, el actuar doloso o culposo del actor y la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto generador del daño. Así, una vez constatada la presencia de estos tres elementos, se está en presencia de una responsabilidad la cual genera el deber de indemnizar los perjuicios por parte del agente generador del daño (quien actuó con culpa o dolo) a la víctima del mismo<sup>62</sup>.

La teoría de la culpa es recogida por nuestro Código Civil y es así como el artículo 29 define las tres especies de culpa que nuestra legislación reconoce:

Culpa grave o culpa lata, consiste en no manejar los negocios ajenos con el cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa equivale a dolo.

Culpa leve, descuido leve o descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.<sup>63</sup>

Como es obvio, la teoría de la culpa se halla fuertemente arraigada en la gran mayoría de jueces y abogados ecuatorianos que desde las aulas universitarias han recibido una orientación civilista subjetiva. Si bien la responsabilidad subjetiva tiene doctrinariamente un amplio desarrollo y no se puede negar su importancia en el campo del Derecho para juzgar un sinnúmero de casos civiles puede entrar en conflicto cuando de daño ambiental se trata. En el tema ambiental la teoría de la culpa puede ser aplicada para determinar la

---

<sup>62</sup>Irrisari Boada, Catalina. Obra citada. 23h.

<sup>63</sup>Código Civil Ecuatoriano, 2010. Corporación de Estudios y publicaciones, Quito. R.O-S 46: 24-jun-2005.

existencia de dolo o culpa de existirlo. Sin embargo, como veremos en el numeral siguiente, al ser el Derecho Ambiental un Derecho Humano, la teoría de la culpa ha sido rebasada en muchos casos para eventos de daño ambiental.

### **2.1.2 La Teoría del Riesgo origen de la Responsabilidad Civil Objetiva.**

El Derecho Romano originario consideraba solamente a la responsabilidad objetiva al señalar que a cada persona le corresponde una pena por el daño causado sin hacer otro tipo de consideraciones, es decir excluye la culpa. Con el avance jurídico en el Siglo XVIII se incluye la idea culpa-dolo para atribuir responsabilidades. Idea que es recogida por el Código de Napoleón en el año de 1804 y que pasará a las legislaciones americanas incluyendo la nuestra.

Las teorías subjetivas eran consideradas de avanzada en los siglos XVIII y XIX. Sin embargo, debido a la invención de la máquina de vapor y otros artefactos mecánicos surgen nuevos problemas que deben ser regulados por el Derecho. Catalina Irrisari señala: “...este invento ocasionó accidentes de trabajo. Pero, a la luz de la teoría de la culpa no existía dolo ni culpa por parte del propietario del medio de producción por lo que el trabajador no era indemnizado”<sup>64</sup>. Ante esta situación a todas luces injusta en Europa de mediados del siglo XIX se excluye la relación culpa-dolo para ciertos casos especiales y surgen ideas jurídicas que retoman la idea originaria de los romanos sobre el daño desarrollándose la teoría del riesgo.

Juan Ospina señala: “Ésta teoría expone la responsabilidad objetiva. Se prescinde de la culpa y se tiene en cuenta los otros dos dispositivos de la responsabilidad civil: el perjuicio y la relación de causalidad”.<sup>65</sup>

El mismo autor resume las dos ideas de FLOUR Y AUBERT sobre la teoría del riesgo:

---

<sup>64</sup>Irrisari, Catalina. Obra Citada. 25h.

<sup>65</sup>Ospina, Juan Carlo y Pinzón, Ana. 2010. **De la culpa a la responsabilidad objetiva, aplicación de la culpa en los casos de responsabilidad civil.** Monografía. 80h.

Primera idea. El riesgo creado. Cuando un individuo introduce un perjuicio en la vida social, debe ser a sus riesgos y no a los de otros. Toda actividad perjudicial, aún no culposa, debe generar responsabilidad.

Segunda idea. El riesgo es contrapartida del provecho. El hombre recoge los beneficios de su actividad, pero debe soportar las cargas.<sup>66</sup>

El daño causado nace de una actividad y la relación de causalidad es de suma importancia para guiar al Juez en la aplicación de una pena. En ciertos casos la relación de causalidad es obvia como cuando un trabajador pierde un dedo en una máquina de trabajo y peor aún si esto sucede por fallas mecánicas imputables al propietario del medio de producción, en otros casos su determinación requiere de un análisis profesional detallado de acuerdo a la materia de que trate, siendo en el tema ambiental en la mayoría de casos necesarios peritajes extensos y sumamente costosos.

A finales del Siglo XIX y durante el Siglo XX esta teoría tiene su mayor aplicación práctica en temas laborales, ya que la influencia socialista en el Derecho busca la protección del trabajador que se encuentra en una situación de desventaja frente al empleador.

Autores de pensamiento socialista llegan a sugerir extremos en la aplicación de la teoría del riesgo y así tenemos casos como el que cita MAZEUD al señalar que tratadistas como JOSSERAND “sugirieron la eliminación de la culpa como requisito esencial de la responsabilidad civil, estableciendo que todo acto obliga a su autor a una reparación”.<sup>67</sup>

Como vemos la responsabilidad civil objetiva no es antagónica con la responsabilidad subjetiva. Es complementaria y aplicable a ciertos casos en los que al no existir culpa o dolo la aplicación de la responsabilidad subjetiva ocasionaría una injusticia. Desde el punto de vista social el Derecho debe brindar protección a personas o grupos vulnerables que se hallan en relación de desigualdad frente a otros ya sea por factores económicos,

---

<sup>66</sup>Ibidem. 80h.

<sup>67</sup>Mazeaud, Henri y León, Jean. Obra citada. Pág. 87.

físicos o tecnológicos. Siendo así, es justo que el Derecho haya creado instituciones jurídicas que busquen equiparar estas inequidades que también son comunes en el campo ambiental. En nuestro país la naturaleza constitucionalmente es un sujeto de derechos que se halla en estado de vulnerabilidad frente a actividades humanas causantes de daño ambiental, más adelante analizaremos este hecho.

### **2.1.3. Conceptualización de la responsabilidad extracontractual objetiva en materia ambiental constitucional.**

Como se señaló anteriormente el Código Civil ecuatoriano desarrolla de manera detallada y concordante la teoría de la culpa y la responsabilidad subjetiva.

La responsabilidad civil es una obligación surgida, tal como lo prescribe el artículo 2214 del Código Civil, de un delito o cuasidelito que ha inferido un daño a otro; y es una obligación civil, porque al tenor del artículo 1486 del mismo código, da derecho para exigir su cumplimiento tanto al causante del daño como a sus herederos...el cumplimiento de la obligación civil que nace de la responsabilidad civil es precisamente el pago de la indemnización que en el derecho común se constituye por daño emergente y lucro cesante.<sup>68</sup>

De lo anterior queda claro que el Código Civil solamente toma en cuenta que la obligación surge de un delito; calificación que requiere de la intención de causar daño; o de un cuasidelito; calificación en la que no existe intención dañosa pero si culposa. Esto da como resultado que la aplicación clásica del Derecho Civil en temas de daño ambiental sea muy limitada y es necesaria la aplicación de la responsabilidad objetiva.

Cabe puntualizar que la determinación de dolo o culpa en daño ambiental generalmente es muy difícil y a veces imposible porque los efectos de la mayoría de estas acciones se ven en el largo plazo, ejemplos hay muchos como cáncer, mutaciones genéticas entre otros

---

<sup>68</sup> Narváez, María José. 2008. **La responsabilidad Civil Extracontractual por daños ambientales y las instituciones del Código Civil Ecuatoriano.** Tesis. 57h.

resultados. Igualmente determinar la relación de causalidad en temas de daño ambiental muchas ocasiones requiere de años de estudios y la inversión de ingentes sumas de dinero para contratar técnicos y peritos que puedan emitir una opinión certera sobre el efecto de un químico u otra substancia producida o usada en la actividad causante del daño.

La mayor parte de personas o comunidades perjudicadas por acciones de daño ambiental se hallan en sectores rurales y en nuestros países carecen de recursos económicos para financiar procesos legales y peritajes como los descritos anteriormente. Esto sin duda ocasiona que dichas personas se hallen en una situación de desigualdad y desventaja frente al contaminador quien goza al contrario de los primeros de una alta capacidad económica para llevar a cabo empresas extractivas de recursos naturales.

Además de las personas afectadas, en nuestra Constitución la naturaleza es sujeto de derechos según el artículo 71 y por lo tanto es también directamente afectada por acciones que causan daño ambiental. “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funcionamiento y procesos evolutivos”.

Las ideas anteriormente expuestas sobre todo la de considerar a la Naturaleza como sujeto de derechos rebasan totalmente la concepción de responsabilidad civil subjetiva. Siendo por este motivo y sobre todo porque la Carta Magna lo dispone que es necesaria la aplicación directa de las normas constitucionales por parte del juez en las causas relativas a derechos humanos, siendo una de ellas los temas por daño ambiental. El artículo 426 dispone:

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

La Carta Magna del año 2008 señala en su artículo 396 segundo inciso:

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

Elevar a rango constitucional la responsabilidad objetiva por daño ambiental es un gran acierto del legislador constituyente, ya que brinda al juez civil un instrumento valioso del que no disponía antes del año 2008. Además la responsabilidad constitucional objetiva permite la aplicación jurídica de otros principios internacionales como “El que contamina paga”.

El principio de “el que contamina paga” es parte del Principio 16 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992): “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internacionalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.”<sup>69</sup>

La teoría de la responsabilidad objetiva tiene como regla general que la parte que realiza actividades peligrosas es responsable por el daño ocasionado sin importar la intención. La responsabilidad objetiva es particularmente aplicable en casos de daño al medio ambiente por cuanto obliga a los contaminadores a internalizar los costos por sus actividades riesgosas incorporando el principio “el que contamina paga”.<sup>70</sup>

La responsabilidad objetiva con rango constitucional permite la efectiva aplicación del principio internacional de prevención, ya que los posibles contaminadores “saben que

---

<sup>69</sup> Guaranda, Wilton. Obra citada. Pág. 83.

<sup>70</sup> Alianza Mundial de Derecho Ambiental (Washington). 2009. **Amicus Curiae presentado a CSJ Sucumbíos en caso: María Aguíndá y otros vs. CHEVRONTEXACO**. Pág. 7.

serán responsables por los costos de remediación del daño que causan y tendrán un incentivo importante de evitar dicho daño”.<sup>71</sup>

La aplicación de la responsabilidad objetiva a nivel constitucional es complementada por el artículo 397 que expresa una obligación extremadamente importante por parte del Estado al señalar: “...la obligación del Estado para actuar de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas”. Es decir en caso de daño ambiental el Estado debe restaurar esos ecosistemas afectados de manera “inmediata” y de manera paralela o posterior puede repetir contra el causante del daño, “...el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca...”. Además de establecer la responsabilidad al servidor público responsable de realizar el control ambiental.

La norma anterior es de suma importancia sobre todo en las causas que son iniciadas por individuos o comunidades pobres, ya que el Estado debe subsanar el daño no solamente con acciones administrativas y judiciales contra el contaminador sino con inversión económica directa de manera inmediata.

Si bien a todas luces la aplicación de la responsabilidad objetiva constitucional en temas de daño ambiental es obligatoria por parte de los jueces nacionales, muchos de ellos todavía mantienen el paradigma mental que dichos casos deben ser solucionados mediante vía legal exclusivamente y aplicando la responsabilidad subjetiva del Código Civil. Esta idea surge principalmente por desconocimiento. Es necesario, por lo tanto, que se los instruya en este importante aspecto para evitar fallos judiciales deficientes y en muchos casos inconstitucionales para el caso de daño ambiental.

---

<sup>71</sup>**Green Paper in Remediating Environmental Damage.** Com97. European Union Commission documents.14/05/1993. Bruselas.

## 2.2 DETERMINACION DEL DAÑO AMBIENTAL.

Previo al proceso jurídico y técnico para determinar la existencia del daño ambiental es menester definirlo. Desde el punto de vista doctrinario cabe diferenciarlo del impacto ambiental, ya que son dos temas que se confunden mutuamente.

Al respecto Carlos Gherzi señala:

(...) el impacto ambiental es el daño que recae sobre el patrimonio ambiental de la comunidad por cualquier acción que también podría ser omisión del hombre, que provoque cualquier alteración o modificación al ambiente y que afecte negativamente la calidad de vida humana o sus condiciones de desarrollo económico social en el ámbito de la actividad humana; mientras que daño ambiental es la afectación de carácter individual ocasionada a personas determinadas por incidencia del impacto ambiental.<sup>72</sup>

Esta definición aclara que el impacto ambiental es de tipo general y el daño ambiental es la afectación particular.

María José Narvárez citando a Carlos Soto apunta:

El daño ambiental ha de entenderse como los perjuicios que se causen o pudieran causarse al medio ambiente, es decir, a los recursos naturales o al patrimonio cultural en general, independientemente que, como consecuencia de un daño al medio ambiente (por ejemplo, contaminación del aire), se produzcan daños a las personas (enfermedades) o a sus bienes (perjuicio en las cosechas).<sup>73</sup>

Este autor en cambio llama daño ambiental a los perjuicios de tipo general que se causen al ambiente.

---

<sup>72</sup>Gherzi, Carlos. 2004. **Daños al ecosistema y al medio ambiente**. Pág. 27

<sup>73</sup> Narvárez, María José. Obra citada. Tesis. 16h.

En el Glosario de la Ley de Gestión Ambiental se define al daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento o a la renovabilidad de sus recursos”.<sup>74</sup>

Podemos señalar que con esta definición legal no es necesario profundizar en la diferencia entre impacto y daño ambiental ya que estos dos conceptos son contenidos de manera indiferenciada en la definición dada por la Ley citada y el juez la aplicará al ser la norma vigente en nuestro país.

### **2.2.1 Ilicitud y Antijuridicidad en el Daño Ambiental.**

Muchos tratadistas como GUILLERMO SAUER y CARLOS BINDING consideran sinónimos los términos ilicitud y antijuridicidad. Sin embargo, JIMENEZ DE ASUA hace una distinción al señalar que el concepto de ilicitud sirve para establecer la antítesis entre el comportamiento jurídicamente obligatorio y el efectivamente seguido por una persona, en cambio antijuridicidad es la no conformidad de una situación de hecho con un estado querido por el Derecho, lo cual implica no sólo la lesión de un deber jurídico, sino de un bien o interés protegido por el Derecho, esto es la violación de la obligación jurídica como de la norma jurídica.

CARRARA, para quien lo antijurídico no pasó de ser un concepto meramente formal, sintetizado en la relación contradictoria entre el hecho humano y la ley dictada por el Estado.

PORTE PETIR señala que lo antijurídico es la violación de una norma pero además la ausencia de una causa de justificación.

---

<sup>74</sup> Ley de Gestión Ambiental Ecuatoriana. Obra citada.

Una acción ilícita será definida como tal o como antijurídica cuando dicha acción viola una norma jurídica que ha sido impuesta por el ordenamiento estatal. Por lo tanto, el ilícito jurídico presupone siempre la existencia de normas, pues implica la violación de una regla.

La inobservancia de las obligaciones que determina el Derecho cuando la persona que debe obedecer actúa de modo contrario o diferente al establecido por la norma es un acto ilícito. Comete por tanto, incumplimiento lo mismo el que viola frontalmente el deber jurídico o cuando el sujeto obligado se comporta de un modo contrario o extraño al preestablecido por la norma que le obliga.

Según la doctrina iusnaturalista, se considera que la licitud de una conducta es una variable dependiente del concepto del bien, y por consiguiente, la ilicitud se determina como un mal. El Derecho operaría entonces como un instrumento represivo del ilícito, considerado como un mal, atribuyendo una sanción que suponga un castigo o un mal para el sujeto culpable.

La teoría positivista, especialmente la posición de Kelsen, desechaba cualquier referencia extrajurídica cuando define los conceptos fundamentales. Así, el ilícito es una condición del Derecho. En ningún caso el ilícito podrá ser calificado como antijurídico, cuando precisamente con la comisión de una conducta antijurídica se pone en marcha todo el mecanismo jurídico.

Al resumir el pensamiento de KELSEN sobre el acto ilícito y el acto antijurídico se puede señalar que la ilicitud es una cualidad de los actos jurídicos. Estos actos pueden ser lícitos o ilícitos. Son ilícitos los que se realizan a pesar de la prohibición por parte del Derecho. Usar el término antijurídico es erróneo y se debe hablar de acto jurídico ilícito. Opinión que comparto.

Ahora bien, queda claro que desde el punto de vista doctrinario hay tratadistas que confunden los dos términos, otros no consideran importante la diferenciación y finalmente se señala que la expresión antijurídica es errónea. Desde la concepción de la responsabilidad Civil y Penal esta diferenciación puede ser muy sutil. Pero en el tema ambiental es importante aclarar estos conceptos para poder determinar la responsabilidad de la persona que produce el daño.

María José Narvaéz citando a GHERSI y LORENZETTI señala:

(...) la afectación del ambiente constituye de por sí una actividad contraria a Derecho, es decir, antijurídica, ya que existiendo el derecho a vivir en un ambiente sano, la ilicitud surge de la mera circunstancia de alterar a ese bien, y que en los casos de daño ambiental, el factor de atribución es objetivo, ya que quien crea el riesgo al ambiente es el que debe resarcir.<sup>75</sup>

En el Derecho ambiental a más del ilícito jurídico o del acto mal llamado “antijurídico” por el mismo Kelsen, es necesario también tomar en cuenta el término “injusto”, que podría ser catalogado por muchos puristas como un concepto muy general que no necesariamente abarca el tema legal y que por lo tanto no se debería incluir en un trabajo jurídico como éste. Sin embargo, considero que este término nos da luces en el tema abordado. MOSSET señala de una manera muy didáctica lo siguiente:

La conducta activa o pasiva del agente para merecer sanción resarcitoria debe, en primer lugar, ser contraria a Derecho...pero que el punto de inflexión de la antijuricidad se ha desplazado de la conducta del agente (visión subjetiva) al resultado de ese obrar activo o pasivo (visión objetiva). En este caso la preocupación del Derecho es el “daño injusto” a partir del principio alterum non laedere (no dañar al otro), que cuando es transgredido convierte al acto inicialmente lícito, más que en ilícito, en injusto. Es esta la razón por la que el ordenamiento jurídico ha admitido responsabilidad en daños causados por conductas lícitas y esa “licitud inicial” no impide que se sancione el resultado es decir “el daño injustamente padecido” a pesar de existir autorización del mismo

---

<sup>75</sup>Narvaéz, María José. Obra citada. Tesis. 16h.

Estado para ejecutar una actividad, pero en ningún caso está se puede interpretar como “autorización para dañar”.<sup>76</sup>

Con el pensamiento de este autor es claro analizar que desde la óptica del Derecho Ambiental si bien una persona puede realizar actividades extractivas siguiendo todos los parámetros técnicos y legales respectivos, no por eso necesariamente estaría realizando un acto jurídico lícito ya que también debe observar el Principio de Prevención, de no hacerlo surge el ilícito por haber causado daño a la naturaleza y/o un tercero.

Vale en este momento recordar el artículo 397 de nuestra Constitución que señala:

“(…) la obligación del Estado para actuar de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas”. Es decir en caso de daño ambiental el Estado debe restaurar esos ecosistemas afectados de manera “inmediata” y de manera paralela o posterior puede repetir contra el causante del daño, “(…) el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca (…)”. Además de establecer la responsabilidad al servidor público responsable de realizar el control ambiental.

Artículo que es complementado por el artículo 11 numeral 9 de la Carta Magna que señala:

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

El Estado es garante de aquel que realiza el daño, es obvia esta disposición tomando en cuenta por un lado que el Estado es quien autoriza la extracción de recursos, actividad que siempre implica un riesgo a pesar del cuidado que se ponga en su ejecución y también de

---

<sup>76</sup>Mosset, Jorge. 2005. **Daño Ambiental**. Pág. 95.

no ser una actividad normada por el Estado, tal vez una actividad ilegal, es ese mismo Estado quien debe responder de manera inmediata solucionando el daño por no haber puesto todo su esfuerzo y diligencia para prevenir dicho daño.

Concluyendo el análisis se puede señalar que cuando se habla de un daño ilícito, se trata de aquellos daños causados por una actuación contraria a derecho, es decir, cuando alguien causó un daño ambiental porque no cumplió con los parámetros legales.

Imaginemos un hipotético de daños hídricos. En la licencia ambiental se autoriza una descarga diaria de 15 litros de agentes contaminantes a cuencas hídricas corrientes, pero el agente descarga 25 litros. En este caso la conducta va en contra de una autorización administrativa respaldada por una norma técnico-legal y por tanto el daño ambiental proviene de un acto ilícito, y la perspectiva del análisis del daño es desde el punto de vista del agente dañoso.

Ahora bien, cuando hablamos de daños ambientales antijurídicos, estamos cambiando esta perspectiva hacia la víctima del daño, es decir, como lo jurídico no sólo contempla al ordenamiento jurídico, un daño se reputa antijurídico cuando el agente dañoso, aun cuando ha actuado dentro del derecho; volvamos al ejemplo anterior; y digamos que se hace la descarga de 15 litros de agentes contaminantes, pero se afecta a terceros. La actuación se realizó dentro de parámetros técnico – legales, sin embargo, ese umbral no fue suficiente para evitar daños.

Por lo tanto, el daño ilícito se analiza desde la actuación del agente dañoso y tiene una óptica de responsabilidad subjetiva mientras que el daño antijurídico se analiza desde el daño injustamente sufrido por las víctimas con una óptica de responsabilidad objetiva.

### 2.2.2 Nexo Causal y Factor de Atribución en el Daño Ambiental.

María José Narváez citando a Guersi señala que la responsabilidad civil extracontractual queda configurada por: “la existencia de una acción u omisión antijurídica, la efectiva existencia del daño, la relación nexo causal entre el acto dañoso y el daño y el factor de atribución”.<sup>77</sup>

El factor de atribución determina si la responsabilidad extracontractual es subjetiva u objetiva. En nuestro Derecho Civil eminentemente subjetivo el factor de atribución para el caso de daño ambiental sería el dolo, culpa o negligencia. Es así como el artículo 2229 del Código Civil señala “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”. Sin embargo, en la legislación civil ecuatoriana el factor de atribución para el caso de responsabilidad objetiva no existe porque supondría “la presunción jurídica de existencia de culpa cuando se incursiona en una actividad que genera contaminación tolerada, o cuando la producción no responde a la adecuación constante que el proceso productivo debe realizar en función de cambios tecnológicos capaces de lograr producción ecológicamente sustentable”.<sup>78</sup>

En el caso de la responsabilidad extracontractual objetiva el daño provoca el vínculo entre el autor y el damnificado, sin importar si dicho daño se realizó con dolo, culpa. Siendo así en el tema ambiental el que “contamina paga” y por lo tanto el factor de atribución es el daño o contaminación causada a la naturaleza o a los individuos que tienen el derecho humano de vivir en un ambiente libre de contaminación. María José Narváez al citar a Mantley señala:

Oswaldo Mantley sostiene que la concepción subjetiva de las responsabilidad hoy en día ha experimentado cambios que la impulsan a ser más objetiva, por lo que permite pensar que la responsabilidad civil extracontractual no se basa exclusivamente en la idea de culpa del sujeto que causa el daño, sino que por el

---

<sup>77</sup> Narváez, María José. Obra Citada. Tesis. 38h.

<sup>78</sup> Ibidem. 38h.

contrato, se basa en la idea de peligrosidad o en la posibilidad de generar un resultado dañoso, que revisten ciertas actividades, aunque estén permitidas por el Estado, más aún cuando la práctica de éstas le suponen al agente dañoso un beneficio económico, mientras que a los sujetos ajenos a la comisión de las actividades les genera una lesión o menoscabo de su patrimonio o tienen la incertidumbre de que un daño aparezca.<sup>79</sup>

Esta idea de avanzada en el campo jurídico civil no ha sido todavía recogida por nuestra legislación, por lo tanto es necesario que el juez haga aplicación directa de la norma Constitucional que determina que la responsabilidad por daño ambiental en Ecuador es objetiva.

Ahora si bien la Constitución determina la aplicación directa de sus normas también es necesario que los jueces tengan claridad doctrinaria al aplicarlas. La sentencia es un proceso jurídico técnico cuyo fundamento es la ley pero también no puede ser ajena a la jurisprudencia y la doctrina. En el tema ambiental, la doctrina y la jurisprudencia juegan un papel vital, sobre todo al ser el Derecho Ambiental un derecho que se ha desarrollado a través de tratados y normas internacionales. Para que una sentencia de contenido ambiental guarde coherencia es necesario que el juez analice la relación de causalidad que existe en el caso sometido a su consideración. Sin embargo, determinar dicha relación no es fácil si no se tiene una clara concepción sobre la responsabilidad ambiental en caso de daño, que difiere de la responsabilidad subjetiva civil.

La relación de causalidad es, probablemente, el “talón de Aquiles” de la responsabilidad por daño. Para empezar, hay que decir que la relación de causalidad es un concepto diferente en el derecho del que se utiliza en las ciencias duras, las ciencias de la naturaleza. Jorge MossetIturraspe destaca que el enfoque científico no necesariamente coincide con el jurídico. En realidad, la relación de causalidad, o el nexo de causalidad en el derecho, es un nexo de imputabilidad. El profesor Isidoro Goldenberg dice que la relación de causalidad es un juicio de probabilidad retrospectivo, en abstracto; objetivo, en un juicio de idoneidad. Por

---

<sup>79</sup>Manthey, Osvaldo, **Canalización de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Ambiental**, en Revista Jurídica “La hora judicial” [http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=2413](http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2413). Acceso: 06/Diciembre/2011.

otra parte, la culpabilidad es un juicio de previsibilidad concreto, atendiendo a las circunstancias de tiempo, lugar y personas.<sup>80</sup>

El autor citado menciona que “la culpabilidad es un juicio de previsibilidad concreta” en ciertos casos pero no en todos ellos. Cuando hablamos de temas ambientales la culpabilidad en la mayoría de los casos no es previsible debido a la complejidad de determinar dicha culpa cuando una acción de explotación puede afectar a las personas ubicadas en lugares muy lejanos, el daño puede causarse en tiempo muy prolongado como el caso de enfermedades cancerígenas y en muchos casos la determinación de ciertos daños requieren de estudios o análisis técnicos muy complejos y costosos que no necesariamente se pueden realizar en momentos precisos o determinantes. Es por esto la racionalidad que la relación de causalidad sea objetiva y no subjetiva en el tema ambiental y que quien contamina a pesar de cumplir con todos los estándares previstos por la ley deba ser considerado “imputable” y le corresponda demostrar su inocencia, es decir la carga de la prueba le corresponde.

Nuevamente se encuentra un vacío para el juez en la ley civil para tratar temas ambientales. El factor de atribución en el caso de la responsabilidad extracontractual subjetiva de nuestro Código Civil se aplica el principio “favor victimae” es decir la clásica presunción de inocencia del acusado o en el tema ambiental del “agente contaminante”.

La noción general de la carga de la prueba responde al principio “actori incumbit probatio” que significa que al demandante o actor le corresponde probar no solamente el daño sufrido, sino la cuantía del daño, el nexo causal entre el acto y el perjuicio, y la intencionalidad del agente dañoso de causar el daño.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup>Cafferata, Nestor. 2011. **La responsabilidad por daño ambiental**. Revista Cubana de Derecho Ambiental. Año I, número 3, enero-marzo. <http://www.proyesc.cu/rcda/html%201vol3/a06.html>. Acceso: 06/Diciembre/2011.

<sup>81</sup>Gherzi, Carlos. 2001. **Derecho y reparación de daños**. Tomo II. Pág. 49.

Como se señaló esto en la práctica se torna muy complejo cuando de daño ambiental se trata. A más de esto en el campo civil al “agente contaminador” le basta demostrar una de las siguientes cuatro causas de liberación que son:

a) la inexistencia del nexo causal por haber existido una causa extraña y definida a la relación causal; b) que su actuación en el ejercicio de la actividad que generó el daño ha sido diligente y no ha quebrantado los límites de tolerancia de contaminación impuestos por el Estado; c) que el daño se ha producido por culpa de la víctima; y d) fuerza mayor no ligada a la incursión en la actividad que provocó el daño.<sup>82</sup>

Es obvio entonces que el juez al aplicar la responsabilidad extracontractual subjetiva del Código Civil difícilmente podrá determinar la culpabilidad del “agente contaminador”. Al contrario, cuando el juez aplica la responsabilidad extracontractual objetiva, puede concentrar como nexo causal directamente el daño causado bajo el mandato constitucional que se debe tutelar al medio ambiente y el juez debe entender que el Derecho Ambiental es preventivo y no remediador. Por lo tanto, la persona o la naturaleza que ha sido afectada deben ser resarcidos por quien a expensas de conseguir beneficios económicos causa el daño ambiental. Le corresponde al posible “agente contaminador” asumir la carga de la prueba ya que tiene el dominio de la situación al ser quien de primera mano pudo brindar información valiosa para determinar los efectos de sus actos y de esta forma evitar lo que sucede cuando la carga probatoria corresponde a la víctima ya que en daño ambiental lo más probable es que no se pueda determinar el nexo causal entre el daño y las causas si la víctima es quien debe probar.

Después de este análisis el juez civil tendrá el suficiente convencimiento para juzgar aplicando la responsabilidad extracontractual objetiva y no la subjetiva civil tradicional.

---

<sup>82</sup>Narváez, María José. Obra Citada. Tesis. 44h.

## 2.3 LA RESTAURACIÓN PARCIAL E INTEGRAL.

La finalidad de todo sistema jurídico de responsabilidad es la reparación del daño causado. En la mayoría de casos dicha reparación puede ser de carácter pecuniario. Es decir, el daño causado es cubierto o reparado a través del pago de una cantidad de dinero que el juez, el contrato o las partes consideran justos como medio indemnizatorio.

En el ámbito ambiental, si bien la ley contempla el resarcimiento económico por daño, una sentencia que solamente incluya una compensación económica se consideraría que otorga simplemente una restauración parcial.

Ambientalmente es mucho más importante realizar la reparación in natura, reparación que consiste en la restitución del bien ambiental (generalmente un ecosistema) a su estado original, caso en que se habla de restauración integral.

A diferencia de lo que sucede con los daños civiles tradicionales el daño ambiental no puede ser abordado exclusivamente desde una óptica económica y, por consiguiente, la compensación monetaria o indemnización por daños y perjuicios debe ser subsidiaria en relación con la indemnización in natura.<sup>83</sup>

Para realizar una restauración integral debemos considerar la indemnización económica y también la reparación técnica científica del ecosistema afectado. Sin embargo, poder realizar en la práctica una indemnización in natura es un tema complejo, ya que remediar el ambiente y lograr “recomponer” un ecosistema al estado original luego de que éste ha sido afectado implica el desarrollo de esfuerzos técnicos de las más variadas ramas del conocimiento como son la biología, ecología, forestería, agricultura, etc.

---

<sup>83</sup> González, José Juan. 2003. **La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina**. Pág. 68.

En la mayoría de casos la ciencia no ha llegado todavía a la capacidad técnica para restaurar el nivel ecológico original de sistemas afectados pues dichos sistemas han tardado miles de años en llegar a las condiciones ecológicas que tenían antes que se produzca el daño.

Desde el punto de vista jurídico también debemos considerar que la legislación debe propender a buscar una solución equitativa al daño ambiental. La normativa debe ser necesariamente realista en cuanto a la verdadera capacidad que tiene el infractor para solucionar las consecuencias de sus acciones tanto desde el punto de vista técnico como económico. Estipular normas ambientales que exijan acciones que en la práctica no pueden ser factibles ocasionarían la no reparación del daño y por consiguiente dejar en estado de indefensión a la naturaleza que es titular de derechos así como a las personas afectadas consideradas tanto individualmente como de manera colectiva.

El estándar de calidad que la legislación nacional determine para exigir la reparación in natura no siempre puede estar en concordancia con el ideal técnico-científico de países más desarrollados, debido a las limitaciones científicas y económicas que un país como el nuestro tiene. Esto nos obliga a enfatizar el carácter preventivo que tiene y debe tener nuestro sistema jurídico ambiental para evitar un daño que en la mayoría de casos no se podrá remediar adecuadamente.

La reparación del daño debe considerar: “el grado de restauración al que es posible en la práctica llegar, qué pasa cuando la restitución al ser y estado anterior no es posible, determinar costes razonables y efectuar seguimiento de los trabajos de restauración con control de calidad.”<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup>Noailles, Laura. Resumen de presentación sobre: El Seguro Ambiental. <http://www.docstoc.com/docs/860628/importancia-del-seguro-ambiental>. Acceso: 25/12/2011. Diapositiva N. 16.

Lograr una restauración integral es casi imposible por las diferentes circunstancias citadas. Sin embargo, el juez debe utilizar las diferentes herramientas que la legislación le ofrece para redactar sentencias coherentes y que cubran con la mayor amplitud posible todos los aspectos relativos al daño ambiental.

La base en nuestro Código Civil sobre la responsabilidad que nace por un daño causado se halla en el Art. 2214 que determina el pago de una indemnización. El Art. 1572 lo complementa al considerar el lucro cesante y el daño emergente que debe cubrir el infractor.

La reparación es el acto jurídico por el cual, una vez establecida la responsabilidad, sea por el criterio subjetivo u objetivo, se ha de fijar la indemnización correspondiente al valor del bien afectado previa la valoración de los daños, lo cual no puede ser de ningún modo establecido arbitrariamente por las partes, ni siquiera por el juez, sino mediante los estudios técnicos, imparciales y seguros de peritos idóneos. La reparación puede alcanzar ordinariamente el daño emergente, pero puede extenderse al lucro cesante si ha habido previsión o ha debido haberla, de los daños, o bien, se ha probado el dolo o culpa por los cuales hay responsabilidad del demandado.<sup>85</sup>

Mediante estas normas realizamos un primer acercamiento al concepto del daño civil y a sus causas. Esto es el resarcimiento económico por parte del infractor a favor del perjudicado. Al hablar del daño ambiental es menester hacer una diferenciación en cuanto al afectado. Y así hablamos de la “reparación patrimonial individual” en el caso de que una persona determinada sea la perjudicada y deba recibir un resarcimiento económico pero también debemos considerar “la reparación difusa colectiva”, “difusividad que se refiere a uno o varios actos dañosos sobre una pluralidad de personas que tienen también derecho a una reparación debido a la existencia de responsabilidad objetiva, acción que se torna independiente de la reparación individual”.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> NARVAEZ, María José. Obra Citada. Tesis. 69h.

<sup>86</sup> Ibidem. 69h.

Otro daño que es necesario considerar en el tema ambiental sea a nivel individual o colectivo es el daño moral. Desde la óptica civil para determinar la existencia de este daño es necesario considerar: la existencia de un agente dañoso, el daño ambiental que puede ser evidente, oculto o ignorado y el menoscabo moral que se refiere al menoscabo en la “calidad de vida”.

Desde la óptica de la economía ambiental la valoración de bienes económicos se realizan a través de tres premisas: El valor de opción, el valor de legado y el valor de existencia, que juntos determinarán el valor económico total del elemento del medio ambiente afectado.

El valor de opción es el costo que el agente contaminante ha de pagar por los riesgos que puede conllevar la desaparición de los bienes ambientales que con la incursión de sus actividades productivas extinga para los usos futuros que ese bien pueda tener.

El valor de legado se refiere al valor que el agente contaminador esté dispuesto a pagar y la sociedad dispuesta a recibir por los beneficios de mantener un espacio ambiental saludable para el goce y disfrute de las generaciones inmediatamente siguientes.

Valor de existencia, es la cuantía que se fija sobre un bien.<sup>87</sup>

Resumiendo la opinión del tratadista Diego Asqueta se puede señalar que a más de los valores antes citados se debe considerar el valor de uso y el de no uso. Esto es, que para ciertas personas el bien ambiental tiene gran importancia mientras que para otras no y las consecuencias y costos que se derivan de utilizarlo o no. También se tomará en cuenta el valor de opción, que “se deriva de la incertidumbre individual que experimenta la persona con respecto a si el bien ambiental en cuestión estará o no disponible para su utilización en el futuro, y los riesgos de no contar con este”.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup>Bontems, Philippe. 2000. **Economía del Ambiente**. Pág. 11

<sup>88</sup>Azqueta, Diego. 2002. **Introducción a la economía ambiental**. Pág. 68.

Todas las legislaciones analizadas promueven la reparación integral y mencionan la importancia de la reparación in natura para el daño ambiental. Pero llama la atención la siguiente aseveración:

(...) la tendencia de la legislación ambiental latinoamericana es reconocer la preminencia de la reparación in natura, sin embargo, con excepción de la referencia incompleta que hace la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al ambiente de México al caso de la contaminación de suelos, en ninguna de las legislaciones mencionadas, se establecen criterios para determinar en qué consiste este tipo de reparación.<sup>89</sup>

Del análisis realizado se podría incluir en la legislación nacional un procedimiento de valoración integral del daño ambiental y así evitar que la reparación in natura se limite a ser simplemente un enunciado de buena fe también en la legislación ecuatoriana.

Se puede concluir que la valoración de un bien ambiental constituye un proceso técnico, económico y jurídico que implica no solamente la actuación del juez sino de todo un grupo multidisciplinario de apoyo para tratar de cubrir la mayor parte de aspectos que están incluidos en la valoración de un bien.

---

<sup>89</sup>Campos, Mercedes. 2000. **La responsabilidad civil por daño al medio ambiente**. Pág. 124.

## CAPITULO III.

### 3. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN ESPAÑA Y COSTA RICA: UN ENFOQUE DE DERECHO COMPARADO.

#### 3.1 LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA.

##### **3.1.1 Legislación Ambiental en España.**

Para comprender la legislación ambiental española, es necesario realizar un breve análisis del sistema jurídico de ese país. Es importante considerar que dicho sistema legal es una amalgama de legislaciones producidas en distintos niveles de gobierno, pues confluyen la normativa de origen estatal, así como la de origen supranacional (Unión Europea), autonómico (Comunidades Autónomas) y local (Municipios).

Estas normas entran en vigencia una vez que se publican en los diarios oficiales y así tenemos el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el Boletín Oficial del Estado (BOE), el Diario o Boletín de las Comunidades Autónomas y las Ordenanzas Municipales que cada cabildo municipal emite.

En España, al igual que en Ecuador, existe la relación jerárquica entre las distintas normas. La Constitución de 1978 es la norma jurídica superior y prevalece sobre cualquier otra.

Ahora bien, existe una capacidad normativa diseminada entre los diferentes entes estatales tales como: Poderes Centrales del Estado (Ejecutivo y Legislativo), Comunidades Autónomas y Municipios. El poder Legislativo en temas ambientales emite normas relacionadas con el manejo de residuos, disposiciones sobre aguas, regulación acerca de la contaminación ambiental entre otros. Estos temas son tratados de una manera muy general a nivel estatal. Por lo tanto, las Comunidades Autónomas pueden establecer niveles más específicos o complementarios, siempre que no sean antagónicos con las normas estatales.

Las comunidades han asumido atribuciones administrativas para la ejecución y gestión de la protección ambiental y pueden aprobar leyes y reglamentos ambientales para sus territorios.

Las comunidades autónomas tienen la capacidad de proponer leyes en temas ambientales al parlamento español y el poder ejecutivo a través de sus ministerios tienen la capacidad administrativa para regular diferentes temas que abarcan aspectos ambientales.

Finalmente, los municipios tienen facultad normativa que está determinada por la ley en función de su demografía, así por ejemplo:

Las atribuciones ambientales de los municipios pueden variar en función del número de habitantes y así municipios con más de 5,000 habitantes pueden regular la recolección de residuos, los municipios con más de 50,000 habitantes la prevención y extinción de incendios y los municipios de más de 500,000 habitantes tiene la capacidad de la protección ambiental.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup>Martinez, Gloria Luz.2010. **Informes del marco regulatorio ambiental de varios países.** Pág. 3. <https://sites.google.com/site/marconormativoambiental/espana>. Acceso: 17-01-2011

A pesar de la amplia gama de disposiciones ambientales en el territorio español, de distinto nivel jerárquico y jurisdicción, las competencias están bien definidas para evitar conflictos.

Así por ejemplo, la jerarquía normativa se distribuye de la siguiente manera:

**Leyes:** Disposiciones de carácter general, en las que se establecen las líneas directrices que regirán las cuestiones ambientales. Son aprobadas por el Parlamento y suelen ser desarrolladas a través de posteriores Reglamentos. También pueden ser autonómicas, según quien ostente la competencia de un asunto determinado.

**Reglamentos:** Que pueden ser estatales, autonómicos y locales. Dentro de cada Administración, los Reglamentos se manifiestan y adoptan formas diferenciadas por razón de la Administración de la que proceden y de la jerarquía del Órgano que los dicta.

**Reales Decretos:** Normas que, entre otras cosas, aprueban los Reglamentos que desarrollan las Leyes Estatales. Son aprobados por el Consejo de Ministros.

**Decretos:** Normas que, entre otras cosas, aprueban los Reglamentos que desarrollan las Leyes Autonómicas. Son aprobadas por el Consejo de Gobierno de las Comunidades Autonómicas.

**Órdenes Ministeriales:** Disposiciones legales emitidas por el Ministerio competente en la materia que se legisla.

**Órdenes Autonómicas:** Disposiciones legales emitidas por los Consejeros de las Comunidades Autónomas competentes en la materia que se legisla.

**Disposiciones Reglamentarias Locales:** Aprobadas por el Ayuntamiento o el Pleno de la Diputación, adoptan diversas formas, tales como Ordenanzas, Reglamentos Locales, Planes de Urbanismo, etc.

Además, la Constitución autoriza al Gobierno del Estado para dictar Disposiciones con fuerza de Ley en dos supuestos:

**Decretos Ley:** Disposiciones legislativas de carácter provisional dictadas por el Gobierno para casos de extraordinaria y urgente necesidad.

**Decretos Legislativos:** Disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup>Ibídem. Pág. 3 y 4.

España cuenta con una normativa más rigurosa que la normativa europea, precisamente para evitar conflictos de competencia entre los diversos niveles de gobierno. En materia ambiental, la norma más importante para garantizar la suficiente congruencia entre los diversos cuerpos legales es la Ley 16/2002 o de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Esta ley unifica trámites, límites y autorizaciones que se conceden a personas de derecho público y privado que en sus actividades puedan originar daños ambientales. Esta ley establece también lineamientos generales para la emisión de licencias, productos residuales, etc. Es decir, constituye una ley marco para que legislen las Comunidades Autónomas y los municipios.

Al respecto se podría encontrar cierta similitud con el trabajo que se llevó a cabo en Ecuador para redactar el Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria, trabajo que permitió integrar y sistematizar toda la normativa ambiental dispersa hasta entonces.

Otro paso relevante en España fue la puesta en vigencia de la Ley de Responsabilidad Medioambiental 26/2007, cuyas normas han superado incluso al principio “quien contamina paga”, que en nuestra Constitución recientemente se lo ha incluido como un tema de extrema actualidad. Esta ley establece de manera estricta y directa que por cualquier motivo se debe realizar la reparación del daño causado en el Medio Ambiente, sea intencional o no, y prima, por encima de todo, la prevención.

### **3.1.2 Estructura supranacional de la legislación española**

Al ser un país inserto en la Unión Europea debe adecuar su legislación interna a las normas regionales.

Por tanto, el Derecho que crean los órganos de la Unión Europea (Consejo de Ministros y Comisión Europea) ha de ser cumplido y observado por todos los poderes

públicos del Estado Español (Estado, Comunidades Autónomas, Administraciones Locales, Tribunales de Justicia, etc.), así como por los particulares.<sup>92</sup>

España ingresó a la Comunidad Económica Europea en el año de 1985 y desde esa época ha sido un miembro importante en los procesos políticos que se dieron hasta la conformación de la Unión Europea. Al igual que las normas nacionales, las normas comunitarias europeas tienen una gradación que se resume así:

Reglamentos Comunitarios: Normas de carácter general (dirigidas a todos los Estados miembros), obligatorias en todos sus aspectos (fines y medios) y de aplicación directa, sin necesidad de ser desarrolladas a través de normas de derecho.

Directivas: Normas de carácter general pero que no son directamente aplicables, puesto que necesitan que los Estados incorporen su contenido mediante normas de derecho interno en el plazo fijado, mediante los medios y formas que procedan según el ordenamiento jurídico de cada Estado. La mayor parte de la normativa ambiental de la Unión Europea se emite en este tipo de norma.

Decisiones: Normas directamente aplicables (no necesitan transposición), obligatorias en fines y medios, pero vinculantes para destinatarios concretos (uno o varios Estados y/o particulares). En el área ambiental, suelen adoptarse para la firma de Acuerdos Internacionales y para desarrollar requerimientos contenidos en Reglamentos o Directivas.

Recomendaciones, Comunicaciones y Dictámenes: Disposiciones complementarias, sin poder vinculante. Sus objetivos suelen ser sugerir determinadas indicaciones, informar o evaluar situaciones existentes.<sup>93</sup>

Con la explicación dada se ha descrito de manera resumida el marco normativo de España y de la Unión Europea como preámbulo a la forma en que este país legisla la responsabilidad ambiental en su territorio. Se puede señalar que desde el punto de vista Estatal, España generalmente adapta de manera directa la normativa europea ambiental a su legislación nacional, mientras que a nivel local existen normas ambientales que responden a las características y realidades de cada comunidad autonómica.

---

<sup>92</sup> *Ibíd.* Pág. 4.

<sup>93</sup> *Ibíd.* Pág. 4 y 5.

### 3.1.3 El principio “el que contamina paga”, en la legislación Española.

En el año 2004, la Unión Europea emitió la “directiva comunitaria sobre responsabilidad medioambiental”. La cual debía entrar en vigencia en los estados miembros a mediados del año 2005.

Esta directiva busca cumplir con los principios de responsabilidad ambiental 16 y 13 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. El primero, se refiere a cargar los costos de la contaminación a quienes la provocan (“el que contamina paga”); y el segundo, establece la obligación de los Estados de desarrollar las legislaciones nacionales en materia de responsabilidad por daño ambiental e indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y degradación ambiental.

Adicionalmente la directiva citada recogió el apartado 2 del artículo 174 del antiguo Tratado de la Comunidad Europea, (actualmente artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea),<sup>94</sup> cuyo numeral 2 señala los principios en que debe estar basada la política ambiental de la Comunidad:

La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las diferentes regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.<sup>95</sup>

La Directiva es general y tiene carácter no retroactivo, además en su artículo 192 señala que para cumplir con las disposiciones del artículo 191, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán las acciones que deban emprender los países de la Unión para alcanzar dicho objetivo. Es decir el medio ambiente es un tema de vital importancia para la Unión.

---

<sup>94</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2012.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

Además permite o faculta a los estados miembros a adoptar disposiciones más rigurosas en relación a la prevención y reparación de los daños ambientales en el artículo 193 del Tratado de Funcionamiento de la UE, y su aplicación será sobre los daños acontecidos con posterioridad de su fecha de transposición, es decir, el 30 de junio de 2005. El mencionado artículo señala:

Las medidas de protección adoptadas en virtud del Art. 192 no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados y se notificarán a la Comisión.<sup>96</sup>

La Directiva Europea es discrecional no obligatoria pero en España tiene aplicación práctica a través de la Ley 26/2007 del 23 de diciembre de ese año. Esta ley recoge los principios y directrices para la prevención y reparación de daños dada por la Directiva a fin de aplicar el principio “el que contamina paga” en España. Además de la ley se emitió el reglamento a la ley mediante el Real Decreto 2090/2008 del 22 de Diciembre. Este reglamento efectiviza la colaboración entre las administraciones públicas, recopilación y difusión de información relevante para la reparación del medio ambiente y concurrencia de normas aplicables.

### **3.1.4 La legitimación activa en la legislación Española.**

Un aspecto trascendente en materia ambiental que complementa la aplicación del principio “el que contamina paga” es la legitimación activa.

Así lo afirma Mario Peña, experto ambiental:

El tema de la legitimación activa es de vital importancia para la correcta y justa aplicación de cualquier sistema de responsabilidad ambiental. La facultad de exigir responsabilidad al causante del daño ambiental le es otorgada por la Directiva a la

---

<sup>96</sup>Ibidem.

autoridad que designe cada Estado miembro, teniendo como contenido la reparación “in natura” del daño causado, o bien la indemnización de los costes incurridos respecto a la prevención, reparación y evaluación del daño. Esta autoridad deberá determinar al operador causante del daño, evaluar los daños y establecer las medidas necesarias para repararlo.

Previendo la posible inercia de la autoridad designada para llevar a cabo la investigación del daño inminente o ya acontecido, la Directiva mediante la figura de la “Solicitud de Acción” faculta a las personas adversamente afectadas, o que puedan verse adversamente afectadas, así como a las entidades cualificadas, a formular ante la autoridad competente, observaciones relativas a incidentes de daños ambientales de los cuales tengan conocimiento, pudiendo solicitarle la adopción de medidas al amparo de la Directiva.<sup>97</sup>

Cabe señalar que en España **no existe la responsabilidad objetiva en caso de daño ambiental. La responsabilidad señalada por la Directiva es subjetiva y el sujeto que debe pagar por el daño deberá hacerlo tras un proceso judicial en que el Juez determine el dolo o la culpa.** Sin embargo, ya que la ley 26/2007 que estipula que el daño ambiental debe ser solucionado ante todo y las directrices sobre el control previo y medidas preventivas para evitar contaminación son tan estrictas, generalmente ningún agente contaminador queda librado, y de darse un caso en que se libere de culpa al agente contaminador el Estado es quien deba remediar el daño, debido a no haber tomado en cuenta las medidas de prevención que determina la normativa europea y las leyes nacionales.

También hay que señalar que:

El régimen propuesto por la Directiva, no otorga legitimación activa ni a los particulares ni a las Organizaciones No Gubernamentales con fines ecologistas, para interponer acciones de responsabilidad por daños ambientales sufridos. En su lugar los faculta a ejercer un control de legalidad, sea ante la autoridad administrativa competente, o bien ante la autoridad judicial superior, con el fin de impulsar o bien enderezar los procedimientos.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Peña, Mario. 2005. **La Nueva Directiva Comunitaria sobre Responsabilidad Ambiental en Relación con la Prevención y Reparación de los Daños Ambientales y su Relación con los Regímenes Latinoamericanos de Responsabilidad Ambiental.** Pág. 7.

<sup>98</sup> *Ibidem.* Pág. 7 y 8.

Si comparamos esta realidad con la ecuatoriana podemos concluir que nuestro sistema sería más avanzado en el tema de la legitimación activa, aunque no sea eficaz aún, ya que nuestra Constitución garantiza en su artículo 66 numeral 27 “El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”. Dicho principio presupone que todo ecuatoriano podría entablar acciones judiciales y administrativas contra actos que atentan contra el ambiente. Sin embargo, en la realidad cuando se acude a presentar este tipo de denuncias, autoridades judiciales y no judiciales solicitan de manera obligatoria que se adjunten documentos que demuestren nuestro interés directo en la zona afectada, siendo éstos, generalmente, las escrituras de propiedad del predio afectado o de los predios circundantes al afectado.

La legitimación activa: En el Ecuador, en principio, el legitimado para iniciar acciones tendientes a reparar los daños en general es el sujeto que ha sido perjudicado. El inciso segundo del artículo 91 de la Constitución prescribe. “Sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente”. Pero el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental que trata las acciones civiles por daños ambientales, aunque reconoce la legitimación activa colectiva la limita al establecer que “las personas naturales, jurídicos o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa” pueden acceder ante los órganos de justicia a reclamar la indemnización por sus derechos conculcados; y en el caso de no ser los afectados directos, “Toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, previa fianza de calumnia”, lo que excluye a los sujetos que están incluidos en el mandato constitucional. En los casos en los que grupos humanos dan inicio a las acciones el Juez debe considerar si esas acciones han sido iniciadas por representantes legítimos de las colectividades, o no.<sup>99</sup>

La opinión de la Dra. María Jose Narváez viene a complementar lo señalado. Por lo tanto, en la práctica, no es posible que cualquier ciudadano acuda ante la autoridad a demandar o denunciar daño ambiental si no está directamente relacionado con el mismo.

En España a pesar de no existir una norma constitucional tan amplia como la nuestra que aparentemente nos cobija y aplicar la responsabilidad subjetiva, **la ley española permite ejercer un control de la legalidad a terceros**, sean estos ciudadanos o ONGs con lo que se puede intervenir en un caso por daño ambiental sin ser directamente perjudicado y en la práctica poder intervenir en el proceso, si bien dichas personas no tienen derecho a

---

<sup>99</sup> Narváez, María José. Obra Citada. Tesis. 100h.

indemnización pueden ejercer presión ciudadana para que el juez actúe pegado a la ley y su sentencia sea dictada en estricto derecho para subsanar el daño ambiental ante el escrutinio público.

Resumiendo todo lo analizado para la responsabilidad por daño ambiental en España, podemos concluir que este país ha adoptado en su legislación el principio “el que contamina paga” como consecuencia de ser parte de la Unión Europea y estar sujeto a la Directiva Ambiental del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Sin embargo, en España, la responsabilidad por contaminación ambiental es subjetiva, por lo tanto, es necesario probar dolo o culpa del agente contaminante. Generalmente este dolo o culpa se lo puede determinar fácilmente debido a lo estricto del sistema ambiental preventivo.

El ente contaminador a más de indemnizar a los directamente afectados de ser el caso deberá realizar una reparación patrimonial a terceros y obligatoriamente la reparación “in natura”. Esto último significa realizar una remediación ambiental con las tecnologías más avanzadas para lograr que el sistema quede en condiciones similares a las originales.

## 3.2 LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN LA LEGISLACION DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.

### **3.2.1 Legislación Ambiental Nacional.**

Costa Rica es el país centroamericano que mayores esfuerzos ha realizado para tener una legislación ambiental que procure la defensa de sus recursos naturales, sobre todo porque gran parte de sus ingresos provienen del ecoturismo.

Si bien hay aspectos muy positivos en la gestión ambiental de Costa Rica, también adolece de recurrentes conflictos por competencia, no solo porque existen varios órganos gubernamentales con facultades ambientales sino porque la legislación de la materia se halla dispersa.

En cuanto al control ambiental se han dado competencias a varios ministerios y a instituciones autónomas. Cuando este control se asigna en función de los diferentes niveles de gestión que normalmente abarca el tema ambiental, no hay mayor problema, por ejemplo temas sanitarios manejados por el Ministerio de Salud, temas relacionados con la obra pública lo maneja el Ministerio del ramo respectivo. Sin embargo, en ciertos casos las normas al encontrarse dispersas dan competencias similares a diferentes instituciones lo que crea conflictos entre ellas o en otras ocasiones estas instituciones exigen que se realicen trámites similares o muchas veces innecesarios en la instituciones que tienen competencias análogas como una forma de evitar entrar en conflicto con su par estatal. Lo que burocratiza y retarda ciertas actividades.

A diferencia de Ecuador que se encuentra en un franco proceso de ampliar el aparato estatal con fines de normar y planificar las actividades públicas, Costa Rica desde la década de los noventa, y sobre todo, a raíz del Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos, ha iniciado un proceso de privatización y de reducción del tamaño estatal. Esto es considerado positivo desde la perspectiva económica privada, pero se han empezado a detectar problemas en el funcionamiento de los entes de control ambiental debido al despido de personal y a la disminución de los recursos estatales que se enfocan hacia dichas instituciones.

Además de este marco legal disperso y complejo, las instituciones enfrentan los embates de las políticas de reducción del Estado y de la inversión pública. Los problemas ambientales aumentan, las competencias legales aumentan, pero el presupuesto y los recursos deben necesariamente disminuir. Esta es la contradicción

en la que se han visto inmersas no solamente las instituciones costarricenses, sino también, las instituciones públicas de toda la región<sup>100</sup>

La autoridad ambiental administrativa la ejerce el Ministerio de Ambiente y Energía, con competencias dispersas en varias leyes. Pero estas son similares a las que tiene el Ministerio del Ambiente en Ecuador, como por ejemplo: Administración del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (en Ecuador Áreas Protegidas); control para la protección y conservación de la biodiversidad de los bosques y cuencas hidrográficas; control forestal entre las competencias más importantes.

Costa Rica cuenta con el Ministerio del Ambiente y Energía (MINAE), Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC), la Secretaría Técnica Ambiental (SETENA) y los Comités de Vigilancia de los Recursos Naturales (COVIRENAS), entes que se encargan de velar por la protección y manejo adecuado de los recursos naturales; estos últimos tienen la característica de canalizar la participación ciudadana, ya que son organizaciones que funcionan gracias a la ayuda de voluntarios.<sup>101</sup>

Desde la década de los noventa, y luego de que Costa Rica se ha comprometido con varios instrumentos internacionales de protección ambiental, se han promulgado varias leyes con el fin de cumplir con requisitos internacionales y nacionales. Con estas leyes es el Ministerio de Ambiente y Energía quien maneja según la ley de forma descentralizada los aspectos ambientales, aunque en la práctica solamente se ha descentralizado la administración de áreas protegidas que para tal efecto se ha dividido en algunas regiones.

Posterior a la Cumbre de la Tierra, celebrada en Brasil en 1992; Costa Rica inicia una serie de cambios en su legislación. En 1992 se promulga la Ley de Conservación de Vida Silvestre, se implementan las Estrategias de Conservación del Desarrollo Sostenible (ECODES) cuyas consecuencias más importantes son la promulgación de la Ley Orgánica del Ambiente en 1995, Ley de Biodiversidad en 1998, reformas a la Ley Forestal, la aprobación de la Ley de Uso y Manejo y Conservación de Suelos; en 1998 y la creación del Tribunal Ambiental (entidad encargada de tramitar las contravenciones ambientales).<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Cooper F. 1997. **“Hacia una estructuración institucional para el Desarrollo Sostenible del Siglo XXI.** Pág. 17.

<sup>101</sup> Proyecto Estado de la Nación (Costa Rica). 2000. Pág. 38.

<sup>102</sup> *Ibíd.* Pág. 38.

Un tema interesante en Costa Rica para el control ambiental es la existencia dentro del Ministerio de Ambiente de un Tribunal Ambiental Administrativo. Este tribunal tiene competencia nacional para juzgar todo tipo de denuncias ambientales. Como es obvio, la existencia de un tribunal especializado en la materia facilita a la población su capacidad para acudir ante este organismo y hacer los reclamos o denuncias pertinentes.

En contraste con la realidad costarricense, en nuestro país la determinación del daño ambiental es una actividad muy costosa y debido a esto muchos casos pueden quedar en la indefensión, ya que comunidades pobres no pueden contratar peritos para que hagan dichos análisis. El Ministerio del Ambiente en Ecuador envía inspectores a las zonas donde se presentan denuncias, pero estos inspectores hacen revisiones oculares sin complementarlos con la recolección de pruebas físicas o químicas para demostrar la existencia del daño en un proceso judicial.

En Costa Rica, el Tribunal Ambiental cuenta con un organismo de apoyo para los análisis técnicos. Este organismo es la Secretaría Técnica Ambiental, que está a cargo del análisis del impacto ambiental causado por las diferentes actividades productivas y lo hace de forma gratuita. Esta Secretaría realiza a más de inspecciones oculares análisis técnicos para determinar contaminación. Lo que permite contar con pruebas en caso de un proceso judicial o administrativo.

Las labores de control ambiental son complementadas por la Dirección General de Control Ambiental, que determina los esquemas de producción sostenible para los diferentes sectores productivos con énfasis en el manejo de desechos para minimizar la contaminación ambiental.

Las competencias ambientales de los gobiernos locales o municipalidades son escasos debido a que la Ley de Gestión Ambiental de Costa Rica sigue siendo muy centralista. Las competencias se enfocan al uso del suelo en sus territorios, a través de la Ley de Ordenamiento Territorial, que determina que los municipios realicen un Plan Regulador donde se pueden establecer limitaciones de todo tipo al uso de suelos y restricciones a

actividades que puedan causar daño ambiental. Esto incluye a las actividades agrícolas y los municipios pueden controlar que dichas actividades se cumplan de acuerdo a las normas ambientales nacionales y a las ordenanzas municipales.

Por su parte en Ecuador existen las Unidades de Gestión Ambiental en los municipios. En Costa Rica se cuenta con unidades similares que se llaman oficinas ambientales. Estas no son obligatorias pero se las puede establecer. Sin embargo por temas de limitaciones económicas son pocos los municipios que tienen establecidas oficinas con este fin.

### **3.2.2 La Responsabilidad por daño Ambiental en Costa Rica.**

En la década de los años noventa Costa Rica estableció normas ambientales que recogen los principios del Derecho Ambiental Internacional sobre el régimen de responsabilidad por daño ambiental. Este sistema es conocido como el RRDA. No solamente va encaminado a sancionar sino también a remediar el daño causado.

El principio precautorio en materia ambiental se ha incorporado en la legislación costarricense en cumplimiento de compromisos adquiridos y así tenemos:

En el caso de Costa Rica, el principio precautorio en materia ambiental se ha incorporando paulatinamente en el ordenamiento jurídico nacional. En cumplimiento de los compromisos adquiridos con la Convención de Diversidad Biológica y Convenio Centroamericano de Biodiversidad, Costa Rica aprobó La ley de Biodiversidad, Ley No. 7788 (Asamblea Legislativa, CR, 1998). El objeto de esta ley es conservar la biodiversidad y el uso sostenible de los recursos, así como distribuir en forma justa los beneficios y costos derivados.<sup>103</sup>

La Ley de Biodiversidad de Costa Rica desde 1998 incluye el in dubio pro natura en su artículo 11 que señala:

---

<sup>103</sup>Russo, José.2009.**In Dubio Pro Natura: Un Principio de Precaución y Prevención a Favor de los Recursos Naturales.** Revista Tierra Tropical. Pág. 26.

Criterio Precautorio o in dubio pro natura: cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección.<sup>104</sup>

Desde el año de 1994 la Constitución de este país en su artículo 50 dispone “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado”.<sup>105</sup>

La Ley Orgánica del Ambiente del año 1995 se halla con concordancia con la disposición constitucional en varios de sus artículos. Y así en su artículo 2 literal b señala: “Todos tienen derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente sostenible para desarrollarse, así como el deber de conservarlo, según el artículo 50 de nuestra Constitución Política”.<sup>106</sup>

El jurista ecuatoriano Dr. Ricardo Crespo señala que la Corte Suprema de Costa Rica ha determinado que el artículo 50 de la Constitución establece que la responsabilidad ambiental en ese país es objetiva:

- a) La responsabilidad por daño ambiental es siempre de carácter objetivo, independientemente que exista una norma que así lo establezca, al ser un principio general del derecho reconocido por la misma Constitución Política
- b) La simple existencia de daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta, incluso si la conducta desplegada es lícita.
- c) Se presume la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad de su actividad.
- d) Se invierte la carga de la prueba recayendo la misma en quien asumió el riesgo de la actividad dañosa.

---

<sup>104</sup> Ley de Biodiversidad N° 7788. Asamblea Legislativa de Costa Rica. La Gaceta, no. 101, 27 de mayo de 1998.

<sup>105</sup> Constitución Política de Costa Rica. Publicada el 7 de Noviembre de 1949. Última Reforma 5 de Octubre del 2005.

<sup>106</sup> Ley Orgánica del ambiente. Ley N. 7554. Asamblea Legislativa de Costa Rica. La Gaceta del 13 de Noviembre de 1995.

e) Los únicos eximentes de responsabilidad aceptados son la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.<sup>107</sup>

Existen dos vías para denunciar el daño ambiental. El primero ya fue señalado y le corresponde al Tribunal Ambiental Administrativo adjunto al Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. Además es posible hacerlo por la vía penal. En los procesos penales generalmente las partes llegan a una conciliación debido a los problemas probatorios para determinar daños por esta vía.

El procedimiento a seguir ante el Tribunal Ambiental Administrativo es el siguiente:

De conformidad con el artículo 14 del Reglamento de Procedimientos del Tribunal Ambiental Administrativo, en relación con el artículo 262 de la Ley General de la Administración Pública, este Tribunal se encuentra facultado para solicitarle a los distintos entes de la Administración los informes técnicos o administrativos que requiera, además con fundamento en el artículo 15 del Reglamento de Procedimientos del Tribunal Ambiental Administrativo, en relación con el Artículo 309, inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública, podrá realizar inspecciones oculares “in situ”, a fin de determinar la posible comisión de daños ambientales.

Una vez analizada la prueba y conforme lo establecido en el artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente, mediante resolución fundamentada se dicta la apertura del procedimiento ordinario administrativo citando a las partes a una comparecencia oral y privada, en esta comparecencia se admitirán y recibirán todas las pruebas y alegatos que las partes consideren pertinentes, las pruebas de descargo se presentarán antes o en el momento de la comparecencia y toda presentación con antelación deberá hacerse por escrito, una vez realizada la comparecencia se levanta un acta y se emite la resolución final, la cual de conformidad con lo establecido en el artículo 111 inciso d) de la Ley Orgánica del Ambiente y 345 y 346 de la Ley General de la Administración Pública tiene únicamente Recurso de Revocatoria.<sup>108</sup>

El recurso de revocatoria se lo hace ante la misma autoridad para que reconsidere su decisión. Para llevar el caso a la vía judicial es posible apelar por la vía contenciosa administrativa y el proceso podrá llegar hasta los tribunales constitucionales.

---

<sup>107</sup> CRESPO, Ricardo. 2011. **La Responsabilidad Objetiva por Daños Ambientales y la Inversión de la Carga de la Prueba en la Nueva Constitución.** Pág. 4.

<sup>108</sup> Larios, Gina. 2010. **La Quema de la Caña de Azúcar en Guanacaste. Impacto Ambiental. Deber del Estado de Disminuir sus Efectos.** Tesis. 110 h.

Ley General de la Administración Pública, Libro Segundo, Capítulo "Del Procedimiento Ordinario" en su artículo 111 se especifica la Competencia del Tribunal Ambiental Administrativo y señala:

- a) Conocer y resolver, en sede administrativa, las denuncias establecidas contra todas las personas, públicas o privadas, por violaciones a la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales.
- b) Conocer, tramitar y resolver, de oficio o a instancia de parte, las denuncias referentes a comportamientos activos y omisos que violen o amenacen violar las normas de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales.
- c) Establecer, en vía administrativa, las indemnizaciones que puedan originarse en relación con los daños producidos por violaciones de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales.
- d) Las resoluciones del Tribunal Ambiental Administrativo serán irrecurribles y darán por agotada la vía administrativa.
- e) Establecer las multas, en sede administrativa, por infracciones a la Ley para la gestión integral de residuos y cualquier otra ley que así lo establezca<sup>109</sup>

Este procedimiento administrativo permite que las denuncias por daño ambiental sean conocidas de manera rápida y oportuna y es un buen ejemplo a imitar por parte de la legislación ecuatoriana.

### **3.2.3 El principio “el que contamina paga” en la legislación de Costa Rica.**

En la legislación de Costa Rica la responsabilidad por daño ambiental es objetiva, por lo tanto el principio “el que contamina paga” se halla vigente en su legislación. Como principio general cualquier costo provocado por actividades u omisiones que dañen el ambiente deben ser asumidos por el ente contaminador.

---

<sup>109</sup> El Tribunal Ambiental de Costa Rica. 2011. Pág. 1.

En la Ley Orgánica del Ambiente se señala en su artículo 2 inciso d: “Quien contamine el ambiente o le ocasione daño será responsable, conforme lo establezcan las leyes de la República y los convenios internacionales vigentes”.<sup>110</sup>

El Reglamento a la Ley de Uso, Manejo y Conservación de suelos en lo referente a las quemas controladas en el sector agrícola, actividad primordial para sustentar la economía de este país centroamericano, en su artículo 18 señala: “Quien realice una quema, ya sea con o sin permiso, será civil y solidariamente responsable de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse, de acuerdo con las normas sobre responsabilidad civil extracontractual que rigen nuestro ordenamiento jurídico”<sup>111</sup>.

Existen también decisiones al respecto de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica entre las cuales se puede citar la siguiente:

La culpa se presume en quién creó las condiciones del daño por haber asumido el riesgo de perjudicar a terceros con la quema o incendio. Los daños o perjuicios ocasionados son a su cargo. El damnificado está exento de probar su culpa. La carga de la prueba sobre la ausencia de culpa corresponde a quien quemó o incendió. Es una presunción iuris tantum. Sería eximente de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.<sup>112</sup>

Si bien a todas luces la legislación de Costa Rica promueve el principio “el que contamina paga”, hay algunos detractores de la ley, ya que señalan que si bien es por demás justo que el ente contaminante pague por el daño causado, la forma en que se ha incorporado dicho principio en la legislación analizada permite dejar a un lado el principio precautelatorio y ser permisivo a cambio de un pago que en la mayoría de veces no sirve para cubrir todos los costos relativos al daño ambiental provocado.

---

<sup>110</sup> Ley Orgánica del Ambiente de CR. N° 7554 Obra Citada.

<sup>111</sup> Reglamento a la Ley de Uso, Manejo y Conservación de suelos de Costa Rica. Decreto Ejecutivo N° 29375 del 8 de agosto del 2000.

<sup>112</sup> SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 113 de 16 hrs., de 11 de octubre de 1995. Procesos Ordinarios Agrarios acumulados en el Juzgado de Liberia por RS IAMF contra la Municipalidad de Carrillo. Citado en LARIOS, Gina. Obra Citada. 111h.

...dicho principio es permisivo, es como una autorización por parte de la administración pública, como quien dice puede contaminar, si paga una cantidad consignada a fin de corregir la contaminación causada. Dicho principio pareciera que va en contra de la filosofía de prevención, sin ánimo de querer entrar en contradicciones quizá el principio en sí buscaba evitar la realización de actividades nocivas para el ambiente al reafirmar que mejor no contamine pues de lo contrario debe pagar y por una mala práctica lo interpretamos a la inversa, si pago puedo contaminar.<sup>113</sup>

Esta opinión señalada para el caso costarricense debe ser tomada muy en cuenta para evitar dicho problema en nuestra legislación. Es menester que para el caso ecuatoriano la autoridad o juez que conozca una causa por daño ambiental al aplicar el principio “el que contamina paga” considere que dicho principio no es permisivo a cambio del pago de una cantidad económica, tampoco está en contra del principio preventivo. **El principio “el que contamina paga” además del resarcimiento económico persigue que la actividad contaminante sea detenida inmediatamente, es decir, es complementario de los principios de precaución y prevención.**

### 3.3 ESCENARIOS Y CONSECUENCIAS DEL FALLO JUDICIAL PARA EFECTOS INDEMNIZATORIOS SEGÚN EL MODELO ESPAÑOL Y COSTARRICENSE, Y SU APLICABILIDAD AL CASO ECUATORIANO.

#### 3.3.1 Modelo Español.

Por no aplicarse en España la doctrina jurídica de la responsabilidad objetiva para el juzgamiento del daño ambiental es necesario que el actor en la vía civil demuestre que el supuesto contaminador realmente ha causado el daño sea con dolo o culpa.

---

<sup>113</sup> Larios, Gina. Obra Citada 112 h.

Luego del análisis realizado para el caso español, bien se puede inferir que el daño causado, sea con dolo o culpa, podría ser muy complejo de probar. En consecuencia muchas causas podrían quedar en la impunidad, por falta de prueba. No obstante, existen ciertas normas que mitigan esta posibilidad y vuelve más efectivo al sistema de protección ambiental.

La ley 26/2007 que ya fue anteriormente citada señala el deber por parte de cualquier persona en sus labores industriales o productivas de mantener el control previo y asegurar que va a cumplir con todas las medidas para evitar contaminación.

Los organismos de control técnico-ambiental, como organismos de apoyo de la función judicial española para el estudio de casos y la obtención de las pruebas pertinentes que determinen la culpa o el dolo en los casos de contaminación ambiental, funcionan muy bien y su financiamiento está asegurado por el estado español. Por esta razón, si bien se aplica la responsabilidad subjetiva es casi imposible que un contaminador quede liberado de cubrir el daño realizado. En el supuesto que los análisis ejecutados en el proceso demuestren que la contaminación fue causada por daño fortuito en última instancia será el Estado quien deba remediar el daño, sea porque no se tomaron medidas preventivas o porque el daño se produjo por fenómenos naturales.

El tema de la legitimación activa al iniciar un proceso por daño ambiental es de suma importancia para garantizar que las actividades que causan daño se pueda detener y que el culpable responda por sus actos. En España a pesar de no existir una norma constitucional tan amplia como la nuestra (que en el texto autoriza para que cualquier persona afectada en su derecho humano de vivir en un ambiente sano pueda ser actor en un proceso judicial ambiental –aunque en la realidad no se cumple–) si es posible que terceros dentro de procesos judiciales ambientales puedan intervenir ejerciendo control social sobre el juez para que las sentencias se ajusten a derecho.

El juez español debe basarse en el principio “el que contamina paga” tanto ajustado a la legislación nacional como a la legislación comunitaria de la Unión Europea. Si bien, la responsabilidad por contaminación ambiental es subjetiva y se deberá probar dolo o culpa, dicha prueba gracias a los organismos de control técnico y lo estricto de la normativa

ambiental estará disponible de manera ágil y gratuita para que el juez pueda llegar a una conclusión adecuada al momento de dictar su sentencia.

La consecuencia de una sentencia por daño ambiental será obligación del ente contaminador para reparar dicho daño a los directamente afectados, a terceros y la reparación “in natura”.

**De lo anterior podemos entender que la aplicación de un sistema de responsabilidad subjetiva en el tema ambiental no necesariamente implica un menor desarrollo del sistema jurídico ambiental.** Pero en dicho sistema la obtención de la prueba juega un papel preponderante para determinar culpa o dolo. Esto como es obvio, demanda la existencia de organismos técnicos financiados por el Estado para que los afectados que generalmente son personas que no pueden cubrir económicamente dichos análisis no queden en la indefensión.

Siendo así, la aplicabilidad de un sistema similar al español para el caso ecuatoriano tendría como principal limitante el factor económico. Esto es contar con organismos técnicos que sean financiados por el Estado, aspecto que en mi opinión nuestro país todavía no puede implementar.

Por otra parte pienso que algo muy positivo de la legislación española que podría ser recogido por nuestra legislación es la capacidad que tienen terceros sean estas personas naturales u organizaciones para hacer un seguimiento o veeduría de los procesos judiciales y ejercer un control social sobre la decisión del Juez. En el Ecuador nuestros jueces son muy reacios a entregar información a terceros dentro de los procesos judiciales, incluso las partes que actúan en el proceso tienen ciertas limitaciones para que la información demandada al Juez o Secretario de juzgado sea facilitada de manera oportuna y eficiente.

### 3.3.2 Modelo Costarricense.

La legitimación de la sociedad en el sistema de justicia de este país es amplísima. La Corte Constitucional en sus sentencias ha determinado que todos los ciudadanos, incluso menores de edad, tienen derecho a participar en procesos ambientales que se lleven a cabo en sede administrativa o judicial. Además de la posibilidad de recurrir al amparo constitucional.

Como se ha analizado el Tribunal Ambiental Administrativo es ante quien se recurre en sede administrativa para conocer sobre casos en los que exista daño ambiental y normalmente los procesos terminan en este nivel. Sin embargo, son posibles algunas alternativas en sede judicial.

Se puede iniciar un proceso contencioso administrativo de las resoluciones del Tribunal Ambiental y éstas podrán llegar hasta casación en la Corte Suprema de Justicia. Es importante señalar que desde el año 2006 el proceso contencioso administrativo en Costa Rica es oral<sup>114</sup>, esto sin duda permite a diferencia de Ecuador obtener sentencias en tiempo relativamente corto. En el tema ambiental es de suma importancia para evitar un daño que el juez actúe con la mayor celeridad posible. Por lo tanto, la oralidad para la vía contenciosa administrativa es sin duda un excelente ejemplo a tomar por parte de nuestra legislación nacional.

Existe también la posibilidad de presentar la Acción de Amparo Constitucional por daños ambientales que es independiente de las acciones administrativas o contenciosas y por lo tanto se puede llevar a cabo de manera paralela. El amparo constitucional en Costa Rica es muy similar al amparo que estuvo vigente en nuestra Constitución del año 1998 y esta enunciado en el artículo 45 de la Constitución Política de dicho país:

Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter

---

<sup>114</sup>Jinesta, Ernesto. 2008. **La Oralidad en el Nuevo Proceso Contencioso Administrativo (Costa Rica)**. Pág. 4.

fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República...<sup>115</sup>

La Sala Constitucional define el Recurso de Amparo como:

Es el recurso mediante el que cualquier persona puede acudir a la Sala Constitucional, si considera que un acto u omisión viola o amenaza los derechos (no protegidos por el recurso de hábeas corpus) que en su favor estipulan la Constitución Política o los Tratados Internacionales aprobados por Costa Rica. Se encuentran regulados en los artículos 29 a 72 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.<sup>116</sup>

En la resolución número 13066-0144 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia señala: “Ahora bien, por la vía de amparo se puede tutelar el derecho de los habitantes a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado(...).”<sup>117</sup>

El artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional expresa, “...cualquier persona podrá interponer el recurso de amparo...”<sup>118</sup>. La presentación del recurso se lo puede hacer exento de múltiples requisitos y formalidades, se lo puede plantear a mano o escrito a máquina, en cualquier tipo de papel, se puede enviar por fax o telegrama y puede ser planteado por una persona que no sea directamente la afectada.

Se puede comprender que la legislación de Costa Rica da todas estas facilidades cuando se quiere proteger derechos fundamentales y es un buen ejemplo a seguir en Ecuador, sobre todo al considerar que por la pobreza de muchas personas no pueden financiar un abogado o no tienen acceso a máquinas de escribir o computadoras y eliminar varios formalismos innecesarios permitiría a estas personas defender sus derechos.

---

<sup>115</sup> Obra Citada.

<sup>116</sup> Madriz, Piedra. Gerardo, Rivera y Ramírez, Jorge. 1998. **La sala Constitucional y la Ley de la Jurisdicción Constitucional en Resumen (Costa Rica)**. Pág. 35.

<sup>117</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 13066-01 de las 15 horas 49 minutos del 19 de diciembre de 2001.

<sup>118</sup> Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica. Ley N. 7135 de 11 de octubre de 1989. Versión actualizada al 3 de enero de 2011.

La responsabilidad ambiental extracontractual en Costa Rica es objetiva, por lo tanto en este país también se aplica el principio “El que contamina paga”. Ya que los acuerdos internacionales sobre el tema se han ido introduciendo en la legislación nacional para su cumplimiento y sobre todo a nivel constitucional.

Por la vía civil se mantiene la responsabilidad subjetiva en temas de responsabilidad extracontractual y así tenemos que el artículo 1045 del Código Civil de Costa Rica dispone: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”.

Sin embargo, en el tema ambiental los jueces civiles “ticos” amparados en la Constitución y en las diferentes resoluciones de la Corte Constitucional de Costa Rica al respecto aplican el principio “el que contamina paga”. Por lo tanto, las sentencias por vía civil en temas de responsabilidad por daño ambiental generalmente disponen la reparación “in natura” junto con las indemnizaciones económicas por daños y perjuicios respectivas.

Este tipo de actuaciones a nivel judicial es un buen ejemplo para nuestros jueces civiles, sobre todo cuando nuestra constitución señala que vivimos en un Estado de Derechos por lo que la aplicación de la norma constitucional es directa. Para el caso de la responsabilidad por daño ambiental extracontractual es sin dudas aplicable la norma constitucional que señala que dicha responsabilidad es objetiva y por lo tanto el principio “el que contamina paga” debe ser respetado también en los procesos que se lleven a cabo por la vía civil.

## CAPITULO IV.

### 4 LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL A PARTIR DEL PRINCIPIO “EL QUE CONTAMINA PAGA”: ESTUDIO DE CASO.

#### 4.1 DESCRIPCIÓN DEL CASO.

El Gobierno Provincial de la Provincia de Loja en el año 2008 inicia la ampliación de la carretera Vilcabamba - Quinara. Durante los trabajos se procede a acumular escombros en el Río Vilcabamba. Una vez que se inicia el período invernal en los meses de marzo y abril de 2009 los escombros acumulados en el río ocasionan el represamiento de las aguas con el posterior desbordamiento y arrastre de material y árboles, lo que ocasiona serios daños a la naturaleza y a las propiedades localizadas aguas abajo.

El señor Richard FredrickWheeler y la señora EleanorGeerHuddle señalan que con la creciente ocasionada por los escombros perdieron alrededor de una hectárea y media de su terreno ubicado en el Barrio Uchima. Hecho que nunca había acontecido en el pasado por lo que señalan que dicho daño fue producto de la acumulación irresponsable de escombros. Estas personas durante ese año realizaron gestiones en el Consejo Provincial solicitando que los escombros no vuelvan a ser colocados en el río ya que iban a seguir ocasionando

destrozos, además el Consejo Provincial no tenía la respectiva licencia ambiental para realizar la ampliación de la carretera.

En diciembre de 2010 nuevamente camiones del Consejo Provincial empiezan a acumular escombros en el río aguas arriba exactamente en el Barrio Santorum. Ante el peligro inminente por estas actividades y la falta de atención a sus requerimientos por parte de las autoridades del Gobierno local los antes mencionados interponen una acción de protección constitucional.

La acción es presentada en ejercicio del principio de Jurisdicción Universal a favor de la naturaleza, particularmente a favor del Río Vilcabamba y en contra del Gobierno Provincial de Loja representado por el Prefecto Ing. Rubén Bustamante Monteros.

La acción es conocida por la Jueza Temporal del Juzgado Tercero de lo Civil de Loja, quien la niega señalando la falta de legitimación en la causa al no haberse demandado ni citado al Procurador Síndico del Gobierno Provincial. Sentencia que es apelada por los accionantes.

Con fecha 30 de marzo del 2011, la apelación es atendida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja que aceptó la Acción de Protección N. 11121-2011-0010 y sentenció a favor de la naturaleza. Esta sentencia se ejecutorio y fue enviada a la Corte Constitucional de acuerdo a lo que dispone la norma suprema. (Ver Anexo 1).

## 4.2 EL METODO DE PONDERACIÓN.

Para analizar el método de ponderación que el Juez ha utilizado en el caso analizado debemos recordar ciertos principios básicos que guían el análisis jurídico al emitir una

sentencia. Un libro clásico sobre el método científico es el del argentino Mario Bunge quien señaló la diferencia entre ciencias formales y ciencias fácticas:

(...) las ciencias formales demuestran o prueban, en tanto que las ciencias fácticas verifican, confirmando o no, hipótesis que en la mayoría de casos son provisionales. La lógica y la matemática, como ciencias formales, no se ocupan de los hechos sino tratan de entes ideales. Sus objetos son formas. Son, por tanto, ciencias deductivas; las ciencias fácticas, a su turno, se refieren a recursos y procesos. El conocimiento fáctico, de esta forma, es esencialmente probable.<sup>119</sup>

El Derecho es una ciencia fáctica y por lo tanto el juez al momento de dictar sentencia y aplicar el método de ponderación deberá tomar en cuenta todos los hechos y pruebas que se presenten durante el proceso y sobre todo deberá sopesar los principios que puedan entrar en colisión para finalmente tomar una decisión ceñida al Derecho y a la razón. Obviamente dicha decisión muy pocas veces esta basada en certezas la mayoría de casos se fundamentan en hechos probables. Para fortalecer esta opinión vale señalar la siguiente cita:

(...) el Derecho es esencialmente una ciencia fáctica. Su campo de acción está constituido por la interacción de diversas instituciones jurídicas, representadas por las relaciones entre seres humanos. El Derecho regula declarando intereses, una veces, y otras, imponiendo conductas en forma restitutoria o resarcitoria. Es este último segmento el que nos interesa en razón de que es a través de las decisiones judiciales que se expresa la fuerza coercitiva del Derecho, en la medida que, muchas veces, impone conductas a las partes involucradas en un conflicto de intereses.<sup>120</sup>

El presente caso constituye para el juez constitucional la ruptura de un paradigma mental. Esta acción no busca solucionar simplemente un conflicto de intereses entre los actores (personas naturales) y el Gobierno local. Sino que el caso se refiere a un conflicto entre la Naturaleza y el Consejo Provincial. El juez en este proceso debe tomar en cuenta los principios del Derecho Ambiental Internacional que nuestra Constitución ha recogido en

---

<sup>119</sup> Bunge, Mario. 1960. **La ciencia, su método y su filosofía**. Ediciones Arco iris. Pág. 3

<sup>120</sup> Figueroa, Edwin. 2009. **Ponderación y proporcionalidad: un esbozo como técnicas de interpretación constitucional**. Pág. 131.

función de los compromisos adquiridos a través de convenios y tratados sobre la materia. Esto sin duda abre una nueva fase en la concepción jurídica ecuatoriana y en la defensa de los Derechos de la Naturaleza. Así mismo el método de ponderación en el presente caso demanda un mayor esfuerzo ya que aparentemente hay principios en colisión.

Si la resolución de conflictos e incertidumbres jurídicas de orden constitucional se puede ejecutar a través de principios, bajo la pauta unívoca de que un solo principio pueda resolver la controversia, la dificultad parece concluir allí. Sin embargo, ¿qué sucede si, invocado un principio, éste no resulta suficiente para resolver el conflicto, o si bien invocado un principio, éste parece entrar en colisión con otros principios, igualmente de rango constitucional? En dicho caso, nos veremos precisados a aplicar técnicas o procedimientos más complejos, como la ponderación y la proporcionalidad (...).<sup>121</sup>

El Gobierno local en su defensa señala que la población tiene derecho al desarrollo el cual es un Derecho Humano y que al abrir vías de transporte el Estado está cumpliendo con este deber ante y para su pueblo. El no hacerlo constituiría condenar a la población al atraso sin brindar una vida digna a sus mandantes.

Este razonamiento muy válido por parte de defensa pone en análisis una aparente colisión de derechos fundamentales. Siendo así vale citar a Carlos Bernal Pulido:

Que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción (...) A partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario (...)

Prosigue el mismo autor: Sworkin señala que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto

---

<sup>121</sup> *Ibíd.* Pág. 132.

(...) La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.<sup>122</sup>

Existen varios métodos de ponderación según sea el caso. En este proceso los jueces aplican la técnica de la razonabilidad de la medida. Esta técnica incluye tres juicios claramente establecidos: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad. Para así dejar sentado si los argumentos de los recurrentes tienen o no sentido.

A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida (...).

El criterio de necesidad determina que no existe otra solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.

A través del juicio de proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.<sup>123</sup>

Los magistrados en el presente caso debieron realizar el análisis del peso de cada uno de los principios en aparente colisión. Dicha ponderación podría resultar compleja ya que hay que decidir cuál tiene mayor peso; si los derechos a la naturaleza o los derechos humanos. Al respecto la Corte en su considerando décimo segundo señala lo siguiente:

En cuanto al alegato del Gobierno Provincial, de que la población del Quinara, Vilcabamba, Malacatos, etc., necesita carreteras, es de indicar que: En el caso de conflicto entre dos intereses protegidos constitucionalmente, la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto y a la luz de los principios y valores constitucionales. Pero en este caso no

---

<sup>122</sup> Bernal Pulido, Carlos. 2010. **La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales**. Pág. 87.

<sup>123</sup> Figueroa, Edwin. Obra Citada. Pág. 133.

hay que ponderar porque no hay colisión de derechos constitucionales, ni sacrificio de uno de ellos, pues no se trata de que no se ensanche la carretera Vilcabamba – Quinara, sino de que se la haga respetando los derechos constitucionales de la Naturaleza. En todo caso, el interés de esas poblaciones en una carretera resulta minorado comparándolo con el interés a un medio ambiente sano que abarca un mayor número de personas, e incluso se puede afirmar que dentro de ese número de personas se incluye a los pobladores de esas parroquias. Aun tratándose de un conflicto entre dos intereses colectivos, es el medio ambiente el de mayor importancia. No se necesita mayor argumento para concluir que la necesidad de carreteras no faculta al Gobierno Provincial de Loja par que sin obtener el licenciamiento ambiental las apertura o las ensanche como en este caso.<sup>124</sup>

Es sin dudas una consideración muy importante el señalar que no existe conflicto de derechos en el presente caso sino concurrencia de derechos, ya que los derechos de la Naturaleza son concurrentes con los derechos Humanos, por lo tanto no estamos ante una ponderación de principios o derechos.

La aprobación de derechos a la Naturaleza levantó algunas preocupaciones respecto a eventuales colisiones entre éstos y los derechos humanos (como por ejemplo el derecho al desarrollo). No obstante dichas colisiones, de existir, deberían resolverse en cada caso aplicando el principio de proporcionalidad por ser los derechos humanos y los de la Naturaleza de igual categoría jurídica, los jueces constitucionales tuvieron la suficiente perspicacia para establecer que en este caso, como en muchos, la colisión entre estos derechos es solo aparente y, por lo contrario, los derechos de la Naturaleza son concurrentes con derechos humanos fundamentales como el derecho a la salud, a la vida digna y a vivir en un medio ambiente sano.<sup>125</sup>

La consideración de la Sala Penal Constitucional da luces a los jueces en el futuro al señalar que en casos similares realmente no existe colisión entre los derechos de la naturaleza con otros derechos fundamentales, sino más bien la concurrencia o complementariedad entre tales derechos, los cuales permiten una vida digna al ser humano.

---

<sup>124</sup> Sentencia en el Caso: La Naturaleza contra el Gobierno Provincial de Loja. Corte Provincial de Loja, Acción de Protección N. 11121-2011-0010.

<sup>125</sup> Melo, Mario. 2011. **Exigibilidad Judicial de los Derechos de la Naturaleza**. Pág. 4.

### 4.3 DETERMINACION DE LA RESPONSABILIDAD: CRITERIOS PROCESALES.

#### 4.3.1 Criterios Procesales.

a) La Acción de Protección, según el considerando quinto de la sentencia, es señalada por la Sala Penal Constitucional como la mejor vía para proteger los derechos de la Naturaleza y pone énfasis en el Principio de Prevención en el tema ambiental:

Dada la indiscutible, elemental e irresumible importancia que tiene la Naturaleza, y teniendo en cuenta como hecho notorio o evidente su proceso de degradación, la acción de protección resulta la única vía idónea y eficaz para poner fin y remediar de manera inmediata un daño ambiental focalizado. Razona esta Sala que hasta tanto se demuestre objetivamente que no existe la probabilidad o el peligro cierto de que las tareas que se realicen en una determinada zona produzcan contaminación o conlleven daño ambiental, es deber de los Jueces constitucionales propender de inmediato al resguardo y hacer efectiva la tutela judicial de los derechos de la Naturaleza, efectuando lo que fuera necesario para evitar que sea contaminada, o remediar. Nótese que consideramos incluso que en relación al medio ambiente no se trabaja sólo con la certeza daño sino que se apunta a la probabilidad.<sup>126</sup>

Los jueces constitucionales de manera atinada señalan que la acción de protección es la mejor vía para la protección de los derechos de la Naturaleza. Sin embargo, no señalan que sea la única, ya que la justicia civil podría ser una alternativa para determinados casos.

Consideran que ante la imposibilidad de conocer en ese momento el efecto dañino o contaminante que puedan tener las actividades que realiza el Consejo Provincial es necesario detener de inmediato esas actividades hasta no tener la certeza que estas no constituyen un riesgo para la Naturaleza. En este caso el Principio de Prevención que es sin duda uno de los más importantes del Derecho Ambiental Internacional tiene una aplicación inmediata. Es importante señalar que este criterio puede ser tomado en cuenta

---

<sup>126</sup> Sentencia del Caso. Obra Citada.

para causas similares que se sigan por la vía civil ya que la aplicación de la norma constitucional es directa en nuestro sistema jurídico por parte de cualquier autoridad judicial como lo señala la norma suprema:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.<sup>127</sup>

b) El considerando séptimo de la sentencia subraya el hecho que la Naturaleza es un sujeto de derechos:

Nuestra Constitución de la República, sin precedente en la historia de la humanidad reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. El Art. 71 manifiesta que la “Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.”<sup>128</sup>

Las personas que inician esta acción lo hacen a nombre y en representación de la Naturaleza y en ningún momento se discute este hecho durante el proceso, ya que bien se podría haber esgrimido por parte de la defensa del Consejo Provincial de Loja que debido a la falta de leyes en la legislación secundaria que normen quién está facultado para representar a la Naturaleza los proponentes no tendrían la capacidad de actuar de la manera que lo hacen. Sin embargo, la corte toma en cuenta el mandato del artículo. 11 numeral 1:

Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.<sup>129</sup>

Por lo tanto, mediante este proceso se establece como un precedente que cualquier persona puede actuar en representación de los derechos de la Naturaleza. Esto es de suma

---

<sup>127</sup> Art. 11. Numeral 3. Constitución del Ecuador, 2008.

<sup>128</sup> Sentencia del Caso. Obra Citada.

<sup>129</sup> Constitución del Ecuador. 2008.

importancia en el tema de legitimación activa y que también como es obvio se vuelve totalmente aplicable en el campo civil o penal en el futuro.

c) Los daños generacionales son tomados en cuenta en el considerando octavo de la sentencia y por la importancia de esta opinión la incluyo de manera íntegra a continuación:

La importancia de la Naturaleza es tan evidente e indiscutible que cualquier argumento respecto a ello resulta sucinto o redundante, no obstante, jamás es de olvidar que los daños causados a ella son “daños generacionales”, que consiste en “aquellos que por su magnitud repercuten no sólo en la generación actual sino que sus efectos van a impactar en las generaciones futuras”. También es oportuno citar lo que el economista Alberto Acosta, Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, dijo: “Urge entender que el ser humano no puede sobrevivir al margen de la naturaleza que por cierto contiene cadenas alimentarias indispensables para la vida de la humanidad. El ser humano forma parte de ella, no la tienen ahí como si fuese una ceremonia en la que el ser humano resulta el espectador...Cualquier sistema legal apegado al sentido común, sensible a los desastres ambientales que hoy en día conocemos, y aplicando los conocimientos científicos modernos o, los conocimientos antiguos de las culturas originarias sobre cómo funciona el universo, tendría que prohibir a los humanos llevar a la extinción a otras especies o destruir a propósito, el funcionamiento de los ecosistemas naturales. Como declara la famosa ética sobre la tierra de Aldo Leopold, “una cosa es correcta cuando tiende a preservar la integridad, estabilidad y belleza de la comunidad biótica. Es incorrecta cuando hace lo contrario”. En esta línea de reflexión algunas premisas fundamentales para avanzar hacia lo que se denomina como “la democracia de la Tierra” son: a) Los derechos humanos individuales y colectivos deben estar en armonía con los derechos de otras comunidades naturales de la Tierra. b) Los ecosistemas tienen derecho a existir y seguir sus propios procesos vitales. c) La diversidad de la vida expresada en la Naturaleza es un valor en sí mismo. d) Los ecosistemas tienen valores propios que son independientes de la utilidad para el ser humano. e) El establecimiento de un sistema legal en el cual los ecosistemas y las comunidades naturales tengan un derecho inalienable de existir y prosperar situaría a la Naturaleza en el nivel más alto de valores y de importancia. Sin duda esta tendrá como efecto directo prevenir los daños, repensar muchas actividades humanas cuyo costo ambiental es demasiado grande y aumentar la conciencia y respeto a los otros. Vendrá el día en que el derecho de la Naturaleza sea, por conciencia de todos y todas, cumplido, respetado y exigido. Y ojala no sea tarde. Todavía estamos a tiempo para que nuestras leyes reconozcan el derecho de un río a fluir, prohíban los actos que desestabilicen el clima de la Tierra, e impongan el respeto al valor intrínseco de todo ser viviente. Es la hora de frenar la desbocada mercantilización de la Naturaleza, como fue otrora prohibir la compra y venta de los seres humanos. (Publicado en la página de la Asamblea Nacional

Constituyente del Ecuador el 29 de febrero. Reproducido en el semanario Peripecias N. 87 el 5 de marzo de 2008).<sup>130</sup>

La explicación que dan los jueces constitucionales para señalar que cualquier daño a la Naturaleza es un daño que afecta a las comunidades humanas actuales y que repercutirán en el futuro justifica por demás el propender a protegerla. Los jueces citan a varios autores en el considerando y reflexionan sobre la opinión de éstos, quienes señalan que los derechos de la Naturaleza están ubicados en el nivel más alto por su valor para la vida y por tanto se los debe proteger sobre y ante todo. Esta protección debe primar sobre los intereses mercantilistas que generalmente han gobernado el mundo por siglos.

La Sala señala en su considerando noveno que el gobierno local no niega que este contaminando o cortando los árboles junto al río. Además de los documentos que presenta en el proceso se puede deducir que existe este riesgo:

El hecho de que el Gobierno Provincial de Loja está construyendo una carretera entre Vilcabamba y Quinara no ha sido objeto de discusión. Tampoco lo ha sido el hecho de que ha derribado o está derribando árboles, ha botado o está botando al Río Vilcabamba material resultante de la apertura de la carretera. La misma entidad demandada da cuenta de eso con la documentación que ella misma presenta así: fs. 21, 24, 26 a 40.-<sup>131</sup>

Por lo tanto, es necesario que estas actividades sean detenidas inmediatamente según el criterio jurídico esbozado en la sentencia.

d) Es importante tomar en cuenta la consideración décima en la cual la Sala señala que es el Gobierno local quien debe aportar pruebas sobre su inocencia. Es decir la inversión de la carga de la prueba en temas de contaminación ambiental es un importante precedente de

---

<sup>130</sup> Sentencia del Caso. Obra Citada.

<sup>131</sup> *Ibíd.*

esta sentencia. Si bien la disposición constitucional es muy clara, otros jueces hasta la fecha no la habían expresado.

Los accionantes no debían probar los perjuicios sino que el Gobierno Provincial de Loja tenía que aportar pruebas ciertas de que la actividad de abrir una carretera no afecta ni afectará el medio ambiente. Sería inadmisibles el rechazo de una acción de protección a favor de la Naturaleza por no haberse arrimado prueba (...) La inversión de la carga de la prueba, en materia ambiental es admitida por algunas legislaciones de otros países (...) El artículo 397 de la Constitución señala que “La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”, lo que implica que le correspondía al Gobierno Provincial de Loja demostrar si la apertura de esa carretera no está provocando daño ambiental.<sup>132</sup>

e) Finalmente la consideración décima segunda de la sentencia que ya fue señalada con anterioridad expresa que no existe colisión de derechos entre el derecho de la población de tener vías de acceso con los derechos de la Naturaleza. Ya que no se niega la posibilidad de construir carreteras para beneficio de la población pero tampoco eso implica la permisibilidad de hacer dichas obras sin los estudios previos de impacto ambiental para evitar daños a la Naturaleza.

#### **4.3.2 Los efectos indemnizatorios del Fallo Judicial.**

Para realizar un análisis detenido de la sentencia y sus efectos indemnizatorios procedo a redactarla a continuación:

1).- Aceptar el recurso planteado y revocar la sentencia impugnada declarando que la entidad demandada está violentando el derecho que la Naturaleza tiene de que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, 2).- Ordenar que el

---

<sup>132</sup> *Ibíd*em

Gobierno Provincial de Loja, en el término de cinco días, inicie el cumplimiento de todas y cada una de las recomendaciones que el Subsecretario de Calidad Ambiental le ha hecho mediante oficio No. MAE-SCA-2020-1727, dirigido al señor Prefecto Ing. Rubén Bustamante Monteros y que consta en el considerando décimo de esta sentencia, caso contrario este Tribunal con la facultad que le otorga el cumplimiento de las sentencias se verá en la obligación de suspender la obra; 3) De conformidad al Art. 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, delegar el seguimiento del cumplimiento de esta sentencia al Director Regional de Loja, el Oro y Zamora Chinchipe del Ministerio del Ambiente, y a la Defensoría del Pueblo de Loja, quines informarán periódicamente a esta Sala sobre tal cumplimiento y podrán deducir las acciones que sean necesarias para cumplir esta delegación; 4) Ordenar que la entidad demandada pida disculpas públicas por iniciar la construcción de una carretera sin contar con el licenciamiento ambiental. Deberá hacerlo mediante publicación en un diario de la localidad, en un cuarto de página.<sup>133</sup>

La sentencia de la Sala Penal Constitucional no expresa que se deba realizar indemnizaciones de tipo económico a ninguna persona ya que la acción de protección fue planteada solicitando que se detenga actividades en contra de la Naturaleza y el sujeto de Derechos en el presente caso es la misma Naturaleza. Quienes actúan a su nombre podrían haber incluido el recibir indemnización por la pérdida de una hectárea y media por las crecientes del Río. Sin embargo, no lo hicieron. Por lo tanto, los jueces enfocan su sentencia en otras medidas que buscan cumplir con la acción planteada.

La Sala señala que efectivamente se ha violado un derecho de la Naturaleza y es necesario el respeto integral y su mantenimiento por parte del gobierno local para permitir la regeneración de los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Por lo tanto, delega a la oficina regional del Ministerio de Ambiente que controle la obra y que el Consejo Provincial de Loja respete todas las observaciones que se le den, caso contrario suspenderá la obra de inmediato. Esta delegación será continua y lo harán tanto el Ministerio del Ambiente como la Defensoría del Pueblo.

Un tema que pasan por alto los jueces constitucionales es determinar medidas de reparación del daño causado hasta ese momento. Seguramente a la espera de las

---

<sup>133</sup> *Ibídem.*

recomendaciones técnicas del Ministerio del Ambiente sobre las actividades que deberá realizar el gobierno local como medidas de remediación.

Finalmente la orden de las disculpas públicas que exige la Corte al gobierno local expresa sin dudas la obligación que tiene una autoridad de ser la primera en respetar la Constitución y al ser el ambiente y los derechos de la Naturaleza un tema de interés público es esta misma autoridad quien debe disculparse por no haber respetado el interés público.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

### CONCLUSIONES.

1.- El Derecho es una ciencia fáctica y por lo tanto el juez al momento de dictar sentencia y aplicar el método de ponderación deberá tomar en cuenta todos los hechos y pruebas que se presenten durante el proceso y sobre todo deberá sopesar los principios que puedan entrar en colisión para finalmente tomar una decisión ceñida al Derecho y a la razón. Obviamente dicha decisión muy pocas veces esta basada en certezas la mayoría de casos se fundamentan en hechos probables.

2.- El Derecho Ambiental es de aplicación horizontal entre las diferentes ramas jurídicas. Además tiene como característica esencial para su aplicación en la legislación nacional e internacional ser un Derecho Humano ya que su fin último es permitir al hombre gozar de su vida en un ambiente ecológicamente sano.

3.- La aplicación directa de las normas de nuestro Código Civil para casos de daño ambiental limitaría totalmente la aplicación del principio “el que contamina paga”, ya que la responsabilidad extracontractual subjetiva obligaría al juez a considerar que el daño se configuraría exclusivamente por un delito; calificación que requiere de la intención de causar daño; o de un cuasidelito; calificación en la que no existe intención dañosa pero si culposa.

4.- El factor de atribución determina si la responsabilidad extracontractual es subjetiva u objetiva. En nuestro Derecho Civil eminentemente subjetivo el factor de atribución para el caso de daño ambiental sería el dolo, culpa o negligencia.

5.- En el caso de la responsabilidad extracontractual objetiva el daño provoca el vínculo entre el autor y el damnificado, sin importar si dicho daño se realizó con dolo o culpa. Siendo así en el tema ambiental el que “contamina paga” y por lo tanto el factor de atribución es el daño o contaminación causada a la naturaleza o a los individuos que tienen el derecho humano de vivir en un ambiente libre de contaminación.

6.- Luego del análisis realizado en el presente estudio podemos señalar que la responsabilidad civil objetiva no es antagónica con la responsabilidad subjetiva. Es complementaria. Por lo tanto, es aplicable a ciertos casos en los que al no existir culpa o dolo la aplicación de la responsabilidad subjetiva ocasionaría una injusticia.

Los operadores jurídicos deben tomar en cuenta que desde el punto de vista social el Derecho debe brindar protección a personas o grupos vulnerables que se hallan en relación de desigualdad frente a otros ya sea por factores económicos, físicos o tecnológicos. Siendo así, es justo que el Derecho haya creado instituciones jurídicas que busquen equiparar estas inequidades que también son comunes en el campo ambiental.

En nuestro país la Naturaleza constitucionalmente es un sujeto de derechos. El artículo 71 establece: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funcionamiento y procesos evolutivos”. Estando la naturaleza en un evidente estado de vulnerabilidad frente a actividades humanas causantes de daño ambiental debe ser privilegiada en su protección por parte de la autoridad en cuyas manos esta el juzgamiento de actividades ambientalmente lesivas.

Las ideas anteriormente expuestas sobre todo la de considerar a la Naturaleza como sujeto de derechos rebasan totalmente la concepción de responsabilidad civil subjetiva. Siendo

por este motivo y sobre todo porque la Carta Magna lo dispone que es necesaria la aplicación directa de las normas constitucionales por parte del juez en las causas relativas a derechos humanos, siendo una de ellas los temas por daño ambiental.

7.- Al analizar el caso español, la aplicabilidad de un sistema similar al caso ecuatoriano tendría como principal limitante el factor económico. Ya que se requiere de organismos técnicos que sean financiados por el Estado, aspecto que en mi opinión nuestro país todavía no puede implementar.

8.- La determinación de dolo o culpa en daño ambiental generalmente es muy difícil y a veces imposible porque los efectos de la mayoría de estas acciones se ven en el largo plazo. Se ha señalado ejemplos tales como cáncer, mutaciones genéticas entre otros.

Igualmente determinar la relación de causalidad en temas de daño ambiental muchas ocasiones requiere de años de estudios y la inversión de ingentes sumas de dinero para contratar técnicos y peritos que puedan emitir una opinión certera sobre el efecto de un químico u otra sustancia producida o usada en la actividad causante del daño.

9.- Elevar a rango constitucional la responsabilidad objetiva por daño ambiental es un gran acierto del legislador constituyente, ya que brinda al juez civil un instrumento valioso del que no disponía antes del año 2008. Además la responsabilidad constitucional objetiva permite la aplicación jurídica de otros principios internacionales como “El que contamina paga”.

El principio de “el que contamina paga” es parte del Principio 16 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992): “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internacionalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.”<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup> Guaranda, Wilton. Obra citada. Pág. 83.

La teoría de la responsabilidad objetiva tiene como regla general que la parte que realiza actividades peligrosas es responsable por el daño ocasionado sin importar la intención. La responsabilidad objetiva es particularmente aplicable en casos de daño al medio ambiente por cuanto obliga a los contaminadores a internalizar los costos por sus actividades riesgosas incorporando el principio “el que contamina paga”.<sup>135</sup>

10.- La responsabilidad objetiva con rango constitucional permite la efectiva aplicación del principio internacional de prevención, ya que los posibles contaminadores “saben que serán responsables por los costos de remediación del daño que causan y tendrán un incentivo importante de evitar dicho daño”.<sup>136</sup>

11.- En el proceso analizado se establece como un precedente que cualquier persona puede actuar en representación de los derechos de la Naturaleza. Esto es de suma importancia en el tema de legitimación activa y que también como es obvio se vuelve totalmente aplicable en el campo civil o penal en el futuro.

12.- El derecho humano expresado en varias constituciones “todo hombre tiene derecho a vivir en un ambiente sano” es universal. Pero es importante considerar que su aplicación es diferente en cada país ya que la afectación al ambiente está relacionada con factores sociales y culturales. Muchos ambientalistas al considerar al principio desde una óptica limitada “pagar por contaminar” han señalado que este principio es la consagración del derecho a contaminar, pero el principio “el que contamina paga” no puede ser considerado desde una óptica tan limitada. Debemos considerar que este principio a más de incluir una retribución económica por el daño causado conlleva el tomar todas las medidas necesarias para impedir o reducir la contaminación.

Por lo tanto, el juez que sentencia haciendo estas consideraciones aplica de manera efectiva el principio preventivo de precaución y el reparatorio.

---

<sup>135</sup> Alianza Mundial de Derecho Ambiental (Washington). 2009. **AmicusCuriae presentado a CSJ Sucumbíos en caso: María Aguinda y otros vs. CHEVRONTEXACO**. Pág. 7.

<sup>136</sup> **Green Paper in Remediating Environmental Damage**. Com97. European Union Commission documents.14/05/1993. Bruselas.

13.- La finalidad de todo sistema jurídico de responsabilidad es la reparación del daño causado. Si bien parte de la reparación consiste en una indemnización de carácter pecuniario. Pero esta reparación es parcial, por lo tanto, el juez debe considerar que es necesario realizar la reparación in natura, reparación que consiste en la restitución del bien ambiental (generalmente un ecosistema) a su estado original, caso en que se habla de restauración integral.

14.- El caso analizado en el presente estudio constituye para el juez constitucional la ruptura de un paradigma mental. Esta acción no busca solucionar simplemente un conflicto de intereses entre los actores. Sino que el caso se refiere a un conflicto entre la Naturaleza y el Gobierno local. El juez toma en cuenta los principios del Derecho Ambiental Internacional que nuestra Constitución ha recogido en función de los compromisos adquiridos a través de convenios y tratados sobre la materia. Esto sin duda abre una nueva fase en la concepción jurídica ecuatoriana y en la defensa de los Derechos de la Naturaleza. Así mismo el método de ponderación en el presente caso demanda un mayor esfuerzo ya que aparentemente hay principios en colisión.

15.- La consideración de la Sala Penal Constitucional da luces a los jueces en el futuro al señalar que en casos similares realmente no existe colisión entre los derechos de la naturaleza con otros derechos fundamentales, sino más bien la concurrencia o complementariedad entre tales derechos, los cuales permiten una vida digna al ser humano.

16.- La consideración décima segunda de la sentencia expresa que no existe colisión de derechos entre el derecho de la población de tener vías de acceso con los derechos de la Naturaleza. Ya que no se niega la posibilidad de construir carreteras para beneficio de la población pero tampoco eso implica la permisibilidad de hacer dichas obras sin los estudios previos de impacto ambiental para evitar daños a la Naturaleza.

17.- Finalmente la orden de las disculpas públicas que exige la Corte al gobierno local expresa sin dudas la obligación que tiene una autoridad de ser la primera en respetar la Constitución y al ser el ambiente y los derechos de la Naturaleza un tema de interés público es esta misma autoridad quien debe disculparse por no haber respetado el interés público.

18.- Según el artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental, el juez civil que debe conocer de las causas de afectación al ambiente es el Presidente de la Corte Superior de la Jurisdicción donde se produzca el daño. Y no el juez civil de primera instancia en un juicio civil ordinario.

## RECOMENDACIONES.

1.- Es importante señalar que a nivel internacional cuando el Estado no aplica debidamente el Principio de Prevención y causa daño transfronterizo se vuelve imputable del daño por omisión. Sería interesante que esta consecuencia pueda ser recogida por el Derecho Penal y Administrativo Ambiental nacional. Si bien ciertas figuras penales y administrativas podrían tener relación con la omisión de aplicar las normas legales constitucionales para el caso estudiado es interesante pensar en la posibilidad de incluir en la ley nacional una norma expresa para el caso de no aplicación judicial o administrativa del Principio de Prevención en el campo ambiental.

2.-El Derecho tiene como misión proteger no sólo a personas sino también regular “situaciones o entes” que se encuentran en vulnerabilidad. Obviamente la aplicación del Derecho Civil clásico a estas nuevas realidades muchas veces no es posible y en lugar de que ciertos juristas se dediquen a criticar o considerar como imposibles estas nuevas instituciones deberían utilizar su sapiencia y energía a configurar estas nuevas instituciones a la luz de la lógica y técnica jurídica para que su aplicación sea concordante con el mundo actual. La protección de la naturaleza sobrepasa los derechos e intereses de tipo económico que pueden tener las actividades empresariales o productivas con las que podrían entrar en conflicto. Los operadores jurídicos deben al redactar sus sentencias aplicar el Derecho Ambiental de manera horizontal y sobre todo priorizarlo en la escala jerárquica de derechos.

3.- Del análisis realizado se podría incluir en la legislación nacional un procedimiento de valoración integral del daño ambiental y así evitar que la reparación in natura se limite a ser simplemente un enunciado de buena fe también en la legislación ecuatoriana.

4.- La protección de la Naturaleza sobrepasa los derechos e intereses de tipo económico que puedan tener las actividades empresariales o productivas con las que podrían entrar en conflicto. Los operadores jurídicos deben al redactar sus sentencias aplicar el Derecho Ambiental de manera horizontal y sobre todo priorizarlo en la escala jerárquica de derechos.

5.- Cuando un juez civil deba juzgar temas de daño o contaminación ambiental debe aplicar los principios de la responsabilidad objetiva, sobre todo cuando nuestro sistema legal señala que la aplicación de la norma constitucional debe ser directa en las decisiones que toman jueces y autoridad públicas.

6.- En Costa Rica existe el Tribunal Ambiental Administrativo para atender de manera inmediata las denuncias por daño ambiental. Este procedimiento administrativo permite que las denuncias por daño ambiental sean conocidas de manera rápida y oportuna y es un buen ejemplo a imitar por parte de la legislación ecuatoriana.

7.- En Ecuador es recomendable que se establezca algo similar a lo que posee Costa Rica donde existe una Secretaría Técnica Ambiental, que es un organismo técnico-científico financiado por el Estado para recabar las pruebas materiales necesarias y determinar las causas y los involucrados en actividades contaminantes de esta forma se cumplirá la ley y las personas o comunidades perjudicadas por acciones de daño ambiental que generalmente son pobres podrán hacer valer sus derechos y no caer en la indefensión por no poder financiar estudios técnicos.

8.- Es menester que para el caso ecuatoriano la autoridad o juez que conozca una causa por daño ambiental al aplicar el principio “el que contamina paga” considere que dicho principio no es permisivo a cambio del pago de una cantidad económica, tampoco está en contra del principio preventivo. El principio “el que contamina paga” además del resarcimiento económico persigue que la actividad contaminante sea detenida inmediatamente, es decir, es complementario de los principios de precaución y prevención.

9.- En Costa Rica las sentencias civiles relacionadas con daño ambiental recogen el principio “el que contamina paga” y disponen la reparación “in natura” junto con las indemnizaciones económicas por daños y perjuicios respectivos. Para el caso de la responsabilidad por daño ambiental extracontractual en nuestro país este es sin dudas un ejemplo a seguir sobre todo porque al igual que en Costa Rica nuestra norma constitucional señala que dicha responsabilidad es objetiva y por lo tanto el principio “el que contamina paga” debe ser respetado también en los procesos que se lleven a cabo por la vía civil en el Ecuador.

10.- La aplicación de la responsabilidad objetiva a nivel constitucional es complementada por el artículo 397 que expresa una obligación extremadamente importante por parte del Estado al señalar: “...la obligación del Estado para actuar de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas”. Es decir en caso de daño ambiental el Estado debe restaurar esos ecosistemas afectados de manera “inmediata” y de manera paralela o posterior puede repetir contra el causante del daño, “...el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca...”. Además de establecer la responsabilidad al servidor público responsable de realizar el control ambiental.

La norma anterior debe ser aplicada en toda causa pero especialmente en las causas iniciadas por individuos o comunidades pobres, ya que el Estado debe subsanar el daño no solamente con acciones administrativas y judiciales contra el contaminador sino con inversión económica directa de manera inmediata.

11.- En el análisis de Derecho Comparado un aspecto positivo de la legislación española que podría ser recogido por nuestra legislación es la capacidad que tienen terceros, sean estos, personas naturales u organizaciones para hacer un seguimiento o veeduría de los procesos judiciales y ejercer un control social sobre la decisión del Juez.

Es necesario que la mentalidad de jueces cambie, ya que en el Ecuador son muy reacios a entregar información a terceros dentro de los procesos judiciales, incluso las partes que actúan en el proceso tienen ciertas limitaciones para que la información demandada al Juez o Secretario de juzgado sea facilitada de manera oportuna y eficiente.

12.- En Costa Rica el proceso contencioso administrativo es oral. Esto sin duda permite a diferencia de Ecuador obtener sentencias en tiempo relativamente corto. En el tema ambiental es de suma importancia para evitar un daño que el juez actúe con la mayor celeridad posible. Por lo tanto, la oralidad para la vía contenciosa administrativa es sin duda un excelente ejemplo a tomar por parte de nuestra legislación ambiental.

13.- En el caso del país centroamericano analizado la presentación del recurso de amparo se lo puede hacer exento de múltiples requisitos y formalidades, se lo puede plantear a mano o escrito a máquina, en cualquier tipo de papel, se puede enviar por fax o telegrama y puede ser planteado por una persona que no sea directamente la afectada.

La legislación de Costa Rica da todas las facilidades cuando se quiere proteger derechos fundamentales y es un buen ejemplo a seguir en Ecuador, sobre todo al considerar que por la pobreza de muchas personas no pueden financiar un abogado o no tienen acceso a máquinas de escribir o computadoras y eliminar varios formalismos innecesarios permitiría a estas personas defender sus derechos.

14.- En el caso analizado el juez constitucional expresa la obligación de respetar el Principio de Prevención que es sin duda uno de los más importantes del Derecho Ambiental Internacional y que sin duda debe tener una aplicación inmediata. Es importante señalar que este criterio puede ser tomado en cuenta para causas similares que se sigan por la vía civil ya que la aplicación de la norma constitucional es directa en nuestro sistema jurídico por parte de cualquier autoridad judicial como lo señala la norma suprema.

15.- Es importante tomar en cuenta la consideración décima en la cual la Sala señala que es el Gobierno local quien debe aportar pruebas sobre su inocencia. Es decir la inversión de la carga de la prueba en temas de contaminación ambiental es un importante precedente de esta sentencia. Si bien la disposición constitucional es muy clara, otros jueces hasta la fecha no la habían expresado.

16.- Como la Ley de Gestión Ambiental dispone que el juez llamado a conocer un caso de afectación ambiental es el Presidente de la Corte Superior, cuando un abogado por error presente la demanda ante un juez de lo civil, éste debe abstenerse de conocer el caso debido a que no es el competente por ley especial.

## BIBLIOGRAFIA.

### TEXTOS:

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

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

Bazán, Víctor. 2005. **Neo-constitucionalismo o Derecho por Omisión**, Artículo Publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional Argentino, Octubre.

Belloti, Mirta. 2009. **El Principio de Precaución Ambiental: La Práctica Argentina**. Editora Lerner. Buenos Aires, Argentina.

Bernal Pulido, Carlos. 2010. **La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura**. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. Bogotá.

Bontems, Philippe. 2000. **Economía del Ambiente**. Ed. AbyaYala (traducción). Quito.

Bunge, Mario. 1960. **La ciencia, su método y su filosofía**. Ediciones Arco iris. Buenos Aires.

Campos, Mercedes. 2000. **La responsabilidad civil por daño al medio ambiente**. Publicaciones de la UNAM. México. D.F.

Chiriboga, Ramiro. 2000. **Propuesta de un lineamiento para la formulación de una ley de régimen especial para la Amazonía**. Editorial FIGEMPA. Quito.

**Diccionario Ilustrado de la Lengua Española** Aristos. 1982. Editorial Ramón Sopena, Barcelona.

Gherzi, Carlos. 2001. **Derecho y reparación de daños, tomo III**. Ed. Universidad. 2001. Buenos Aires.

Gherssi, Carlos. 2004. **Daños al ecosistema y al medio ambiente**. Ediciones Astrea. Buenos Aires.

González, José Juan. 2003. **La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina**. Programa de las NNUU para el Medio Ambiente. México. D.F.

Guaranda, Wilton. 2009. **Instrumentos Jurídicos para la Protección y Defensa de los Derechos Ambientales Aplicados a las Actividades Hidrocarburíferas**. Editada por Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos IHREDH. Quito.

Hidalgo, R., Crespo, R.&Calvachi, R. 2004. **Manual de Capacitación en Derecho Ambiental y Código de Procedimiento Penal para Fiscales del Ministerio Público**. CEDA. Quito.

Hutchinson, Tomás. 2000. **Breve análisis de la responsabilidad ambiental desde el punto de vista del Derecho Público, en Estudios a la memoria de Héctor FrugoneSchiavino**. Edit. Univ Católica, Montevideo.

Irrisari Boada, Catalina. 2001. **El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano**, Tesis de abogacía, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídica. Bogota.

Larios, Gina. 2010. **La Quema de la Caña de Azúcar en Guanacaste. Impacto Ambiental. Deber del Estado de Disminuir sus Efectos**. Tesis de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José.

Madriz, Piedra. Gerardo, Rivera y Ramírez, Jorge. 1998. **La sala Constitucional y la Ley de la Jurisdicción Constitucional en Resumen**. Poder Judicial, Departamento de Publicaciones e Impresos. San José – Costa Rica.

Mazeaud, Henri y Leon, Jean. 1960. **Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II: La responsabilidad civil., Los cuasicontratos**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

Melo, Mario. 2011. **Exigibilidad Judicial de los Derechos de la Naturaleza**. Publicación de la Fundación Pachamama. Quito. <http://pachamama.org.ec/wp-content/uploads/2011/06/Exigibilidad-judicial-de-los-Derechos-de-la-Naturaleza-Melo.pdf>. Acceso: 13/03/2012.

Mosset, Jorge. 2005. **Daño Ambiental**. Editorial Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires.

Narváez, Iván. 2004. **Derecho Ambiental y Sociología Ambiental**. Editorial Jurídica Cevallos. Quito.

Narváez, María José. 2008. **Derecho Ambiental: Manual para la Cátedra**. Editado por la Universidad Alfredo Pérez Guerrero. Quito.

Narvéz, María José. 2008. **La responsabilidad Civil Extracontractual por daños ambientales y las instituciones del Código Civil Ecuatoriano**. Tesis para el título de Maestría en Derecho Administrativo. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito.

Ospina, Juan Carlo y Pinzón, Ana. 2010. **De la culpa a la responsabilidad objetiva, aplicación de la culpa en los casos de responsabilidad civil**. Monografía para título de abogado. Universidad Autónoma de Colombia, Facultad de Derecho. Bogota.

Peña, Mario. **La Nueva Directiva Comunitaria sobre Responsabilidad Ambiental en Relación con la Prevención y Reparación de los Daños Ambientales y su Relación con los Regímenes Latinoamericanos de Responsabilidad**. Publicaciones de CICA. Madrid. [www.cica.es/aliens/gimadus/1213/RESPONSABILIDAD.htm](http://www.cica.es/aliens/gimadus/1213/RESPONSABILIDAD.htm). Acceso: 24/01/2012.

Piña, B., 1990. **Modelos de explicación sobre la determinación del proceso Salud-Enfermedad. Factores de riesgo en la comunidad**. Tomo I. Ediciones de la UNAM. México, D. F.  
<http://www.lexisnexus.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=1328&tipo=10> Acceso: 11/09/2011

Proyecto Estado de la Nación (Costa Rica). 2000. Gobierno de la República. San José – Costa Rica.

## TRATADOS:

Carta Mundial de la Naturaleza. 1982. C.M.N. Res. AG 37/7 del 28/10/82

Convenio de las NN.UU sobre Biodiversidad Biológica. Nairobi. 5 de junio de 1992. Ratificada el 10 de Febrero de 1993 (Registro Oficial N. 647).

Convención de las NN.UU sobre Cambio Climático. New York. 9 de mayo de 1992. Ratificada el 16 de marzo de 1993 (Registro Oficial N. 148).

Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Mar (CONVEMAR). Montego Bay. 10 de diciembre de 1982.

Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional. 1971. Adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, Estocolmo 5 al 16 de junio de 1972.

Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano. Adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, Estocolmo 5 al 16 de junio de 1972

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro 14 de Junio de 1992).

Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas. 1998. Ratificado el 20 de Diciembre de 1999 (Registro Oficial N. 1588).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2011. Sistema Electrónico Legal de la Unión Europea. 2011.

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:ES:PDF>. Acceso: 17/01/2012.

## LEYES.

Código Civil Ecuatoriano, (2010) Corporación de Estudios y publicaciones, Quito. R.O-S 46: 24-jun-2005

Constitución del Ecuador, (2008). R.O-S 449: 20-oct-2008.

Constitución Política de Costa Rica. Publicada el 7 de Noviembre de 1949. Última Reforma 5 de Octubre del 2005.

[http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_Informacion/Documentos%20compartidos/Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20Costa%20Rica.pdf](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Documentos%20compartidos/Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20Costa%20Rica.pdf). Acceso: 20/12/2011.

Decreto Ejecutivo N. 1040 . Registro Oficial N. 332 de 8 de Mayo de 2008.

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

Ley de Biodiversidad N. 7788. Asamblea Legislativa de Costa Rica. La Gaceta, no. 101, 27 de mayo de 1998.

Ley Orgánica del ambiente. Ley N. 7554. Asamblea Legislativa de Costa Rica. La Gaceta del 13 de Noviembre de 1995.

<http://oas.org/dsd/EnvironmentLaw/Serviciosambientales/Costarica/Microsoft%20Word%20-%20LeyorganicadelambienteLey7554de1995.pdf>. Acceso: 20/12/2011.

Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica. Ley N. 7135 de 11 de octubre de 1989. Versión actualizada al 3 de enero de 2011.

<http://www.cesdepu.com/nbdp/ljc.htm>. Acceso: 08/04/2012.

Reglamento a la Ley de Uso, Manejo y Conservación de suelos. Presidencia de la República de Costa Rica. Decreto Ejecutivo N° 29375 del 8 de agosto del 2000.

## FALLOS JUDICIALES.

CORTE PROVINCIAL DE LOJA. Sentencia en el Caso: La Naturaleza contra el Gobierno Provincial de Loja. Acción de Protección N. 11121-2011-0010.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 13066-01 de las 15 horas 49 minutos del 19 de diciembre de 2001.

## ARTICULOS DE REVISTAS Y PONENCIAS.

Breñez, Raúl. 1994. Manual de Derecho Ambiental Mejicano. En Comentarios Bibliográficos de la Revista de Política y Derechos Ambientales en América Latina y el Caribe. Volumen I – No. 3.

Cafferata, Nestor. 2011. La responsabilidad por daño ambiental. Revista Cubana de Derecho Ambiental. Año I, número 3, enero-marzo, 2011. <http://www.proyesc.cu/rcda/html%201vol3/a06.html>. Acceso: 06/Diciembre/2011.

Cañedo Ruben y Karel Caridad. 2004. Apuntes para una historia universal. Artículo publicado en Revistas Médicas Cubanas. Vol. 12. [http://www.bvs.sld.cu/revistas/aci/vol12\\_1\\_04/aci03104.htm](http://www.bvs.sld.cu/revistas/aci/vol12_1_04/aci03104.htm) Acceso:06/10/2011.

Crespo, Ricardo. 2011. La Responsabilidad Objetiva por Daños Ambientales y la Inversión de la Carga de la Prueba en la Nueva Constitución. Artículo Presentado en la Revista Electrónica de Derecho Ambiental. [www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1225820188.Articulo\\_Ricardo\\_Crespo.doc](http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1225820188.Articulo_Ricardo_Crespo.doc). Acceso 20/12/2012.

Cooper F. 1997. Hacia una estructuración institucional para el Desarrollo Sostenible del Siglo XXI. Ponencia presentada en la Conferencia sobre desarrollo sostenible patrocinada por el Gobierno de Costa Rica y UNDP. San José – Costa Rica. [http://www.oas.org/dsd/environmentlaw/trade/Documents/costa\\_rica/impacto\\_ambiental\\_y\\_liberalizacion\\_comercial\\_07-04.pdf](http://www.oas.org/dsd/environmentlaw/trade/Documents/costa_rica/impacto_ambiental_y_liberalizacion_comercial_07-04.pdf). Acceso: 7/01/2012.

Drnas de Clement, Zlata. 2001. El Principio de Precaución en Materia Ambiental, Nuevas Tendencias. Ponencia por la Jornadas Ambientales ante el Instituto de Federalismo la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artpricipiodeprecaucion/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artpricipiodeprecaucion/at_download/file). Acceso: 09/septiembre/2011

Drnas de Clément, Zlata. 2000. Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema Internacional y en el Interamericano. Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Internacional, Córdoba Argentina (11 al 14 de diciembre de 2000). <http://www.scribd.com/doc/15986412/Principios-de-Prevencion-y-Precaucion>. Acceso: 09/09/2011.

Figueroa, Edwin. 2009. Ponderación y proporcionalidad: un esbozo como técnicas de interpretación constitucional. Criterios jurisprudenciales. Publicado en La Gaceta Constitucional del Perú No. 13. Enero 2009.

Gutiérrez, José y Pozo, Teresa. 2006. Modelos Teóricos Contemporáneos y Marcos de Fundamentación de la Educación Ambiental para el Desarrollo Sostenible. Revista Iberoamericana de Educación. N. ° 41. <http://www.rieoei.org/rie41a01.pdf> Acceso: 16/marzo/2011.

Jinesta, Ernesto. 2008. La Oralidad en el Nuevo Proceso Contencioso Administrativo (Costa Rica). En: Memorias del Congreso Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina.. Fundación Konrad Adenauer. San José.

Manthey, Osvaldo, Canalización de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Ambiental, en Revista Jurídica “La hora judicial” [http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=2413](http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2413). Acceso: 06/Diciembre/2011.

Muñoz, Macarena. 2000. El principio “el que contamina paga” a la luz de la legislación chilena. Artículo publicado en al Revista de Derecho N. 12 de la Universidad de Valparaíso. Valparaíso, Chile.

Peña, Mario. 2005. La Nueva Directiva Comunitaria sobre Responsabilidad Ambiental en Relación con la Prevención y Reparación de los Daños Ambientales y su Relación con los Regímenes Latinoamericanos de Responsabilidad Ambiental. Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental. [www.cica.es/aliens/gimadus/12-13/RESPONSABILIDAD.htm](http://www.cica.es/aliens/gimadus/12-13/RESPONSABILIDAD.htm). Acceso: 24/01/2012.

Russo, José.2009. In Dubio Pro Natura: Un Principio de Precaución y Prevención a Favor de los Recursos Naturales. Revista Tierra Tropical. Universidad EARTH. San José. [http://usi.earth.ac.cr/tierratropical/archivos-de-usuario/Edicion/72\\_v5.1-02\\_RussoRusso.pdf](http://usi.earth.ac.cr/tierratropical/archivos-de-usuario/Edicion/72_v5.1-02_RussoRusso.pdf) Acceso: 10/03/2012.

Sanz, Paloma. 2004. Los Principios de Prevención y de Cautela en el Derecho Ambiental. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. N.19, 1 de Julio del 2004.

## SITIOS WEB.

Alianza Mundial de Derecho Ambiental (Washington). 2009. AmicusCuriae presentado a CSJ Sucumbíos en caso: María Aguinda y otros vs. CHEVRONTEXACO. [www.elaw.org/system/files/elaw.amicus.final\\_.pdf](http://www.elaw.org/system/files/elaw.amicus.final_.pdf) Acceso: 20/11/11

El Tribunal Ambiental de Costa Rica. 2011. Blog Electrónico. <http://derekhtorah.blogspot.com/2011/05/el-tribunal-ambiental-de-costa-rica-ii.html>. Acceso: 8/03/12.

Green Paper in Remediating Environmental Damage.Com97. 1993. EuropeanUnionCommisiondocuments. 14/05/1993. <http://aei.pitt.edu/950/>. Acceso 26/11/11.

Martinez, Gloria Luz. 2010. Informes del marco regulatorio ambiental de varios países. Dirección Socioambiental Corporativa de la empresa Interconexión Eléctrica S.A – E.S.P-Medellín Colombia. <https://sites.google.com/site/marconormativoambiental/espana>. Acceso: 17-01-201.

Melo, Mario. 2010. Comentarios a la Sentencia de la Corte Constitucional (para el Período de Transición) del Ecuador que Declara la Constitucionalidad condicionada de la Ley de Minería (Sentencia 001-10-SIN-CC) 18 de Marzo de 20120. <http://movilizacionantiminera.blogspot.com/2010/04/comentarios-la-sentencia-de-la-corte.html>. Acceso: 01/05/2012

Noailles, Laura. 2011. Resumen de presentación sobre: El Seguro Ambiental. <http://www.docstoc.com/docs/860628/importancia-del-seguro-ambiental>. Acceso: 25/12/2011. Diapositiva N. 16.

Ruiz, José. 2008. Principios Preventivo y Precautelatorio en el Derecho Ambiental Internacional. Pág. 1. Artículo publicado en revista electrónica. Buenos Aires. [www.iucnael.org/en/.../doc.../659-sindico-fernandez-and-borras.html](http://www.iucnael.org/en/.../doc.../659-sindico-fernandez-and-borras.html). Acceso: 30/10/2011.

Torres, Jorge. Neoconstitucionalismodesafios y riesgos, Artículo Publicado en: <http://www.conocimientosweb.net/portal/article1169.html> Acceso: 29/09/2011.

## ANEXOS.