

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

ANÁLISIS DE LA REVERSIÓN DE LA CARGA DE LA
PRUEBA EN ACCIONES POR DAÑO AMBIENTAL

Realizado por:

SUSANA CAROLINA TORAL BURBANO

Como requisito para la obtención del título de
ABOGADA

QUITO, SEPTIEMBRE DE 2012

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Susana Carolina Toral Burbano, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen 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.

Susana Carolina Toral Burbano

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado
**ANÁLISIS DE LA REVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN ACCIONES
POR DAÑO AMBIENTAL**

Realizado por la alumna
SUSANA CAROLINA TORAL BURBANO
Como requisito para la obtención del título de
ABOGADA

Ha sido dirigido por la profesora
Dra. EDDY MARÍA DE LA GUERRA ZÚÑIGA
quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....
Dra. EDDY MARÍA DE LA GUERRA ZÚÑIGA
Director

Los profesores informantes
Dra. ADRIANA OCAMPO
Dr. SALIM ZAIDÁN

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

.....
Dra. ADRIANA OCAMPO

.....
Dr. SALIM ZAIDÁN

Quito, a 28 de septiembre de 2012

A mis padres, quienes han sido el apoyo y sustento durante toda mi vida.

Sin su incondicional apoyo, presencia y amor no lo hubiera logrado.

De ustedes aprendí que rendirme no es una opción,

soñar sólo si hay una meta que alcanzar

y sobre todo que cada paso que doy

siempre estarán junto a mí.

Para ustedes con amor, admiración y respeto.

*Agradezco a mi familia, amigos y profesores
que han recorrido el camino junto a mí,
con ustedes comparto mi pasión por el Derecho.
Han sido la guía para mi excelente formación académica,*

*Un agradecimiento especial a la Dra. Eddy de la Guerra,
quien no sólo fue mi guía para la realización de esta investigación,
sino una amiga, quien me brindo su apoyo, comprensión y confianza.*

ABSTRACTO

La presunción de inocencia, reconocida como derecho fundamental, garantía procesal, no puede ser desconocida por ningún motivo dentro del proceso. El avance de la ciencia del Derecho a permitido incorporar un sin número de nuevas herramientas las cuales han servido para facilitar la resolución de conflictos. Reglas antinomias, ponderación y discrecionalidad e interpretación forman parte de las investiduras del juez. El problema no es las herramientas que se le pueden llegar a otorgar el juzgador sino como este las va aplicar.

La reversión de la carga probatoria es uno de los elementos que en la última década ha tomado más vigencia, algunos la consideran como una herramienta que facilita la prueba en el proceso, pero hay quienes lo acusan de ser el reconocimiento tácito de la clausura del sistema jurídico y de sus instituciones.

Si bien puede ser la clausura del sistema, ya que se estaría aceptando la ineficiencia e ineficacia, del sistema, promoviendo que instituciones milenarias sean desconocidas y remplazadas por herramientas momentáneas.

No se pretende desmerecer los logros de la reversión de la carga probatoria; sin embargo al no existir una normativa que establezca su correcta utilización, esta herramienta procesal puede tornarse en un elemento maquiavélico que poner en jaque a la presunción de inocencia y a las garantías del debido proceso.

ABSTRACT

The presumption of innocence is recognized as a fundamental right, due process, cannot be ignored for any reason within the process. The advancement of the science of law to incorporate allowed to countless new tools which have served to facilitate conflict resolution. Rules antinomies, weighting and discretion and interpretation are part of the casings of the judge.

The problem is not the tools that you can get the judge to grant this but as the will apply. The reversal of the burden of proof is another element in the last decade have taken more effective, however it's been considerate as attest tool that facilitates the process, but there are those who accuse her of being the tacit recognition of the closure system and legal institutions.

While it may be the closure of the system, as it would be accepting the inefficiency and in effectiveness of the system, promoting millennial institutions to remain unknown and replaced by momentary tools.

No achievements meant to detract from the reversal of the burden of proof, but in the absence regulations that establish its proper use, this procedural tool can become a Machiavellian element jeopardize the presumption of innocence and the guarantees of due process.

INTRODUCCIÓN

*La ley que haga imposible la prueba,
es tan inconstitucional como la ley
que haga imposible la defensa.*

Eduardo Couture

El neoconstitucionalismo con la Constitución vigente desde el 2008 trae consigo un sin número de nuevos retos en el ámbito jurídico. Tantas son las innovaciones del nuevo modelo que varios autores y doctrinarios, la han denominado como la Constitución pionera. Pionera en el nuevo esquema que desea implantar, pionera en lo garantista y proteccionista que resulta ser, pionera por ser la primera norma suprema que no sólo otorga derechos a la naturaleza sino que la reconoce como un sujeto de derechos.

El autodenominarse garantista, protectora y promotora de derechos, tiene un principio y un fin, en el caso ecuatoriano, ambivalencias, contradicciones e incompatibilidades, resaltan las falencias de la nueva Constitución. Son ya cuatro años desde la promulgación del cuerpo normativo, del nuevo esquema, de la ruptura de paradigmas, la era en donde los derechos y garantías de los ciudadanos son primordiales para el Estado.

Desde ningún punto de vista se puede desconocer la autonomía que ha ido ganando el Derecho Ambiental; sin embargo, pese a su relevancia actual por la defensa a los derechos de la naturaleza, nunca se podrá desconocer derechos humanos y fundamentales, así como garantías del debido proceso.

El presente trabajo se centra en el análisis de la inconstitucionalidad de la reversión de la carga de la prueba en acciones por daño ambiental, entendiendo que el antagónico de esta herramienta procesal, es la presunción de inocencia, reconocido como derecho humano y fundamental, el cual tiene que ser reconocido en todo proceso.

Al examinar una herramienta del derecho, es evidente que esta tiene que cumplir con presupuestos para su aplicación. Si nos remitimos a la prueba dentro del proceso es evidente que esta resulta ser la pieza fundamental para poder determinar la culpabilidad o inocencia de una persona, a que es el único sustento y acercamiento que tiene el juez con la realidad de la situación. La perspectiva, objetividad, razonamiento y motivación del juez también son parte esencial para la sentencia. El conflicto nace, cuando se aplica la reversión de la carga probatoria, herramienta que hace que la prueba se pierda una de sus características esenciales, es decir la falta de obligatoriedad para presentarla, es decir, que por esencia la prueba es discrecional, no es una obligación del actor presentarla, pero para obtener el resultado que se espera, se presentarán pruebas a su favor.

Al desvirtuar tal elemento, se consideraría que la reversión implica que el demandado queda sujeto no sólo a la acción que se sigue en su contra sino que depende de él demostrar su inocencia. Cuando por principio "*Onus probando incumbit actori*", es decir la necesidad de probar incumbe siempre al que demanda; se trata de probar o

sucumbir; colindantemente, “*Nemo tenetur edere contra se*”, lo que significa que nadie está obligado a ir contra sí mismo, o confesar en su perjuicio.

El Ecuador y su sistema jurídico ha emprendido en el arduo reto de concatenar derechos humanos y fundamentales con derechos ambientales. La ambivalencia que resulta al poner en práctica principios, derechos, garantías y reglas del debido proceso, han llevado a creer que la viabilidad de tan magno proyecto se queda corto con la realidad jurídica del país. La pregunta no era saber si la naturaleza merece ser considerada un sujeto de derecho, tampoco, si con ello se mitigaría los daños ambientales, la pregunta era si el Ecuador estaba preparado para llevar a cabo dicho cambio, si el sistema jurídico se prestaba para tal objetivo; si en realidad los cambios representan un avance para el Derecho o si sólo responden al folklorismo del momento y sobre todo las consecuencias que puede acarrear tal propósito.

“A los mayores les gustan las cifras. Cuando se les habla de un nuevo amigo, jamás preguntan sobre lo esencial del mismo. Nunca se les ocurre preguntar: “¿Qué tono tiene su voz? ¿Qué juegos prefiere? ¿Le gusta coleccionar mariposas?” Pero en cambio preguntan: “¿Qué edad tiene? ¿Cuántos hermanos? ¿Cuánto pesa? ¿Cuánto gana su padre?” Solamente con estos detalles creen conocerle.”

El Principito.

Toda esta temática será abordada en el presente trabajo de investigación, en tres capítulos; en el primer capítulo se analizará los antecedentes, evolución histórica y normativa de la presunción de inocencia y de la carga probatoria desde su aparición en el Derecho.

El segundo capítulo abarcará la prueba. Un estudio respecto a las distintas clases de reversión que existen, así como su aplicación además de características esenciales que deben existir en el proceso para que se lleve a cabo la reversión; de esta manera se determinará la implicación constitucional que puede llegar acarrear este tipo de herramienta en el proceso.

Finalmente el capítulo tres se centra en los efectos de la reversión de la carga de la prueba, tanto en la constitucionalidad de su aplicación y sobretodo en contraposición con su antagónico, la presunción de inocencia. Mediante este análisis se observará si la reversión probatoria en el Ecuador cumple con todos los presupuestos para su aplicación.

ÍNDICE

CAPÍTULO I CONCEPTOS BÁSICOS

1.1 ONUS PROBANDI	18
1.1.1 Definición	18
1.1.2 Historia	20
1.1.3 En la ley	29
1.2 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	34
1.2.1 Definición	35
1.2.2 Historia	36
1.2.3 Constitución	42

CAPITULO II LA PRUEBA, SU FLEXIBILIDAD, REVERSIÓN Y PRESUNCIÓN DE LA CULPA

2.1 La prueba en el proceso	52
2.2 Principio de facilidad y disponibilidad probatoria	56
2.3 Flexibilidad de las reglas sobre la carga de la prueba	60
2.4 Reversión de la carga probatoria	64
2.5 Clases de reversión	67
2.5.1 Inversión legal directa	73
2.5.2 Inversión por presunciones legales	74
2.5.2.1 Presunciones en sentido estricto	79

2.5.2.2 Presunciones en sentido aparente (verdades interinas)	80
2.6 Inversión judicial	82
2.7 Presunción de la culpa	84

CAPÍTULO III

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REVERSIÓN PROBATORIA

3.1 La reversión de la carga de la prueba en el Ecuador	90
3.2 La reversión de la prueba y valoración sobre su constitucionalidad	110
3.3 Implicación constitucional	114
3.4 Interpretación de los artículos que reconocen los derechos en conflicto	124
3.4.1 La reversión de la prueba y el principio de presunción de inocencia	128
3.5 La ponderación entre los derechos en conflicto al aplicar la reversión probatoria en materia ambiental	135

CAPÍTULO I

CONCEPTOS BÁSICOS

"En efecto -Proseguía el abogado Huld- La defensa no está expresamente permitida por la ley; la justicia se limita a sufrirla y hasta se pregunta si el artículo del código que parece tolerarla, la tolera realmente".

Franz Kafka- El Proceso

Analizar y verificar el desarrollo, evolución y tropiezos que ha tenido el Derecho a lo largo de la historia desde su nacimiento, sus instituciones, principios y sobretodo su objetivo, resulta sumamente difícil, no sólo por la magnitud del Derecho como ciencia sino el criterio y visión objetiva que tiene que debe primar. Sin embargo la tolerancia que ha demostrado el Derecho en el “proceso” desde sus inicios, se podría considerar como imperceptible; esto se debe a los traspiés de los cuales han sido víctima varias instituciones del Derecho.

Procesos justos, legales garantizando los derechos del individuo, no siempre fueron los objetivos que propugnó el Derecho, por el contrario, injusticias, procesos viciados y liturgias fueron el distintivo de la Edad Media , época en la que la religión y sus creencias desvirtúa el sentido de legalidad del Derecho, pasando a ser una arma contra la herejía.

Acaecimientos como las cruzadas, tuvieron como objetivo principal el propagar la religión Católica a todos los pueblos, pero esto se llevó cabo bajo niveles de crueldad, abusando de la ignorancia de las personas y más que eso de sus creencias religiosas. Es en este momento de la historia en la que el Derecho sufre ciertos trastornos, sobretodo con la creación del Derecho Canónico, priorizando actos protocolares conducentes a la redención divina, antes que a la búsqueda de una justicia en el proceso.

En Roma, la cuna del Derecho se llevaron procesos más justos y pegados a la verdad de los hechos, que los procesos que se dieron en la Edad Media, en los que se deja de lado el avance de los romanos; remplazando la prueba, por testimonios ante la autoridad eclesiástica; el interés jurídico, social, por las necesidades religiosas del momento. Con ello la explicación de cualquier acto o conducta humana únicamente atiende a la brujería, considerando a cualquier persona contraria a la religión católica como hereje, con lo que se convertía automáticamente en culpable, sin la necesidad de un juzgamiento previo. “Evidenciando la negación formal de la inocencia, en la que sobresalen signos de barbarie, motivada por intereses absolutistas, de dominación y confusión”¹.

La involución que sufrió el Derecho en esta época es innegable, las pruebas y los hechos son suplantados por testimonios o juramentos conocidos como *purgación crónica*, una forma inquisitorial del siglo XVI; tiempo en el que las leyes pontificas fueron la única fuente del Derecho y la manera más justa de procesar los delitos; “las leyes pontificas encontraron sabiamente y ordenaron fácilmente una forma de purgar las sospechas y las presunciones a la que denominan *purgatione canonica*. Esta se llevaba a cabo en el Santo

¹ MARTÍNEZ, Germán- “LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DE LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS AL SISTEMA MEXICANO DE JUSTICIA PENAL”- Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Pág. 227-228. Recuperado el 14 de junio de 2012 en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/26/RIJ26-12DMartinez.pdf>

Oficio cuando el juez obligaba al reo difamado por herejía a jurar que es inocente en presencia de un determinado número de testigos dignos de fe. Y los mencionados testigos denominados por ello *compurgadores*, juraban también que creen y estiman que dicho reo sospechoso y difamado, ha jurado la verdad”². Esta era la manera en que se llevaba a cabo el proceso de juzgamiento, dejando a un lado la aplicación de normas; pasando a un proceso informal, lleno de falencias y atropellos.

Si bien es cierto esta forma de purgar estaba presente en Roma, (*purgatio con juramento*) con el paso del tiempo esta sufre algunas modificaciones, la inclusión de testigos dignos de fe es una de los mayores cambios así como la intervención del Santo Oficio. Es evidente que en esta época la presentación de pruebas así como la presunción de inocencia parecen haber sido opacados por la *purgatio* y las *ordalías*.

Dentro de todo este proceso la prueba y la presunción de inocencia se encuentran presentes pero con una visión totalmente ambigua, y hasta cierto punto distorsionada de su verdadero objetivo. En la Edad Media se conocen dos tipos de *purgatio*, “*purgatio vulgaris*”, y la “*purgatio canónica*”; en la primera deben desaprobarse por completo los juicios que se han hecho hacia una persona; y la segunda es una prueba de inocencia respecto del delito imputado. Aquí tanto la prueba como la presunción de inocencia son sumamente especulativas ya que mediante juramento se comprueba la veracidad o falsedad de los hechos, resultando inverosímil que una persona admita ser culpable de un delito. Por otra parte pese a que este tipo de juramentos hayan sido divididos en laicos y

² MEREU, Italo- “*HISTORIA DE INTOLERANCIA EN EUROPA*”- (Ediciones Paidós Ibérica S.A.) Barcelona- España 2003. Pág. 154.

sacramentales, abandonandoun proceso justo en el cual las pruebas sean en efecto un reflejo de la realidad o por el contrario que desvirtúen toda *alegación*³.

De tal forma que la existencia de una *legalidad formal*⁴ en el proceso se pone en tela de duda; la prueba como tal no existe y la presunción de inocencia tampoco; por lo que la línea que distingue a una persona de ser considerada culpable o inocente se vuelve imperceptible. Los intentos por crear un proceso justo con la intervención de *compurgadores, es decir un juramento colectivo*, no rindió los frutos esperados, es así que con el paso del tiempo, dicho acto vuelve a ser de naturaleza individualista. Durante este período es evidente que todas las innovaciones que quisieron ser introducidas en el proceso, nunca atendieron a las necesidades sociales, fundamentalmente él otorgamiento de un valor judicial al proceso y su carácter eminentemente legal.

A lo largo del capítulo lo que se busca es determinar el desarrollo histórico y evolutivo que ha tenido la presunción de inocencia así como el *onus probandi*, dentro del proceso, desde su creación, cambios y modificaciones; atendiendo a la importancia y relevancia con la que hoy se encuentran revestidos; determinando y su eficacia y valor procesal.

Básicamente el primer capítulo abarca dos conceptos fundamentales para el desarrollo del presente trabajo, ya que al entender su definición, procedencia, evolución histórica y participación en el proceso; resulta más fácil determinar si su falta de aplicación, desconocimiento o denegación, puede ser considerado como una

³ En la actualidad los alegatos son un elemento procesal fundamental previo a la conclusión de toda sentencia.

⁴ Esta legalidad se refiere a la exigencia de la norma que el acto debe ubicarse dentro de una de las categorías que la ley establece y llenar las condiciones que a la misma se exigen.

inconstitucionalidad; teniendo presente que tanto la presunción de inocencia como la prueba, son dos conceptos caracterizados por su subjetividad, ya que atienden al interés personal, así como también a la veracidad de los hechos.

Se puede decir que su presencia es imprescindible, la una como derecho procesal y la otra como un requisito dentro del proceso. Si bien es cierto que la presunción de inocencia no se sujeta a la presentación de la prueba, pero es evidente que sin la presentación de pruebas fehacientes de la existencia de un hecho no se puede declarar a una persona culpable.

1.1 ONUS PROBANDI

1.1.1 DEFINICIÓN

Definir una palabra no resulta difícil, lo complejo es configurar una definición que incorpore todos los elementos y características del término en cuestión. Si bien es cierto hay términos que se caracterizan por su subjetividad desde un punto de vista estructural o gramatical, produciendo que su significado sea diverso, sin embargo esto no imposibilita el que pueda llegar a una definición apropiada.

La carga de la prueba, también denominada como *onus probandi*, no entra dentro del espectro de palabras de difícil o variadas acepciones, según la Real Academia de la Lengua Española, probar significa: “*Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo*”. Existen otras acepciones, sin embargo esta es la que más se apega al campo del

Derecho, de tal forma que se puede decir que “la prueba es la demostración de un hecho del cual se deriva el derecho que se pretende”⁵.

Para Enrique Falcón, la teoría de la carga de la prueba, es una institución derivada de las cargas procesales en general. Su desarrollo correspondió al proceso civil luego de que la *acusatio* dejó su lugar a la *cognitio extra ordinem*, y siempre estuvo teñida de dificultades, respondiendo a criterios de cada época que evolucionaron con el tiempo. Es por ello que es fácil identificar en la prueba tres elementos: deber, obligación y carga.

Por su parte Devis Echandía expresa:

La relación jurídico procesal impone a las partes o sujetos determinadas conductas en el desarrollo del proceso, cuya inobservancia les acarrea consecuencias adversas, más o menos graves, como la pérdida de las oportunidades para su defensa, la ejecutoria de providencias desfavorables, la pérdida del derecho a designar perito o secuestro, e inclusive la pérdida del proceso.

Entonces la carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en el proceso, necesita cada uno que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (sin que se trate de una obligación o deber) y le dice al juez como fallar en caso de que las pruebas falten. Se trata, por tanto de una noción que es *subjetiva*, porque contempla la situación que las partes tienen frente a cada hecho que requiera prueba; pero también *objetiva* por cuanto consiste en una regla de juicio que determina el sentido de la decisión cuando falta la prueba⁶.

De este criterio se destaca el vínculo que la propia prueba genera entre las partes procesales y sobre todo los derechos y obligaciones que esta vincula y genera.

⁵ ALESSANDRI, Arturo – SOMARRIVA, Manuel -VODANOVIC, Antonio- “*TRATADO DE DERECHO CIVIL- PARTES PRELIMINAR Y GENERAL*” (Tomo II) – (Editorial Jurídica de Chile) Santiago- Chile 1998. Pág. 419.

⁶ECHANDIA, Hernando – “*TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL*”- TOMO I – (Editorial TEMIS S.A.) Bogotá – Colombia 2002. Págs. 135 -137.

La definición de la prueba así como su aplicación en el proceso no ha sido un mayor inconveniente para los juristas y la doctrina, pese a ser un acto voluntario, lo que quiere decir que queda a discreción de las partes el presentar pruebas o no, la doctrina ha querido determinar a quién le corresponde esta obligación, esto se debe a que el papel de la prueba sirve para apoyar y esclarecer determinada actuación y pretensión que se deduce de la demanda.

El tema se plantea ciertamente complejo, puesto que situar a la carga procesal en uno u otro extremo implica, en último término, asumir una determinada perspectiva de análisis, esto es, atender preferentemente bien a la situación de sujeción en la que encuentra el titular del derecho para evitar la perspectiva de una situación desfavorable (*en cuyo caso la carga procesal habría de ubicarse en la categoría genérica del deber*), bien a la libertad del ordenamiento jurídico le confiere para decidir si la ejercita o no (situación así entre los puestos genéricos del poder)⁷.

1.1.2 HISTORIA

La historia de la prueba no es ajena a la historia del proceso, aunque existan cambios que pueden percibirse claramente en algunas épocas. “En los primeros tiempos existe una confusión entre el derecho sustancial, el procesal y la magia. Puede verse al respecto el Código de Hammurabi⁸ o el Código de Eununa (2000,

⁷ FERNÁNDEZ, Mercedes- “*LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA PRACTICA JUDICIAL*” (Edición la LEY) Madrid- España 2006. Pág. 39.

⁸ El Código de Hammurabi, es un conjunto de leyes más antiguas de la civilización, creadas en la antigua Mesopotamia. (1760 a.C).

a.C)”⁹. Primeros cuerpos normativos que esbozan a breves rasgos el intento por fomentar la vida en sociedad, mediante un conjunto de normas las cuales delimitan el comportamiento del ser humano. En cuanto a la prueba, “*si un señor presenta un falso testimonio en una causa, y no prueba lo que dice, si la causa es de vida o muerte, el señor será condenado a la pena capital*”.

Es así como la prueba tiene sus inicios en Grecia y Roma, lograron distinguirla y tratarla desde dos aristas, la primera tiende a su practicidad dentro del proceso y la segunda como medio para llegar a determinar un hecho. Pese a la intervención de los filósofos por descartar del proceso a la religión y la magia esto no se pudo llevar a cabo. Es así como los primeros juicios se realizaron con total solemnidad, llenos de ritos, haciendo del proceso todo un acto ceremonial desde que iniciaba hasta el final. Repetición de textos completos en manera rigurosa de declaraciones y peticiones también formaron parte, llegaba a tal punto la solemnidad que en caso de pronunciar mal una palabra previamente establecida podía hacer perder el juicio. Es así como los inicios de la prueba fueron de carácter testimonial.

La oralidad en el proceso, así como la organización judicial que demostraron, hasta el día de hoy no ha podido ser superada. Pioneros no sólo en instituciones jurídicas, e innovadores en la manera de concebir el Derecho, siendo los únicos en aceptar el testimonio de mujeres, niños esclavos; lo que desembocó en una crítica lógica y razonable en cuanto a la prueba y su dimensión en el proceso.

⁹ CASTRO, Dassen – GONZALES Sánchez, “*CÓDIGO DE HAMMURABI, Y CÓDIGO DE EUNUNA (2000 años antes de Cristo)*”, Lecciones y Ensayos No. 37. Pág. 113.

En el proceso romano, una vez que existía la acusación de la perpetración de un delito, tanto quien alegaba como el acusado estaban en la obligación de presentar pruebas ante el juez, quien era la única persona con el poder de determinar la inocencia o culpabilidad de un acto. En sus inicios el juzgador carecía de iniciativa dentro del proceso, por lo que exclusivamente se remitía a valorar las pruebas presentadas por las partes; “en compensación a la anterior limitación, el juez podía realizar una libre apreciación de las pruebas; es decir podía darles el valor que estime oportuno, ya que no se hallaba vinculado por el sistema jurídico para la valoración de las mismas”¹⁰; dependiendo así tanto del actor como del demandado presentar todas las evidencias que demuestren la veracidad de los hechos o por el contrario que lleguen a poner en tela de duda la “verdad” que se alegaba.

Algunos autores mencionan que en la Biblia, tanto en el *Éxodo* como en el *Deuteronomio* *, existen pasajes en los que se hace referencia a la obligación que tenía el sospechoso de jurar ante todo el pueblo de Israel y ante los *majores*, su inocencia. Esto podría ser considerado una fuente clásica y el primer antecedente de la carga de la prueba dentro de un proceso judicial.

Con el paso del tiempo y la creación de nuevas instituciones, así como el fortalecimiento de la Iglesia Católica, en la Edad Media los procesos y la sociedad fueron víctimas de cambios drásticos, dejando de lado el avance de los romanos en cuanto a la legalidad de los procesos, tornándose en juicios inquisitoriales, en los que el clero estaba investido de poder para tomar decisiones de aspecto jurídico, político y

¹⁰BETANCOURT, Fernández- “*DERECHO ROMANO CLÁSICO*”, Tercera Edición- Universidad de Sevilla, Colección: Manuales Universitarios. España 2007. Pág. 232.

* Último de los cinco libros de Moisés.

sacramental. Es así como en el siglo XVI, nacen las “*purgaciones*”, único acto procesal que determinaba la inocencia o culpabilidad de una persona.

Si bien es cierto en Roma ya existían las “*purgatio con juramento*” y eran parte central del proceso, sin embargo esto no significaba que era todo el proceso en sí, como sucedió en la Edad Media, con la intervención de la Iglesia. Aquí no sólo se retoma el juramento, sino que se convierte en el único proceso, tomando el nombre de “*purgatio crónica*”, acto en el que la intervención del Santo Oficio era obligatoria, lo que confería al rito solemnidad y autoridad particular.

El procedimiento consistía en el juramento que realizaba el acusado, declarando ser inocente o admitiendo su culpabilidad. Este juramento individual, con el tiempo paso a ser colectivo, por decirlo de alguna manera, ya que se convirtió indispensable la participación de un determinado número de testigos, mismos que tenían que ser considerados dignos de fe, puesto que ellos eran quienes estimaban si lo dicho por el reo era verdad o no, otorgando valor al juramento; estas personas eran conocidas como *compurgadores*, *conjuradores* o *collaudantes*.

Como antecedente a la *purgatio*, a principios de la Edad Media, el único método para determinar la inocencia de una persona, fue la práctica de ordalías. Rito en el que se apelaba a la justicia divina.

La palabra ordalía proviene del anglosajón *ordäl* que significa juicio, aquí la intervención de elementos como agua, fuego y alimentos es esencial, ya que al ser creaciones divinas, en caso que una persona sea inocente no sufrirían los estragos

provocados por dichos elementos, es así que se crearon las ordalías del hierro candente, del fuego, de la cruz, del agua hirviendo, agua fría y del alimento consagrado. La prueba del agua fría consistía en atar de manos y pies al acusado de manera que no pueda zafarse, una vez hecho esto se lo hundía en un pozo, si flotaba significaba que era inocente, pero por el contrario si se hundía significaba que estaba siendo purificado, obteniendo el perdón divino. Cada una de las ordalías consistía en pruebas inhumanas (quemar, ahogar, envenenar), con el único fin de proporcionar sufrimiento e intenso dolor, hasta llegar a provocar la muerte, demostrando la crueldad e ignorancia, tiempo en el que la Iglesia se caracterizó por la repartición de injusticia.

Para la práctica de estos ritos era necesario la aprobación y autorización de la Iglesia, sin embargo con el paso del tiempo aproximadamente en el “siglo XI se observa las primeras tomas de posición negativas por parte de los papas contra este tipo de purgación. En 1070, Alejandro II declaró que la ordalía era una invención popular carente de autoridad y prohibió su aplicación a los eclesiásticos”¹¹. Así mismo en 1130 Inocencio II, ordenó el doble juramento obligando la intervención del obispo. Así los compurgadores dejaron de intervenir en el proceso. Finalmente el juramento pasa a ser individual, “innovación que distinguía a la *purgatio canonica* de las demás purgationes las que se llevaban a cabo mediante juramento “colectivo” fue una de las causas de su transformación primero y de su eliminación después”¹². Otro tipo de purgación fue la vulgaris y la laica, las cuales carecieron de importancia, debido a la carencia de participación de los clérigos.

¹¹MEREU, Italo- Ibídem. Pág. 156.

¹²MEREU, Italo- Ibídem. Pág. 156.

Es evidente que como menciona Mereu en su obra, la purgatio canónica, es una clara y amplia demostración de lo que es la inversión de la carga probatoria, ya que está a cargo del sospechoso demostrar su inocencia ya sea por medio de la práctica de una ordalía o bien por su juramento ante el obispo. Dejando a la discrecionalidad de la Iglesia y de los compurgadores el permitir recibir el beneplácito de la justicia divina.

Una de las características principales en estos procesos, es sin duda el hecho que bastaba con la difamación o *diffamatio* que se realizaba en contra de una persona para ser considerada como culpable, es decir era suficiente por sí sola, por lo que la presentación de pruebas o testigo no era necesario, mucho menos obligatorio. “En la práctica esto significaba que quien hubiera sido denunciado como *diffamatio*, aunque nada pudiera probar tal rumor y aunque ni siquiera el obispo considerase fundamentada la denuncia, sin embargo la existencia de la *diffamatio*, el desdichado debía someterse a la *purgatio*. Considerando la primera forma “legal” de no absolver a una persona”¹³.

Terminada la Edad Media, la prueba vuelve a tener otro sentido es así como se incluye la *probatio probatissima*, la inclusión de las posiciones por ambas partes, la limitación de los testigos (aunque siempre de un número muy alto), en cuanto al objeto de lo que podían manifestar (se eliminaron las opiniones) y con respecto a la calidad (no podían declarar los perjuros, delincuentes, siervos, enfermos mentales, sospechosos, parientes o dependientes, muy limitado, etcétera)¹⁴.

¹³MEREU, Italo- Ibídem. Pág. 160.

¹⁴FALCÓN, Enrique- “TRATADO DE LA PRUEBA”- (Editorial Astrea) Buenos Aires 2003. Pág. 51.

Implementación del derecho canónico, quien se impone al avance cultural de la época. La transición en la cual se vio inmersa la humanidad se podría considerar como un periodo traumático, ya que nace no solo con la influencia romanista sino también y en mayor parte con influencia bárbara de las conquistas. Además acontecimientos como las cruzadas en las que la Iglesia proclamaba su poder sobre todos los territorios dieron lugar a que la injusticia se expanda, teniendo por consigna el implementar justicia divina, es así como para los herejes o considerados aliados de Satanás, no era necesario llevar a cabo un proceso, bastaba con matar o practicar ritos “purificadores” los que terminaban con la muerte del desgraciado.

La transición de la prueba dentro del proceso tiene por objeto principal el de ser un elemento que ayuda al juez a tomar la decisión, la que atiende a los hechos y a la normativa. “puede decirse que del siglo XII, se comenzó a imponer el criterio romano sobre distribución de la carga de la prueba, que liberó al acusado de la inequidad de tener que probar su inocencia, dejándole solo la carga de probar sus propias afirmaciones constitutivas de excepciones propiamente dichas y al actor la prueba de las contenidas en la demanda¹⁵.

En cuanto a lo que respecta a la Edad Media, la prueba se ve envuelta en otra perspectiva.

Desde un punto de vista político, el sistema inquisitivo y la prueba legal se impusieron igualmente. Así, la figura política del monarca absoluto, basado en la premisa de la concentración de poder requería para superar el sistema feudal funcionar sobre la base de instituciones que en la práctica le permitieran imponer su monopolio; el sistema inquisitivo pues era mucho más funcional a este esquema de concentración, ya que para operar no se encontraba restringido a unidades territoriales específicas y por sus

¹⁵ECHANDI, Hernando – “*TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL*”- TOMO I – (Editorial TEMIS S.A.) Bogotá – Colombia 2002. Pág. 55.

propias características, la transformación del conflicto en una relación entre el Estado y el individuo, la persecución de oficio y la concentración de atribuciones en un funcionario estatal que desarrollaba la función judicial, permitía imponer el sistema político de concentración de poder¹⁶.

Estas mismas características incidían claramente en la fisonomía del procedimiento judicial retacando el avance y evolución de la prueba en el proceso.

Debido a que la facultad de juzgar provenía del rey, el sistema recursivo operaba como un mecanismo de control del ejercicio de aquella facultad. Para que dicho control fuera posible el sistema necesitaba reproducir el contenido de lo obrado ante las instancias superiores, determinándose que la forma más simple de lograr esto era por medio de la escrituración de los actos realizados.

Dentro de la misma lógica, con el fin de limitar el poder de quien juzgaba se estableció el sistema de prueba legal, en donde en abstracto la ley determinaba el valor de los medios probatorios y las consecuencias de su valoración. Así, por medio de la lectura del expediente, el juez que no presencié la prueba era capaz de determinar la correcta aplicación de las reglas que abstractamente valoraban esta¹⁷.

Estas reglas que apriorísticamente determinaban el valor de los medios de prueba, las cuales derivaban de generalizaciones basadas en concepciones sociales y científicas que en aquella época eran válidas, y que reflejan dos relevantes ideas cardinales: primero, la idea de que el poder juzgar es del rey, no del juez y, segundo, una falta de confianza en el juez, especialmente en su capacidad para poder formar un juicio propio y acertado, que sea capaz de superar las complejidades de la realidad y las pruebas que fuesen presentadas frente a él¹⁸.

Uno de los acontecimientos de mayor envergadura para la prueba es la Revolución Francesa, esto se debe al reconocimiento de derechos fundamentales intrínsecos de las personas, provocando que su aplicación sea inmediata y obligatoria para los operadores de justicia.

El sistema de la prueba legal que hasta esa fecha predominaba ampliamente en los sistemas del derecho continental fue posteriormente opacado gracias a un fenómeno histórico de gran envergadura: la revolución francesa y el surgimiento de la libertad de prueba. Este sistema de prueba surgió, según Damaska, debido a factores jurídicos y políticos: los primeros consistieron en aceptar que el sistema de la prueba legal o tasada estaba basado en un nivel de abstracción de la realidad insostenible, en este sentido la libertad de prueba era básicamente un “acto de resignación” ya que el

¹⁶ FUENTES, Claudillo- “*LA PERSISTENCIA DE LA PRUEBA LEGAL EN LA JUDICATURA DE LA FAMILIA*”. Recuperado el 17 de septiembre de 2012 en: <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v18n1/art05.pdf>

¹⁷MAIER (1996) citado por FUENTES, Claudillo. *Ibidem*.

¹⁸TARUFFO, citado) citado por FUENTES, Claudillo. *Ibidem*.

pensamiento científico de la época entendía que era imposible evaluar la prueba de antemano. Sin embargo, razones jurídicas fueron secundarias, realmente las razones políticas fueron aquellas de mayor relevancia. Así, debido a la desconfianza en los jueces en el uso arbitrario o contra la verdad de la ley, se dio paso a la necesidad de que quien determinara los hechos probados no fuera un juez, sino que hombres comunes (y analfabetos), en otras palabras, en la introducción en los sistemas del derecho continental del jurado.

Así, en el contexto del jurado el sistema de la libertad de la prueba no tenía límite alguno, vale decir, todos los medios probatorios en principio eran posibles de ser incorporados y la valoración de estos quedaba entregada a estas personas legas, que no tenían obligación alguna de entregar un fallo y de justificar su apreciación de determinados medios probatorios¹⁹.

Esta institución del Derecho ha sufrido cambios drásticos, hasta llegar a lo que es el día de hoy. Si bien es cierto, en un principio se presenta como una actuación discrecional de las partes dejando a su libre albedrío la decisión de presentar pruebas o no; con el paso del tiempo a partir del siglo XV, pasa a ser un acto obligatorio para el sospechoso, el presentar pruebas o realizar un juramento que desvirtúe la difamación presentada en su contra, en este caso resulta *suigeneris* que baste con alegar un hecho a una persona para que sea considerada como culpable, quedando en tela de duda su inocencia. Sin embargo con la evolución del Derecho y sus instituciones, así como la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1948, han dado paso a la aplicación de principios y derechos inherentes a todos los seres humanos, obligando que los procesos legales se lleven de una manera más justa, atendiendo a la veracidad de los hechos, contemplado la inocencia por sobre todas las cosas; es así como la carga de la prueba deja de ser una mera expectativa dentro del proceso, pasando a ser una actuación obligatoria para quien alega un hecho y por el contrario para el sospecho deja de ser una obligación.

Fernando Betancourt, dice: “En principio general, el *onus probandi* carga de la prueba corresponde al litigante en lo que alega, es decir, el demandante debe probar

¹⁹ DAMASKA, Mirjan (1995). “*FREE PROOF AND ITS DETRACTORS*”. The American Journal of Comparative Law.(1995). Vol 43. N° 3. Pág. 343-344.

su *intentio* o el *factum*, que violó su apariencia jurídica; mientras el demandado debe probar su *exceptio*.

1.1.3 EN LA LEY

En nuestra legislación el Código de Procedimiento civil es el principal cuerpo normativo que contiene disposiciones relativas a la “prueba”, estableciendo todos sus parámetros, la sección séptima, determina que:

Artículo 113. *Carga de la Prueba.*- Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Artículo 114. *Obligación de probar lo alegado. Excepción.*- Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley.

Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.

La ley es clara y no deja espacio a ninguna duda o aclaración, los presentes artículos obligan al actor a presentar los medios probatorios para validar su demanda, por otra parte deja claro que para el demandado la presentación de pruebas es de tipo voluntario, sólo en caso de creer conveniente estará en su derecho de presentar toda prueba que le sea favorable, de esta manera se desestimaría la demanda en su contra. Además es preciso mencionar que esta obligación que se le atribuye al actor está totalmente justificada, ya que el acto tiene que tener todo el respaldo para iniciar una acción civil, penal o administrativa, fundando su demanda no sólo en hechos, sino también en los derechos que supone han sido vulnerados, y todo esto debe estar

apoyado en la norma y en hechos que se puedan comprobar, para que de esta manera el juzgador motive su sentencia; sin embargo la falta de presentación de pruebas por parte del actor a más de carecer de fundamentos, significa un gasto para el Estado la movilización de todo el aparataje estatal, el cual tiene por objetivo la búsqueda de justicia y la protección de derechos y garantías fundamentales; pero en caso de no existir dicha vulneración, esto significa una pérdida de tiempo y de recursos para el Estado.

La posición del demandado es naturalmente más cómoda, porque a su respeto no sobreviene carga alguna hasta que el demandante no haya probado el hecho constitutivo; sólo si este es probado, aparece para él la necesidad de contraparte una excepción y de probar los hechos impositivos, extintivos o modificativos sobre los cuales se funda. De este modo resulta confirmado que a cada parte incumbe la carga de probar los hechos que ella tiene interés en ver establecidos...y si la prueba no se logra, quiere decir que el hecho no subsiste²⁰.

Otros artículos del mismo cuerpo normativo que hacen referencia a la prueba son:

Artículo 115. *Valoración de la prueba.*- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La jueza o el juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.

Artículo 116. *Pertinencia de la prueba.*- Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio.

En cuanto a la prueba en el proceso y su valoración, la doctrina ha establecido tres sistemas: *a)* sistema de la apreciación libre o íntima convicción; *b)* sistema de la prueba tazada o tarifa legal y; *c)* sistema de la sana crítica. En lo que respecta a la libre apreciación y a la sana crítica varios autores coinciden que sus similitudes son más que

²⁰ ALESSANDRI, Arturo – SOMARRIVA, Manuel -VODANOVIC, Antonio- “*TRATADO DE DERECHO CIVIL- PARTES PRELIMINAR Y GENERAL*” (Tomo II) – (Editorial Jurídica de Chile) Santiago- Chile 1998. Pág. 421.

las diferencias que caracterizan a los dos sistemas. Así, se caracterizan por la libre apreciación que posee el juez, la cual no puede ser aplicada de una manera discrecional o arbitraria. Aquí el elemento esencial es la motivación.

La motivación es antes que nada la justificación que quiere ser persuasiva de la bondad de la justicia (...) pero además de esa finalidad psicológica de justificación y persuasión, la motivación tiene también otra función más estrictamente jurídica, ósea la de poner a las partes en condición de verificar si el razonamiento que ha conducido al juez a decidir en determinado sentido, puede descubrirse alguno de aquellos defectos que dan motivo a la impugnación. Por lo que la motivación llega a ser el espejo regulador de los errores del juzgador²¹.

Por su parte la apreciación tasada, consiste:

En una valoración previa realizada por el legislador, que se impone anticipadamente al criterio del juez, estas pruebas aparecen como un valor inalterable y constante independiente del criterio del juez, que se limita aplicar la ley a los casos particulares²².

En nuestro sistema procesal, la ley establece que el juez aplicará la sana crítica para la apreciación de las pruebas. Es necesario destacar que en cuanto a lo que respecta a la sana crítica existen dos tesis:

La *trialista*, para la cual la sana crítica es una posición intermedia entre la prueba legal y la libre convicción y la tesis *dualista*, para la cual hay dos sistemas: el de la prueba libre y la tasada: en el primer caso, “sana crítica” significa lo mismo que “libres convicciones”, “sana lógica” y otros términos similares²³.

En el Ecuador la valoración de la prueba, mediante la sana crítica es uno de los principios procesales, el juez está en la obligación de tomar una decisión, la cual llega mediante un razonamiento mismo que no puede estar viciado de ninguna forma,

²¹PIERO, Calamandrei- “LA CRISIS DE LA MOTIVACIÓN”- Buenos Aires- Argentina 1960. Pág. 155

²²FALCÓN, Enrique- “TRATADO DE LA PRUEBA”- (Editorial Astrea) Buenos Aires 2003. Pág. 551.

²³FALCÓN, Enrique- Ibídem. Pág. 566.

mediante una argumentación y coherencia que permitan establecer la relación jurídico procesal entre los hechos, la prueba y la apreciación que se realizó. De esta manera se contribuye a la legalidad del proceso el cual tiene que responder a la fijación de los hechos, para ligar al derecho.

Artículo 117. *Oportunidad de la prueba.*- Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.

Artículo 118. *Potestad de jueces para ordenar pruebas de oficio a excepción de la prueba de testigos.*- Las juezas y jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptuase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero sí podrá la jueza o el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.

El avance de la prueba dentro y fuera del proceso es formidable, su validez, pertinencia y valoración han hecho de la prueba se convierta en el elemento primario que tiene el juez para sentenciar en los procesos, a más de la aplicación de normas y jurisprudencia.

Iniciado el proceso, las partes tiene que cumplir con ciertos plazos y términos que determina la ley para la presentación o práctica de pruebas, así mismo la ley establece la oportunidad de la prueba, lo que quiere decir que las pruebas que se considera válidas son las que han sido actuadas dentro del proceso, cumpliendo con toda la reglamentación pertinente, esta norma atiende al principio de legalidad ya que en un proceso no pueden tomarse en cuenta pruebas de dudosa procedencia o que han sido alteradas ya que causaría total invalidez y nulidad del proceso.

Finalmente es preciso destacar que la actividad del juez no sólo se remite a emitir un dictamen o dictar sentencia, en la actualidad la función del juez va más allá de eso, al ser parte fundamental, tiene la obligación de interactuar con las partes tanto acusado como demandado, y esta participación es lo que le faculta a tener iniciativa en el desarrollo del proceso, por tal motivo la solicitud de pruebas de oficio, es uno de los derechos que posee el juez; desvirtuando la concepción antigua y radical sobre la limitación del juez, por el contrario al abrir esta posibilidad el juez tiene la capacidad de solicitar todas las pruebas que estime conveniente para formarse una idea clara y amplia sobre el dilema que tiene que resolver, con esto su dictamen final carecerá de dudas, siendo motivado, destacando sobretodo la objetividad y justicia que se intenta impartir.

Con respecto a la motivación y a la presentación de pruebas, la Constitución vigente, consagra en el artículo 76, el debido proceso, preceptos que tiene que ser respetados, gozando de especial protección dentro del proceso, ya que con ello se asegura la legalidad del mismo.

Artículo 76.- *Garantías básicas del derecho al debido proceso.-* En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contra-decir las que se presenten en su contra.

Es evidente que la inobservancia a esta normativa implica una grave falta en contra del ordenamiento judicial, ya que estas normas atienden a todos los procesos, a más de ser consagradas conjuntamente en convenios internacionales.

La necesidad de probar si se quiere obtener resultados que se persigue no es una obligación, sino como se ha dicho una carga. La diferencia entre ambas figuras se ha puesto en relieve nítidamente por la doctrina moderna; la obligación implica la subordinación de un interés del obligado al interés de otra persona, so pena de sanción si la subordinación no se efectúa; la carga en cambio, supone interés del titular de ello²⁴.

Al referirnos a la obligación de probar, es fácil determinar que quien alega la violación de un derecho, es la persona más idónea para probar la existencia de tal vulneración, de esta manera si las pruebas son conducentes aportará a que la decisión del juez sea favorable, y reconozca la violación de dichos derechos; sin embargo la ausencia de la prueba, elimina toda posibilidad de salir victorioso, puesto que el juez no posee ningún recurso para determinar por sí solo, si produjo o no el hecho. Por lo que si bien es cierto el libre albedrío que goza tanto demandado como demandante, a largo plazo se percibe que no es de ese modo, puesto que la presentación de pruebas por parte de quien alega es el único recurso para demostrar la culpabilidad de la contraparte, siendo un elemento preponderante para que el juez dicte sentencia.

1.2 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

¿Derecho o principio? Al hablar de la presunción de inocencia, es difícil determinar si se la considera como un derecho o por el contrario como un principio, sin embargo también se puede caracterizar por su ambivalencia en el proceso. Ya que si bien es un principio, dentro de un proceso judicial este pasa a ser concebido como un derecho. A continuación se analizará su definición, historia y evolución en el

²⁴ ALESSANDRI, Arturo – SOMARRIVA, Manuel – VODANOVIC, Antonio- “*TRATADO DE DERECHO CIVIL- PARTES PRELIMINAR Y GENERAL*” (Tomo II) – (Editorial Jurídica de Chile) Santiago- Chile 1998. Pág. 419.

Ecuador, desde su primera aparición en la Constitución de la República del Ecuador, así como sus constantes cambios, evoluciones o retrocesos de los cuales ha sido víctima.

1.2.1 DEFINICIÓN

La expresión presunción de inocencia, proviene de dos vocablos latinos. *Présopmtion*, que significa anterior a toda experiencia, y, *innocens* que significa, calidad del alma que no ha cometido pecado²⁵.

Al tomar en cuenta la esencia de la expresión, es fácil determinar que tiene un carácter eminentemente religioso, esto se debe que a finales de la inquisición nace esta figura, anteponiéndose a una época bárbara de rituales y liturgias, marcada por la crueldad que se imprimió a cada acto que se realizó; sin embargo la vinculación a la religión así como las creencias de la obtención del poder divino, no fue fácil deslindar, quien era un acérrimo católico, que pagaba sus diezmos y además realizaba donaciones tenía ganado el cielo, por el contrario el no hacer estas retribuciones a la Iglesia no sólo no tenía la bendición de la gracia divina, sino que además en cuanto cometiese o lo acusaran de un delito la Iglesia sería su principal verdugo.

La Real Academia de la Lengua Española, define a la presunción como: “hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado”; y la inocencia

²⁵MARTÍNEZ, Germán – “LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL SISTEMA MEXICANO DE JUSTICIA PENAL”- Pág. 228. Recuperado el 13 de junio 2012 en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/26/RIJ26-12DMartinez.pdf>

como: “estado del alma limpia de culpa, exención de culpa en un delito o una mala acción”.

El paso del tiempo y la evolución no ha logrado desvirtuar la inocencia de su esencia religiosa, anteponiendo la pureza del alma como sinónimo de inocencia; las religiones en general han luchado por mantener por encima de todo la pureza de espíritu como concepción de la bondad, libre de pecados y por lo tanto inocente de cualquier delito.

1.2.2 HISTORIA

Si bien es cierto la historia de la presunción de inocencia se remonta a Roma, sus antecedentes como un derecho fundamental, de obligatoria aplicación se da a partir de 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos; anterior a este evento en 1670, al finalizar la época emblemática de la inquisición, en Francia se dictó una ordenanza que incluía el siguiente párrafo: “*Todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos*”²⁶.

Filosóficamente la presunción de inocencia, parte de la armonía que debe existir entre los seres humanos, quienes por esencia son buenos, así lo manifestó Rousseau “*Tenemos que volver a la naturaleza, porque la naturaleza es buena y el hombre es bueno por naturaleza*”. La premisa planteada, respecto a la esencia buena del hombre, la cual es corrompida por la sociedad, marca el inicio de la “presunción de

²⁶MARTÍNEZ, Germán – “LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL SISTEMA MEXICANO DE JUSTICIA PENAL”- Pág. 222. Recuperado el 13 de junio 2012 en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/26/RIJ26-12DMartinez.pdf>

inocencia” entendiendo que en ocasiones las circunstancias y el medio donde se desarrolla una persona, son factores preponderantes para determinar la conducta del ser humano; determinado en ciertos casos su inocencia o culpabilidad. Sin embargo al enmarcar la presunción de inocencia como garantía única y exclusivamente advierte que toda persona tiene que ser considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Es así como se considera, una condición inherente a todo ser humano. Presentándose como un mecanismo de salvaguarda, logrando la funcionalidad en conjunto de la sociedad, a partir de un cierto nivel de armonía, basándose en un grado de tolerancia en la que todas las personas comparten los mismos valores y principio.

El *Código de Hammurabi*, la *Ley de las XII Tablas*, el *Corpus Juris Civile*, y el *Código de las Partidas*, se pueden considerar como los primeros instrumentos progresistas que incluyeron la presunción de inocencia como garantía para el procesado. Pese a que los procesos que se llevaron en aquella época, denotaron la crueldad de las penas, así como una clara distinción de clases sociales, esto no impidió que para determinar a una persona culpable tenían que existir todos los elementos que no dejen lugar a duda sobre la culpabilidad en un delito, es así como desvirtuar el *iuris tantum*, “era esencial para demostrar la culpabilidad de una persona, esto únicamente se podía realizar mediante la presentación de una prueba lo suficientemente contundente para excluir la presunción de la que goza un inculpaado durante todo el proceso, de manera que concatenada con otros indicios, se podía determinar la culpabilidad del sujeto”²⁷.

²⁷SUÑEZ, Yoruanys- “LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CARGA DE LA PRUEBA”- Universidad de Cien Fuegos – Pág. 1– Recuperado el 28 de junio de 2012 de: www.eumed.net/net/rev/cccss/20/yst.pdf

Al remontarnos a la época de la ilustración, pensadores como Montesquieu, Rousseu y Voltaire, precursores de ideas revolucionaras, en las que se propugnaba la libertad, igualdad, fraternidad y justicia; derechos fundamentales de todo ser humano, los cuales tiene que ser protegidos y propugnados por el Estado: esta desigualdad social existente, llevaron a realizar fuertes críticas a los procesos legales de aquel tiempo; así:

Montesquieu, por la protección de los inocentes sin excepción, calidad que tiene todo individuo antes de una condena, postulando en que se fundamentó el nexo entre libertad y seguridad del ciudadano, escribe: *la libertad política consiste en la seguridad, o al menos en creer que se tiene la seguridad. Esta seguridad no está nunca más comprometida que en las acusaciones públicas o privadas. Por consecuencia, de la bondad de las leyes criminales depende principalmente la libertad del ciudadano*²⁸. De modo que se puede afirmar justo con este autor que; cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad²⁹.

Por parte de los utilitaristas, Jeremías Bentham, hace alusión al estado de inocencia al referirse sobre las cartas selladas, definidas por él como: *Una orden de castigar sin prueba, un hecho contra el cual no hay ley*, tratando el tema de excluir lo arbitrario como medio de precaver los abusos de autoridad³⁰, Bentham, es conocido por propugnar la premisa de que: *“todo ser humano es inocente por naturaleza”*³¹.

Finalmente se puede establecer que los pensadores iluministas elevaron el estado de inocencia a un sitial preponderante, consagrándolo como uno de los

²⁸MONTESQUIEU, “EL ESPÍRITU DE LAS LEYES”- Libro XII- Capítulo II. (Editorial El Ateneo) Madrid-España 1951. Pág. 234

²⁹RAÑA. Walter- “PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”- Pág. 3. Recuperado el 12 de junio 2012 en: http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/PPI_WRA.pdf

³⁰RAÑA. Walter- “PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”- Pág. 4. [RAÑA, cita a Bentham Jeremías- TRATADO DE LEGISLACIÓN CIVIL Y PENAL] Recuperado el 12 de junio 2012 en: http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/PPI_WRA.pdf

³¹MARTÍNEZ, Germán – “LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL SISTEMA MEXICANO DE JUSTICIA PENAL”- Pág. 232. Recuperado el 13 de junio 2012 en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/26/RIJ26-12DMartinez.pdf>

postulados esenciales de sus ideas reformistas, en el marco de la justicia, de esta manera se asegura la igualdad entre la acusación y la defensa.

Es evidente que con el paso del tiempo, la relevancia que ha ido obteniendo la presunción de inocencia dentro del proceso es innegable; su trascendencia en el proceso de enjuiciamiento deja entrever su verdadero significado, objeto de su creación y correcta aplicación. Desde ser considerada como una garantía básica en todo proceso con su proclamación en la Carta de Derecho Humanos, garantizando de esta manera su inmediata aplicación. Para Luzón Cuesta, existe un doble plano en cuanto a lo que se refiere la presunción de inocencia, aparte de ser una garantía fundamental considerada como un Derecho Humano, su dualidad consiste en que, su accionar es en situaciones extraprocesales constituyendo un derecho, el cual tiene que ser considerado, ya que el tratamiento que recibe un inocente con una persona declarada culpable es totalmente distinto; y por otra parte al tener la categoría de derecho fundamental en el campo procesal, tiene una influencia fundamental el régimen jurídico de la prueba.

La falta de presunción de inocencia es decir el considerar a una persona culpable antes de que lo declare un juez, se podría llegar a suponer una aberración jurídica tomando en cuenta que esta presunción se la considera como algo intrínseco de cada ser humano; convirtiéndose en ineludible su reconocimiento en todo proceso, además autores mencionan que pese a lo que respecta a derechos y garantías, no existe una jerarquía o su prioridad, se podría decir que la presunción de inocencia tiene un

lugar preponderante, “es más importante, porque es el presupuesto de los demás derechos y garantías”³².

Es importante destacar la diferencia existen entre derechos y principios, así: Cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. Por ellos, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley³³.

Zagrebelsky, al establecer esta diferenciación determina que:

Los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, <<constitutivo>> del orden jurídico. Las reglas, aun que estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo ellas mismas significan³⁴.

Con esta distinción se puede concluir que las leyes se prestan para interpretaciones, sin embargo los principios no son susceptibles de interpretación, su aplicación tiene que ser inmediata, por lo que no es necesario un previo reconocimiento para su aplicación.

Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas, pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de <<supuesto de hecho>>³⁵.

³²MARTÍNEZ, Germán – “LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL SISTEMA MEXICANO DE JUSTICIA PENAL”- Pág. 231. Recuperado el 13 de junio 2012 en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/26/RIJ26-12DMartinez.pdf>

³³ZAGREBELSKY, Gustavo-“EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHOS Y JUSTICIA” (Editorial TROTTA) Valladolid- España 1997. Págs. 109-110.

³⁴ZAGREBELSKY, Gustavo. Ibídem. Pág. 110.

³⁵ZAGREBELSKY, Gustavo. Ibídem. Págs. 110- 111.

Por su parte las garantías, según la Real Academia de la Lengua, se definen como: “*Derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos*”. En síntesis son derechos de tanta trascendencia que son reconocidos por todos los seres humanos, por su naturaleza intrínseca del hombre. Las garantías no necesitan estar escritas en un cuerpo normativo o ser reconocidos por el Estado, ya que estos son conocidos por todos por lo que su aplicación es directa y general.

La presunción de inocencia, no únicamente se encuentra recogida en la actual Constitución, cabe señalar que, “con carácter internacional también lo hacen la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 en su artículo 11.1; el Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, en su artículo 6.2 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en su artículo 14.2”³⁶.

La relevancia que tiene este derecho se centra en la seguridad jurídica que se le da a un individuo al momento de enfrentar un proceso, frente a posibles atropellos y vulneraciones, salvaguardando ante todo la libertad, entendiéndola como un poderoso baluarte el cual necesita de todas las protecciones y derechos.

“Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”. (Ulpiano).

³⁶BELDA PÉREZ, Enrique- “*LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA*”- Pág. 181. Recuperado el 8 de junio de 2012 en:dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=1060352

1.2.3 CONSTITUCIÓN

Maier, afirma que las Garantías Procesales, son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sean conculcados por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso³⁷.

En el desarrollo del proceso se invocan, garantías procesales, principios y derechos para la administración de justicia. Aunque no se encuentren expresamente estipulados por la ley, basta su vigencia en la Constitución de la nación, norma máxima que tiene primacía sobre cualquier otra, pueden invocarse además, normas contenidas en los tratados internacionales sobre Derecho Humanos suscritos por el país³⁸.

La relevancia de la presunción de inocencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, refiriéndonos específicamente a la Constitución ha sufrido grandes cambios, para llegar ser el derecho que conocemos hoy en día.

Si bien es cierto el Ecuador se caracteriza por sus numerosas constituciones, fue a partir de su cuarta Constitución que se tomó en cuenta este derecho, es así como en las constituciones de 1830, 1835 y 1843, no se contemplaba ninguna norma que proteja a un ciudadano de ser juzgado injustamente. Esta situación cambió con la aprobación en 1845³⁹ de una nueva Constitución, en cuyo **artículo 116 (TÍTULO XI. DE LAS GARANTÍAS)** disponía:

“Se presume a todo ciudadano inocente y tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se declare delincuente conforme a las leyes”.

³⁷MAIER, Julio- “DERECHO PROCESAL ARGENTINO”- (Editorial Hammurabi) Buenos Aires- Argentina, 1989. Pág. 54.

³⁸CUBAS VILLANUEVA, Víctor -“LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL”, Revista de Derecho, Año 1, N° 1. Lima-Perú, 2004. Pág. 5.

³⁹Constitución Política del año 1845- de 03 de Diciembre de 1945. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1845.pdf>

Este es el primer antecedente de procesos equitativos, atendiendo al respeto de la reputación y buen nombre, el cual no podía ser manchado por una falsa acusación, es por ello que era necesario la declaratoria de delincuente para ser considerado como tal.

En 1850⁴⁰, con el presidente Diego Novoa, se aprueba una nueva Constitución, la cual en su artículo **120 (CAPITULO 19. DE LAS GARANTÍAS)** dice:

“Todo ecuatoriano tiene derecho a conservar su buena reputación mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes”.

La diferencia entre la norma de 1845 y 1950, es evidente, en el artículo 120, no se habla sobre la “presunción de inocencia”, exclusivamente se remite a la conservación de la buena reputación, la cual tendrá que ser respetada hasta que no exista declaratoria que diga lo contrario.

Para 1851⁴¹, se conformó una nueva Asamblea Constituyente, la cual nombró como Presidente de la República a José María Urbina, y dio a conocer una nueva Carta Magna, sufriendo ciertas modificaciones, provocando una involución dentro de las garantías y derechos de exclusiva protección del Estado, esto se debe a que en la Constitución de esa época no existió ninguna norma, o ley que respalde la protección de la presunción de inocencia, lo que permitió el irrespeto y a garantías y derechos

⁴⁰ Constitución Política del año 1850- 02 de Marzo de 1851. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1850.pdf>

⁴¹ Constitución Política del año 1851- 25 de Febrero 1851. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1851.pdf>

fundamentales. Bajo el mando del mismo gobernante en 1852⁴², una vez más se proclama una nueva Ley Suprema, la que en el **artículo 115 (TITULO XI. DE LAS GARANTÍAS)** señala:

“Todo ciudadano se presume inocente y tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes”.

Durante el gobierno de Francisco Robles, no existieron cambios, modificaciones a la Carta Magna sin embargo, para 1861, con el Presidente electo Gabriel García Moreno, quien estuvo al frente del país en dos períodos de 1861 a 1865 y posteriormente 1869 a 1875, en los dos gobiernos, se modificó la Constitución.

En 1861⁴³, el **artículo 110 (TITULO XI. DE LAS GARANTÍAS)** decía:

“Todo individuo se presume inocente y tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se declare delincuente conforme a las leyes”.

A diferencia de los articulados referentes a la presunción, este retoma el término “se presume inocente” y a más de eso, reemplaza la palabra ciudadano por individuo, convirtiéndose en gran avance legal, ya que esta protección se limitaba especialmente para ciudadanos ecuatorianos, esto se debía al sentido de patriotismo que rigió durante esos años, sin embargo al pasar a decir individuo, pasa a ser un derecho garantizado para nacionales y extranjeros.

⁴² Constitución Política del año 1852- 06 de Septiembre 1852. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1852.pdf>

⁴³ Constitución Política del año 1861- 10 de Abril 1861. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1861.pdf>

Para el segundo periodo de García Moreno, mediante referéndum el 18 de Julio de 1869, se decidió la creación de una nueva Constitución, la cual tomó el nombre de “*Carta Negra*”, debido a todos los poderes que se atribuyó el Gobierno, así como también el tinte religioso que marco el gobierno, a más de las fuertes opresiones, limitaciones de las cuales era víctima el pueblo. Sello que imprimió Moreno durante su gobierno; pese a esto la Ley Suprema de 1869⁴⁴, o *Carta Negra* en el **artículo 95 (TITULO XI. DE LAS GARANTÍAS)** consagro que:

“Todo individuo se presume inocente y tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se declare delincuente conforme a las leyes”.

La única implementación con respecto al anterior articulado, fue el volver a incorporar la presunción de inocencia como tal y no limitarse a la conservación del buen nombre.

Desde 1869 a 1878, durante los gobiernos de Francisco Xavier León, José Javier Eguiguren (presidentes interinos), y Antonio Borrero, la Carta Magna se mantuvo; pero durante la presidencia de Ignacio de Veintimilla, en 1878⁴⁵, una vez más se establece una nueva Ley Suprema, (**SECCIÓN III. DE LAS GARANTÍAS**), **artículo 17:**

La nación garantiza a los ecuatorianos: numeral**6**). *La seguridad individual en consecuencia: literal g) “Toda persona se presume inocente, y tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se declare delincuente, conforme a las leyes”.*

⁴⁴ Constitución Política del año 1869- 11 de Agosto de 1869. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1869.pdf>

⁴⁵ Constitución Política del año 1878- 06 de Abril de 1878. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1878.pdf>

A partir de esta Constitución los derechos de los ecuatorianos se extienden, ampliando el radio de protección de las mismas, todas las garantías que se mencionan en este artículo hacen referencia a un justo proceso, atendiendo a la legalidad, dejando de lado penas de azotes, así como constriñendo a que la única persona sobre quien puede recaer una pena es exclusivamente sobre el culpable de un delito, como el nombre del articulado lo dice, *seguridad individual*, es decir cubre todos los aspectos básicos en cuanto a las protección y defensa de garantías procedimentales y derechos fundamentales.

En los gobiernos de José Plácido Camaño y Antonio José Flores, existieron tres Cartas Magnas, 1883⁴⁶, 1884⁴⁷, (*artículo 15*) y 1897⁴⁸ (*artículo 28*) (**TÍTULO IV. DE LAS GARANTÍAS**).

Todo individuo tiene derecho a que se le presuma inocente, y a conservar su buena reputación, mientras no se declare culpado conforme a las leyes.

Al cotejar el artículo 17 y el artículo 15 de las respectivas constituciones, es innegable el retroceso de nuestra legislación, retomando el contexto de las primeras normas, perdiendo la esencia como derecho garantizado por la nación.

Eloy Alfaro, en dos ocasiones ostentó el puesto de Presidente de la República; durante su segundo periodo instauró una nueva Constitución, en 1906⁴⁹, el *artículo 26* (**TÍTULO VI. DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y POLÍTICAS**), disponía:

⁴⁶ Constitución Política del año 1883. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1883.pdf>

⁴⁷ Constitución Política del año 1884- 13 de Febrero 1884. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1884.pdf>

⁴⁸ Constitución Política del año 1897- 14 de Enero 1897. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1887.pdf>

El Estado garantizará a los ecuatorianos: numeral 2) “*El derecho de que se le presuma inocente a un individuo, y de conservar su buena reputación, mientras se le declare culpado, conforme a las leyes*”.

Durante la presidencia de Isidro Ayora, en la Constitución de 1929⁵⁰; dice el

artículo 151 (TÍTULO XIII. DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES):

La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador principalmente los siguientes derechos: numeral 3. “*El derecho de ser presumido inocente y de conservar el honor y la buena reputación, mientras no haya declaración de culpabilidad conforme a las leyes*”.

José María Velasco Ibarra, durante su trayectoria como Jefe Supremo, convocó a dos Asambleas Nacionales para la creación de dos Constituciones, irónicamente fueron a año seguido, en 1945⁵¹, **artículo 141 (SECCIÓN 1. DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES)** decía:

El Estado garantiza: numeral 3: “*El ser presumido inocente y conservar la honra y la buena reputación, mientras no haya declaración judicial de responsabilidad conforme a las leyes*”.

En 1940⁵², (segunda Constitución durante el período del mismo mandatario) el **artículo 187 (SECCIÓN II. GARANTÍAS INDIVIDUALES COMUNES)** expresaba:

⁴⁹ Constitución Política del año 1906- 23 de Diciembre 1906. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1906.pdf>

⁵⁰ Constitución Política del año 1929- 26 de Marzo 1929. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1929.pdf>

⁵¹ Constitución Política del año 1945- 06 de Marzo 1945. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1945.pdf>

⁵² Constitución Política del año 1946. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1946.pdf>

El Estado garantiza a los habitantes: numeral 2. “*El derecho de todo individuo a conservar su buena reputación y que se le presume inocente, mientras no se le declare culpable, conforme a las leyes*”.

Los cambios realizados son mínimos, la diferencia es que en 1946, se lo consagra como derecho de todo individuo, a diferencia de 1945, que si bien es cierto no señala expresamente en el artículo estas palabras, pero se sobre entiende ya que está ubicado en la sección de “*los derechos individuales*”.

Con la instauración del gobierno de Otto Arosemena, y la proclamación de la nueva Carta Fundamental, en 1967⁵³ - dispone en el **artículo 28 (CAPÍTULO II. DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA)**:

Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de las personas el Estado le garantiza: numeral 18): la libertad y seguridad personales. En consecuencia: literal j) “*la inocencia se presume mientras no haya declaración judicial de la culpabilidad con arreglo a la ley*”. El Estado pondrá empeño en devolver la honra a quien por error judicial u otra causa hubiere sido acusado, juzgado o sentenciado.

Para este tiempo la presunción de inocencia ha pasado a ser un verdadero derecho, por lo que la participación del Estado en su protección es fundamental, al punto que, en caso de existir un proceso ilegal, o injusto en el que la honra de una persona ha sido manchada, el Estado es el llamado a la protección y restauración del honor del individuo. Es necesario destacar que dicho inciso sólo se mantuvo en esta Constitución ya que con las posteriores normativas no sólo se lo elimino, sino que hasta la actualidad no se lo ha vuelto a implementar dentro del ordenamiento.

⁵³ Constitución Política del año 1967- 25 de Mayo 1967. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1967.pdf>

Jaime Roldós Aguilera predecesor de Arosemena, consideró que la actual Carta Magna no era la adecuada para su gobierno, es así que se aprueba la Constitución número veintiuno en la República del Ecuador. La Ley Suprema de 1979⁵⁴, disponía en su artículo **19 (TÍTULO II. DE LOS DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS- SECCIÓN I. DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS)** que:

Toda persona goza de las siguientes garantías: numeral **16**). La libertad y seguridad personales. En consecuencia: literal **g**) *Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su culpabilidad.*

A partir de entonces se empieza a vislumbrar la actuación judicial, la misma que resulta imprescindible para determinar la culpabilidad o inocencia de una persona. Se deja de lado la honra, y se concibe al principio más que un derecho moral, como un derecho fundamental propio de cada ser humano.

Posterior a la inestabilidad política, del gobierno de Abdalá Bucaram, su predecesora Rosalía Arteaga, en 1998⁵⁵, el nuevo mandatario Fabián Alarcón convoca a una reforma constitucional; aquí existen dos artículos que hacen referencia a la presunción de inocencia, (**TÍTULO III. DE LOS DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES// CAPÍTULO 1. PRINCIPIOS GENERALES**):

Artículo 22. *“El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que se haya producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el artículo 24”;*

⁵⁴Constitución Política del año 1979- Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800 de 27 de Marzo de 1979. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1979.pdf>

⁵⁵Constitución Política del año 1998- Decreto Legislativo No. 000. Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1998.pdf>

Artículo 24, para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: numeral 7). “*Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada*”.

La sentencia ejecutoriada es uno de los mayores avances de la Constitución de 1998, puesto que si se analiza el resto de artículos se hace mención a la declaratoria; sin embargo al tratarse de procesos legales la declaratoria no basta, es necesario que sea por parte de un funcionario público que ostente el cargo de juez y además que la sentencia que se emita sea de carácter ejecutoriada, de esta manera se puede tratar a una persona como culpable o no. Elementos como estos son los que paulatinamente han ayudado a la coronación del principio de presunción de inocencia en Ecuador, como derecho fundamental y garantía procesal a más de tener el tratamiento de Derecho Humano.

Finalmente, la última Constitución se aprobó y entró en vigencia durante el Gobierno de Rafael Correa, mediante Consulta Popular, con más del 60% de aceptación, norma que rige hasta la actualidad, la Carta Magna de 2008⁵⁶, dispone en su **artículo 76 (CAPITULO OCTAVO. DERECHOS DE PROTECCIÓN)**:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: numeral 2. “*Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratado como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada*”.

⁵⁶ Constitución del Ecuador del año 2008- Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>

Es evidente que cada Constitución ha atendido a las necesidades de su época así como factores políticos, sociales y económicos; pese a esto es necesario rescatar que desde la aparición de la presunción de inocencia como garantía de los ciudadanos en 1845 en Ecuador, se ha intentado mantener este derecho, lo que ha significado que los procesos y el tratamiento a los individuos sea acorde a la ley; y más allá de eso la garantía de ser tratado como inocente y mantener el buen nombre hasta que se demuestre su culpabilidad en el acto delictivo. Es sin duda un avance para el Derecho ecuatoriano que este principio con el pasar del tiempo ha ido obteniendo mayor relevancia, ampliando su aplicación a todos los procesos, sean de carácter civil, penal o administrativo, consagrándose de esta manera como un derecho fundamental inherente al ser humano. El cual tiene que ser garantizado por el Estado en todas las etapas del proceso evitando el menoscabo de los derechos y garantizando su fiel cumplimiento.

Han sido 23 las Constituciones que han marcado la historia del Ecuador a partir de 1812 hasta la del 2008, cada una con sus falencias, y avances, tropiezos han formado parte de este proceso evolutivo, retrocesos en el ámbito jurídico también han formado parte de este perfeccionamiento jurídico. Sin embargo la garantía de derechos fundamentales se ha visto reflejada en la mayoría de Constituciones, propendiendo a la justicia y a la protección de sus ciudadanos.

Habiendo estudiado el *onus probandi* y el principio de presunción de inocencia, tanto desde su evolución histórica como desde los principios generales de la doctrina, en el siguiente capítulo se analizará a la prueba propiamente dicha y a la reversión de la misma.

CAPITULO II

LA PRUEBA, SU FLEXIBILIDAD, REVERSIÓN Y PRESUNCIÓN DE LA CULPA

La obra maestra de la injusticia es parecer justo sin serlo.

Platón

Términos como: “*res ipsa loquitur*”, “*onus probando incumbit actori*” y “*nemo tenetur edere contra se*”, son aforismos romanos, utilizados antiguamente en el proceso. Dichos axiomas han servido de garantía para la protección del demandado; propendiendo de esta manera impartir no sólo justicia sino equidad a las partes procesales.

A pesar del paso del tiempo, la presencia y aplicación de dichos principios se ha mantenido vigente; convirtiéndose en normas y preceptos fundamentales, atendiendo a su significativa importancia en el proceso; sin embargo hay ciertas modificaciones que han sido necesarias realizar, sobre todo lo que respecta a la prueba. La prueba dentro y fuera del proceso ha sido uno de los elementos que más cambios, trastornos y modificaciones ha sufrido desde su aparición. Pasando a ser el elemento decisorio, pieza fundamental para la sentencia del juez. En la actualidad la prueba consta con un sinnúmero de normas, todas ellas encaminadas a su validez y aporte, característica esencial de la misma.

El fin de la prueba, si bien es cierto es dar la certeza de la existencia de un delito o determinar su inexistencia, en ciertos casos va más allá de eso, puesto que suele ser el único medio de sustento para que el juez pueda emitir una sentencia; es por este motivo que la prueba debe tener ciertos elementos para que se la considere lícita, de tal forma que no quede en tela de duda su procedencia ni la manera en que se la obtuvo.

“La doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre lo que es el objeto de la prueba. Algunos dicen que son los hechos, otros, las cosas, hechos y seres; alguno, todo lo que es posible de confirmación, o cambian el centro de imputación al decir que el objeto de la prueba está constituido simplemente por las afirmaciones sobre los hechos, o combinaciones de estos sistemas, incluyendo la concepción del *objeto inmediato*, la afirmación, y del *objeto mediato*, el hecho⁵⁷ .

Si bien es cierto la doctrina no se ha puesto de acuerdo en cuanto a lo que se tiene que probar, la normativa es clara en cuanto a la validez de una prueba, para que esta pueda ser admitida en el proceso.

Ahora bien, hechos y las pruebas son la esencia en sí del proceso y la base para el mismo, ya que la inexistencia de uno de ellos conlleva a la inexistencia del proceso. Sin embargo la actual doctrina ha visto necesario incluir la teoría de las “*pruebas difíciles*” o “*pruebas leviores*”, son aquellas pruebas que resultan difícil o casi imposible su obtención por parte del actor, existiendo la presunción de la aproximación que podría tener el demandado a la fuente probatoria, y la carencia probatoria del actor, en estos casos se da la “*inversión de la carga de la prueba*”.

En cuanto a la determinación de la dificultad probatoria, nace un problema, ni la doctrina y mucho menos la normativa han logrado esclarecer, determinar y fijar los

⁵⁷ FALCÓN, Enrique – “*TRATADO DE LA PRUEBA*”- (Editorial Astrea) Buenos Aires 2003. Págs. 81-82.

motivos o las circunstancias que se deben atender para determinar cuándo una prueba es difícil y cuando no lo es. Además legislaciones como la nuestra recogen la inversión de la prueba, sin embargo en ningún momento se señala que se debe a la dificultad probatoria por la que puede atravesar el actor, el vuelco que sufre la prueba, creando cierta inseguridad jurídica, puesto que se podría considerar que la discrecionalidad del juez para determinar la reversión juega un papel preponderante. Tomando en cuenta que la doctrina revela que la reversión es específicamente para casos “*in extremis*”⁵⁸.

El término *in extremis*, es decir en casos extremos, se aplica excepcionalmente cuando el juez no posee los medios necesarios para motivar su dictamen, sin embargo, es evidente la violación de un derecho, en estos casos y bajo la premisa de la posible aproximación probatoria que puede tener el demandante es lo que se invierte la prueba, para de esta manera aportar con suficientes elementos de juicio para así emitir una sentencia. Para Leo Rosenberg, “el alcance de la carga se determina por el alcance de los presupuestos” es decir, el problema se limita cuando se tiene que enfocar no al hecho que se rechaza sino a la “pérdida del derecho”⁵⁹.

En el caso de la pérdida de un derecho, la constante en todo proceso es que la oferta de la prueba debe provenir precisamente de la parte obligada a ella⁶⁰, es decir, el actor.

George Peyrano, en su artículo, *la carga de la prueba como norma de clausura del sistema*; sostiene que la norma de clausura, es decir la insuficiencia de prueba, implica el

⁵⁸ La legislación Ecuatoriana ha previsto la reversión de la carga probatoria en materia laboral, tributaria y ambiental, considerado una necesidad para equiparar a las partes procesales, entendiéndose que una es más débil que la otra.

⁵⁹ ROSENBERG, Leo- “*LA CARGA DE LA PRUEBA*”- Segunda Edición en Catellano -(Julio Cesar Faira-Editor)- Montevideo – Buenos Aires 2002. Pág. 44.

⁶⁰ ROSENBERG, Leo- “*LA CARGA DE LA PRUEBA*”- Segunda Edición en Catellano -(Julio Cesar Faira-Editor)- Montevideo – Buenos Aires 2002. Pág. 39.

reconocimiento del fracaso del proceso como herramienta probatoria del proceso⁶¹. Esta afirmación realizada por el autor se debe, a la importancia de la prueba, ya que es el único medio para determinar el cometimiento de un delito, sin ella no hay como determinar la culpabilidad o la inocencia de una persona, quedando en el limbo dicha resolución, además el grado de afirmación probatoria tiene que ser tan elevado aportando total convicción al juzgador, sin dejar dudas no sólo de la existencia de un derecho sino de la violación del mismo.

El problema de la carga de la prueba se presenta sólo cuando esta no se ha producido, provocando la nulidad del grado de afirmación probatoria que el juez necesita para dictar sentencia, en este punto el Derecho, choca en un dilema, la aceptación tácita del fracaso de una de sus herramientas o busca una alternativa en la que la clausura del sistema sea menos evidente; eso sí cualquier otro método o salida que se intente implantar, será una vía que no necesariamente cumplirá con los requisitos de un proceso justo y equitativo.

Es inevitable que al analizar la prueba, se tiene que tomar en cuenta principios como el de la *facilidad probatoria* y el principio de *disponibilidad probatoria*, principios conducentes a la aplicabilidad de la reversión de la carga de la prueba así como a la flexibilidad que se encuentra sometida la misma. Herramientas como estas, son de uso exclusivo del juez, quien debe atender a las circunstancias de los hechos y la posible violación de derechos que acarrearía una reversión de la prueba que no se halle fundamentada debidamente; puesto que estaría violando el *principio de igualdad de las partes procesales*.

⁶¹PEIRANO- Jorge. W- “LA CARGA DEL APRUEBA COMO NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA”. Revista Electrónica- Volumen 2- N-3 (Año 2012).Pág. 11. Recuperado el 19 de julio de 2012 en: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/images/stories/revista/REVISTA%20TEMAS%20ATUAIS%20DE%20PROCESSO%20CIVIL%20V2.%20N.3.pdf:page=4>

Es así como en el siglo XIX la tendencia tiende abogar por los principios; “*si una cuestión civil no puede resolverse, no por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de las leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, atendiendo en consideración las circunstancias del caso*”⁶².

Esto atiende única y exclusivamente, al origen de la certeza que tiene que primar en los juicios civiles, por tal motivo, ningún proceso terminará con un *non liquet*, esto quiere decir que la sentencia siempre tiene que terminar con una condena o una absolución; más nunca con la duda de la existencia de un derecho.

La aplicación de derechos, principios, doctrina jurisprudencia, pasa a ser fundamental ya que el juez tiene que observar todas las herramientas que la le ha otorgado para impartir justicia.

2.1 LA PRUEBA EN EL PROCESO

Al hablar del proceso, es ineludible mencionar a la prueba. Varios autores y doctrinarios han señalado su importancia, no sólo por el aporte que representa en el proceso, más allá de eso es el único acercamiento del juez a una “supuesta” verdad, y en algunos casos de ella depende todo el juicio.

En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar, y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. En sentido jurídico procesal, la prueba es un método de averiguación y un método de

⁶² FALCÓN, Enrique – “*TRATADO DE LA PRUEBA*”- (Editorial Astrea) Buenos Aires 2003. Págs. 181.

comprobación, la prueba civil, es normalmente comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio⁶³. Por objeto de la prueba se entiende lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; de idéntica aplicación en actividades procesales y extraprocesales, se extiende a todos los campos de la actividad humana. El objeto de la prueba tanto en general como procesal, son los hechos, esto es, todo lo que representa una conducta humana, los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana; las cosas u objetos materiales; la persona física humana, los estados y hechos síquicos o internos del hombre⁶⁴.

Ambos conceptos intentan definir y esclarecer la función e importancia de la prueba en el proceso, objeto en el cual recae la veracidad o falsedad de un hecho; convirtiéndola en pieza fundamental para la toma de decisión por parte del juez; pese a que las pruebas que presenten las partes no son vinculantes para el juez, es obligación del juez analizar su influencia dentro del proceso. Es necesario destacar que la prueba maneja dos aspectos, primero la comprobación de los hechos y en un segundo plano, se centra en las cosas sobre las cuales puede recaer; la conjugación de ambos elementos hace de la prueba el componente esencial en todo proceso.

Devis Echandia define a las pruebas judiciales como:

“El conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”⁶⁵.

Además es importante destacar que la importancia y validez de la prueba radica en cómo esta se haya actuado durante el proceso, esto quiere decir que su presentación responde a un tiempo determinado en el juicio, así como los medios aptos y probos

⁶³ PAZMIÑO, Marcelo- “*LA REVERSIÓN DE LA CARGA DEL ONUS PROBANDI EN EL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL*”- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador. 2008-2009. Pág. 61.

⁶⁴ CABRERA, Benigno- “*TEORÍA GENERAL DEL PROCESO Y DE LA PRUEBA*”- (Editorial Marder)- Sexta Edición. Madrid- España. 1986. Pág. 17.

⁶⁵ ESCOBAR, Mirian- “*LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, EN LA MOTIVACIÓN DE UNA SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA*”- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador. 2010. Pág. 14.

para obtener dicha prueba, para considerarla legal, oportuna, pertinente y para que pueda presentar un verdadero aporte en el proceso; por el contrario en caso de incumplir con la normativa pertinente en cuanto a la prueba (*Código de Procedimiento Civil- Sección 7ª. De las pruebas. Art. 113 y ss.*), esta carece de validez y eficacia, por lo cual el juez tiene la potestad para desecharla.

Varios autores afirman que la importancia de la prueba en el proceso, llega a tal punto que sin la existencia de ella no hay proceso; esto se debe a que la prueba es el único acercamiento que tiene el juez con la realidad de los hechos; es por este motivo que a más de existir la prueba esta tiene que ser regulada por el legislador, limitando su accionar en el proceso; conducente específicamente a la demostración de un hecho, o violación de un derecho, constreñida a su legalidad y los medios por los cuales fue obtenido, ya que de esto dependerá su validez.

Francisco Ramos, en pocas palabras señala que la prueba procesal aspira a persuadir al juez de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes, siendo que las afirmaciones fácticas aparecen siempre mediatizadas por el propio lenguaje y por los juicios de valor que viertan las partes litigantes al realizarlas⁶⁶.

Las afirmaciones válidas en todo proceso, sea civil, penal o administrativo son válidas cuando estas pueden ser comprobadas, esto implica que el alegato del actor no puede quedar con una simple enunciación de derechos, sino que tiene que ser fundamentados con normas y principios, a más de las pruebas que constaten la veracidad de lo que se afirma.

⁶⁶ ESCOBAR, Mirian- “LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, EN LA MOTIVACIÓN DE UNA SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador. 2010. Pág. 15.

Se podría considerar a esta como la única manera que tiene el actor para salir victorioso en el juicio; sin embargo la presentación de pruebas y alegatos no son suficientes, ya que el demandado también tiene la opción de no sólo presentar sus alegatos negando o allanándose a lo que dice la contra parte; el demandado tiene la posibilidad de presentar pruebas que demuestren su inocencia, o que ponga en tela de duda lo alegado. Es evidente que tanto el actor como el demandado tienen la facultad de presentar toda prueba que estimen pertinente para que la decisión del juez les sea favorable, y justamente dependerá de la correcta fundamentación y pruebas conducentes para que el juez pueda emitir sentencia.

Uno de los aspectos fundamentales en cuanto respecta a la valoración de las pruebas, así como el vínculo entre estas y la norma, es la sana crítica, elemento preponderante para la toma de decisiones.

En cuanto a lo que respecta a la sana crítica, la Primera Sala, de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución número 224, del 30 de julio de 2003, publicado en el Registro Oficial 193 (20- 10-2003), dice:

“La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”.

La sana crítica es un sistema lógico de valoración de prueba, en el cual el juez valora la prueba sin sujeción a criterios legalmente establecidos, pero, también a diferencia de la libre convicción, sin la interferencia de factores emocionales, debiendo fundamentar su decisión⁶⁷.

⁶⁷ ESCOBAR, Mirian- “*LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, EN LA MOTIVACIÓN DE UNA SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA*”- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador. 2010. Pág. 53.

Es importante destacar que la sana crítica forma parte fundamental al momento de valoración de la prueba, ya que el juez tiene que ser totalmente objetivo al momento de la apreciación de la misma, dejando de lado cualquier tipo de sentimiento o emotividad que lo unan al caso, esto se debe a que el juzgador se caracteriza por su imparcialidad, por lo que tiene que prestar atención de manera única y exclusiva a los hechos presentados, a las pruebas aportadas y a la norma pertinente. De esta manera se logra el principal objetivo del Derechos, que es impartir justicia.

Otro aspecto que resulta ineludible es el principio de razonabilidad, el cual contiene tres desmembraciones; *Razonabilidad interna del acto legislativo*, esta se refiere a la proporcionalidad que tiene que existir entre la ley y la sanción, motivando que originó su contenido; *Razonabilidad externa del acto legislativo*, se encarga de determinar si la finalidad con la que fue creada la norma cumple su objetivo; y, *Razonabilidad de la ley*, es la proporción entre la medida y el fin de la norma. Estos tres elementos, a más de la estabilidad de la normativa, son esenciales para la valoración prueba, atendiendo al objetivo por el cual fue creado y el fin que se persigue.

2.2 PRINCIPIO DE FACILIDAD Y DISPONIBILIDAD PROBATORIA

Determinar la facilidad y disponibilidad que puede tener el actor o el demandado para proporcionar pruebas en el proceso, resulta difícil de determinar. Atendiendo al significado de dichas palabras, la facilidad es, hacer algo sin gran esfuerzo, y, disponible, es la acción de disponer libremente algo que está listo para

usarse o utilizarse. Atendiendo a la doctrina y jurisprudencia esta facilidad probatoria y disponibilidad tiene que estar más cercana al demandante que al demandado, fomentando economía procesal

El criterio de disponibilidad y facilidad probatoria consiste en que debe probar quien cuente con mayor facilidad práctica para obtener el medio probatorio. En España se indica que este criterio ordena al juez tener presente esa mayor facilidad probatoria de la parte procesal que se halle más próxima a la fuente probatoria. Se aclara que el fundamento de este criterio esta en el deber constitucional de colaboración con los tribunales de justicia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Se habla de igualdad de armas para las partes y criterios también de orden económico para imponer facilidad de la prueba. Es decir, se exige a la parte que pueda producir la prueba a menor costo, que la aporte⁶⁸.

Sin embargo a esta teoría se contraponen el principio *nemo tenetur edere contra se*, se podría decir que se obliga a una parte a probar en su contra, irrespetando preceptos constitucionales, y garantías fundamentales del debido proceso.

La inseguridad jurídica que acarrearán estos principios en caso de no ser utilizados de la mejor manera, con consecuencias devastadoras para una de las partes; por un lado dejar en la impunidad un delito o condenar a un inocente; esto se debe a que la aplicación de este tipo de principios no puede ser discrecional, por el contrario debe existir una tutela jurídica efectiva, determinando los parámetros para su aplicación.

Si bien es cierto resulta un trabajo imposible el determinar todos los casos en que este principio surte efectos, no es menos cierto que deben existir parámetros para que se puedan aplicar. En el caso de acciones por daño ambiental, es evidente que el legislador no ha hecho ninguna distinción al caso de la aplicación de la reversión de la

⁶⁸ “NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL” Pág. 39. Recuperado el 2 de agosto de 2012 en: <http://www.brenesariasabogados.com/publicaciones/naturaleza-juridica-de-la-prueba.pdf>

carga de la prueba, atendiendo a la facilidad y disponibilidad probatoria que tiene el agente contaminante, basando este supuesto en meras presunciones y creencias, que desembocando en la reversión de la carga probatoria en materia ambiental; por otro lado no se distingue entre acciones civiles o administrativas en el caso daños ambientales, lo que es una total violación a la normativa.

La *Ley de Hidrocarburos* y la *Ley de Gestión Ambiental*, hacen referencia a la reversión de la carga de la prueba, sin distinción alguna, por lo que se entiende que su aplicación es general para todas las acciones, constituyendo una ilegalidad; esto se debe a que la aplicación del principio de facilidad y disponibilidad probatoria, atiende a circunstancias especiales y a casos concretos en los que se determine la imposibilidad del actor de probar sus alegatos; y además constatando la facilidad que tiene el demandado para la presentación de pruebas esenciales para el proceso; sin embargo la legislación ecuatoriana no hace distinción alguna, ni explica los motivos por los que el demandado es obligado a soportar la carga de la prueba.

Es menester destacar que en ninguna de las épocas en las que se ha dividido el Derecho Ambiental, desde los primeros instrumentos internacionales hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, (1945 hasta la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano / Estocolmo, 1972/ Acuerdos y tratados firmados a partir de 1972 / Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992) / Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002)), ningún instrumento, tratado, convención o conferencia en pro del Medio Ambiente, ha desconocido la presunción de inocencia o garantías del debido proceso en beneficio de la Naturaleza. Si bien el Derecho Ambiental tiene su origen en el

Derecho Internacional Público, no es menos cierto que paulatinamente los Estados se han visto en la necesidad de acoger ciertos principios en su legislación

La necesidad de implementar este tipo de normativa, nace de la búsqueda de un bien colectivo, en el que no sólo se busca una conciencia ambiental a nivel nacional, sino que se promueve la cooperación internacional, considerando a la naturaleza un bien de toda la humanidad. Sin embargo el espectro que abarca el Derecho ambiental no se centra en lo que es la protección de ciertas zonas, sino que incluye biodiversidad, ecosistemas, agua, tierra, aire, el manejo, distribución y preservación de dichos recursos, es por este motivo que se ha visto en la necesidad de implementar herramientas que faciliten su protección, basados en una economía procesal.

Principios como estos son sumamente subjetivos y su aplicación tiene que estar regulada, y no nacer de la discrecionalidad o libre albedrío del juez, esto se debe a que se contraponen derechos reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales, el principal es el derecho de presunción de inocencia y el hecho que nadie está obligado a perjudicarse a sí mismo. Pese a que se quiera respaldar la facilidad y disponibilidad con el principio de igualdad de armas, es necesario observar, preceptos como: “*Ei incumbit probatio, qui negación Dicit, qui no*”, en el que se determina que la prueba le corresponde a quien afirma, no a quien niega. La excepción a la regla es aplicable en casos extremos, lo que quiere decir que no existe otra solución viable, tomando en cuenta que, esto no quiere decir que por buscar justicia para una de las partes, voy a derrochar injusticia para la contraparte.

2.3 FLEXIBILIDAD DE LAS REGLAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

La Real Academia de la Lengua Española, define el término flexible como: “*no sujeto a normas estrictas, a dogmas o a trabas*”. La prueba al ser un elemento primordial en el proceso, la cual cuenta con una normativa estricta para su validez, puede ser objeto de poseer un carácter dual, es decir, toda la normativa a la cual se encuentra sujeta puede ser inobservada en casos especiales.

En el ámbito procesal, la distribución de tareas entre las partes y el órgano jurisdiccional se sustenta, en la presunción de que el operador conoce el Derecho aplicable al litigio, el – *iura novit curia*- aforismo que actúa como principio normativo, y como deber impuesto a los Jueces para resolver los litigios utilizados en el Derecho, es decir, sujetarse a esa aplicación⁶⁹.

La flexibilidad de la carga de la prueba atiende de manera primigenia a la facilidad probatoria para evitar posibles afectaciones, evitando la indefensión de una de las partes, sin embargo la aceptación tácita de la imposibilidad de presentar pruebas en un proceso, y por tal motivo revertir la prueba, también se podría considerar como una alteración a la legalidad del proceso.

La doctrina se ha dividido en dos vertientes, en un primer plano, se dice que la reversión de la prueba debería ser una facultad discrecional del juez, ya que atendiendo al panorama del conflicto se determinaría sobre quien recae la carga de la prueba; por otra parte Leo Rosenberg, dice, que la flexibilidad de la cual puede estar embestida la carga de la prueba, nunca puede recaer en la subjetividad de la decisión

⁶⁹ PAZMIÑO, Marcelo- “*LA REVERSIÓN DE LA CARGA DEL ONUS PROBANDI EN EL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL*”- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador. 2008-2009. Pág. 8

de un juez, por el contrario tiene sus raíces en la ley, en la estructura y naturaleza de la norma jurídica.

La idea fundamental de la carga de la prueba es la distribución justa, garantizando la seguridad jurídica, objetividad y equidad procesal. Karl-Heinz Schwab, explica que pese a la flexibilidad que se le quiera otorgar a la prueba, se encuentran de por medio todos los principios que envuelven a la prueba, por tal motivo es imposible sustituir la teoría estándar, ya que cualquier modificación crearía inseguridad jurídica, y consecuentemente un producto engañoso. El autor de igual manera enmarca la importancia de la aplicación de principios básicos, los cuales no pueden ser reemplazados por simples enunciados o teorías modernas que tienen por objeto facilitar el proceso, la teoría del riesgo o juegos de probabilidad, de por sí carecen de sustento jurídico y no representan una verdadera solución al problema de la carga probatoria.

Maximiliano Seil, en su obra *“La Carga de la Prueba en Normas de Conflicto”*, asienta que la maleabilidad a la que puede sujetarse la prueba, dependerá del proceso que se lleve a cabo y principalmente de:

La división entre carga objetiva y subjetiva de la prueba que permite separar y diferenciar la carga que realmente es carga de las partes (subjetiva) de la distribución normativa del riesgo probatorio (carga objetiva) establecida por el legislador en tanto instrucción a los jueces para decidir en caso de *no liquet*⁷⁰.

⁷⁰PRUTTING, Hanns- *“CARGA DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR PROBATORIA: LA INFLUENCIA DE LEO ROSENBERG Y KARL HAINZ SCHWAB PARA EL DESARROLLO DEL MODERNO DERECHO PROBATORIO”*. Revista Ius el Praxis, Año 16. N° 1. Pág. 463. Recuperado el 12 de agosto de 2012 en: <http://www.scielo.cl/pdf/iuseptp/v16n1/art15.pdf>

Al remitirnos en la legislación ecuatoriana, en realidad no existe una diferenciación clara, en la que se pueda percibir de manera objetiva los argumentos del legislador para que la carga pueda ser obligación del actor o del demandado, mucho menos se da esta flexibilidad para que el caso no quede sin una sentencia. La normativa vigente, pese a que inserta principios innovadores que propugnan la protección de derechos, sin embargo se deja de lado principios y normativas estándares que poseen sustento legal y doctrina que los respalde, por tal motivo el reemplazo de cierto tipo de normas resulta a más de imprudente, con consecuencias perjudiciales para el sistema de justicia

Todo operador de justicia en el ejercicio de la jurisdicción detenta dos tipos de responsabilidades, la una constituye, el velar por la eficacia de los preceptos normativos que reconocen y desarrollan derechos fundamentales y, segundo la obligación de asegurar la calidad de agentes estatales, es decir, la de no convertirse en artífices de la violación de tales derechos⁷¹.

Los tres sentidos que abarca la prueba son: 1) Comprobación de afirmaciones; 2) Actividad dirigida a comprobar afirmaciones; y, 3) Instrumento que permite al juzgador alcanzar su convicción. Son estos tres aspectos que el juzgador tiene que tomar en cuenta al momento de invertir la carga probatoria, identificando si las pruebas que puede aportar el actor serán conducentes al objetivo mismo de la prueba, o por el contrario, la facilidad probatoria la tiene el demandado. Por otra parte es necesario destacar que la maleabilidad que puede estar envuelta la prueba, responde a una normativa previa, a disposiciones legales o en casos especiales a la potestad del juez.

⁷¹ PAZMIÑO, Marcelo- *“LA REVERSIÓN DE LA CARGA DEL ONUS PROBANDI EN EL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL”*- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador. 2008-2009. Pág. 21.

2.4 REVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA

La concepción de carga probatoria, ha ido variando desde su aparición en el Derecho, algunos podrían afirmar que se ha evidenciado un avance, ya que varios cuerpos normativos hacen referencia sobre quien recae la carga probatoria, dependiendo del caso en concreto; el problema aparece cuando el legislador ha pasado por alto el establecer sobre quién recae la prueba. Al atender a la jurisprudencia y doctrina se entiende que el que afirma prueba, sin embargo, la volatilidad a la que se sujeta esta herramienta procesal puede acarrear nefastas consecuencias.

La carga de la prueba como concepto a utilizarse y ejecutarse se ha desarrollado primero en Alemania (Goldschmidt) iniciador de la doctrina moderna, que, más tarde encontró en Rosenberg un valioso impulso, luego en Italia con Carnelutti, después con Michellin y otros autores procesalistas modernos, posteriormente la noción en América a adquirido completa madurez⁷².

La noción – carga de la prueba procesal- es aceptada por todos los autores, la que proviene de la tradición romana, anexada en el código Napoleónico e incorporada luego en los europeos y sudamericanos, estructura sobre “noción de una necesidad práctica ante la cual se encuentra la parte para poder obtener el efecto jurídico deseado y evitar el daño de perderlo⁷³”.

Ya en el anterior capítulo se trató respecto de la carga de la prueba y su evolución a través de los tiempos, así como el avance y vigencia que ha tenido en nuestra legislación. Pese a las modificaciones a las cuales ha sido sometida esta institución del Derecho, cabe destacar que su esencia nunca ha sido modificada. Con esto me refiero a que si bien la carga de la prueba, por principio recae en el actor, esto no inhibe al demandante de presentar pruebas. Sin embargo el actor es quien tiene que aportar el mayor número de pruebas, todas ellas conducentes a que la sentencia le sea

⁷² PAZMIÑO, Marcelo- “*LA REVERSIÓN DE LA CARGA DEL ONUS PROBANDI EN EL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL*”- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador. 2008-2009. Pág. 61.

⁷³Michellini. Pág. 59. PAZMIÑO, Marcelo- “*LA REVERSIÓN DE LA CARGA DEL ONUS PROBANDI EN EL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL*”- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador. 2008-2009. Pág. 61.

favorable; es obvio que quien inicia una acción cualquiera que sea su naturaleza, tendrá por objetivo ganar; pero para ello es fundamental tener todos los elementos que coadyuven a que el juez forme su criterio, fallando favorablemente para una de las partes.

La igualdad de oportunidades en, materia de pruebas no se opone a que resulte a cargo de una de las partes la necesidad de suministrar la prueba de ciertos hechos, sea por que los invoca a su favor, o porque de ellos se deduce lo que pide, o porque el opuesto goza de presunción o de notoriedad, o porque es una negación indefinida. De esto resulta el principio de la carga de la prueba que contiene una regla de conducta para el juzgador, en virtud de la cual puede fallar de fondo cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar. Por otra parte, implica este principio la autorresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer de la libertad para llevar o no la prueba de los hechos que las benefician y contraprueba de los que, comprobados por el contrario, pueden perjudicarlas; puede decirse que las partes les es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, por su cuenta riesgo⁷⁴.

Al referirnos de la inactividad probatoria por parte del actor, Muños Sábate expresa:

En el proceso civil, el juez sólo puede resolver *secundum allegata el probata*...es la propia parte quien soporta las consecuencias de su inactividad, de su negligencia e incluso de sus errores...es ella y solo ella quien debe cuidar de suministrar al juez los máximos elementos...la carga, en cambio, indica la necesidad práctica de que el titular de un determinado poder lo ejercite cuando quiera obtener un efecto a favor propio...no existe ningún deber de probar, pero él no probar significa en la mayoría de los casos la derrota. *O provare o soccombere...*⁷⁵.

Probar o sucumbir, es la mejor manera para definir la inactividad probatoria en un proceso. Los mejores alegatos, pueden quedar en meras enunciaciones sino no existen pruebas que los acompañen. Es así como la presentación de pruebas pasa de

⁷⁴ ESCOBAR, Mirian- "LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, EN LA MOTIVACIÓN DE UNA SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA"- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador. 2010. Pág. 47-48.

⁷⁵ MUÑOZ, Luis. "TÉCNICA PROBATORIA". (Editorial Temis). Bogotá- Colombia. 1997. Pág. 32-33.

ser una formalidad a convertirse en una necesidad, ya que es el único elemento que acredita y fundamenta la veracidad de lo alegado.

Preceptos como los de Paulo “*ei incumbit probatio, qui negación Dicit, qui no*”⁷⁶, o el de Marciano “*Semper necessitas probando incumbit illi, qui agit*”⁷⁷, constatan que la carga de la prueba como fenómeno jurídico, en el que la distribución de la carga de la prueba parte de fórmulas, específicas y obligatorias, guías para una ponderación judicial.

Esta distribución de la prueba parte de la premisa que la prueba le corresponde a quien afirma, más no a quien niega, de la misma manera, postulados como “nadie está obligado a ir contra sí mismo, o confesar en su perjuicio”, o “la necesidad de probar incumbe siempre al que demanda”, han servido de base para que el juzgador determine los parámetros en los cuales las partes basarán su actuación en el proceso, cabe destacar que la libertad probatoria no era ni es ilimitada, esto se debe a que las pruebas deben ser conducentes a lo que se alega, tomando en cuenta que es lo que se quiere probar, y sobre que va a recaer la prueba. Fue a partir de la *Teoría Negativa*⁷⁸, las *Teorías de las Presunciones*⁷⁹ y la *Teoría de la Continuidad*⁸⁰, que se comienza

⁷⁶PRUTTING, Hanns- “*CARGA DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR PROBATORIA: LA INFLUENCIA DE LEO ROSENBERG Y KARL HAINZ SCHWAB PARA EL DESARROLLO DEL MODERNO DERECHO PROBATORIO*”. Revista Ius el Praxis, Año 16. N° 1. Pág. 457. Recuperado el 12 de agosto de 2012 en: <http://www.scielo.cl/pdf/iuseptp/v16n1/art15.pdf>

⁷⁷PRUTTING, Hanns. *Ibidem*. Pág. 457.

⁷⁸ La **Teoría Negativa** del hombre presupone siempre lo que pretende explicar: la razón, el espíritu, la autonomía del espíritu y la identidad parcial de sus principios con los del ser. El espíritu es el que verifica la represión de los impulsos, mediante la voluntad, que, guiada por las ideas y los valores, rehúsa a los impulsos opuestos a dichas ideas y valores las representaciones necesarias para llevar a cabo una acción impulsiva, mientras por otro lado ofrece como un cebo ciertas representaciones conformes a las ideas y a los valores, a los impulsos latentes, para coordinarlos, de manera que ellos mismos ejecuten el proyecto de la voluntad, dictado por el espíritu.

⁷⁹ La **Teoría de las Presunciones**, se centra en la labor de reconstrucción de hechos, que lleva a cabo el juez utilizando los que aparecen probados, auxiliándose con los datos que le proporciona su propia experiencia.

⁸⁰ La **Teoría de la Continuidad**, se contempla los cambios que sufre el ser humano y la afectación que estos tiene para su desarrollo y desenvolvimiento hasta su vejez.

hacer una diferenciación entre hechos positivos y negativos, así como la individualización de los problemas concretos de la prueba y fundamentalmente sobre quien recae la obligación de probar. Por último la *Teoría de la posibilidad probatoria*⁸¹, “permite presentar la consecuencia jurídica de una norma sobre la base de la demostración de los hechos, no estando condicionada a la existencia de hechos objetivos”⁸², aquí se reducen los resultados a la cognición judicial, probando, desmintiendo o confundiendo lo que se pretende, creando una dicotomía entre lo que se prueba y lo que no.

La aplicación de estas teorías ha sido el soporte necesario para que los procesos se puedan llevar de una mejor manera, entendiendo las obligaciones de las partes, así como sus deberes, marcando la clara diferencia que existe entre el actor y el demandado, esto ha permitido que la discrecionalidad juegue un papel preponderante ya que la finalización de todo proceso se da por medio de una sentencia.

Es por este motivo que el único llamado a la valoración de las pruebas es el juez. Atiendo a la Resolución 69 del 15 de abril de 2004, emitida por la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, dice:

“La valoración de la prueba es una operación mental o intelectual, y en esta operación el juzgador debe examinar separadamente los elementos de prueba aportados por las partes con que pretende demostrar los hechos afirmados, ya sea en la demanda ya sea en la contestación de la misma. Luego, el juzgador debe estudiarlas comparativamente, en forma tal que la conclusión a que llegue sea el producto de una verdadera síntesis de la totalidad de los elementos de la prueba y los hechos que en ellos se contiene. En este proceso mental el Juez ha de aplicar las reglas de la sana crítica, las cuales no constan en normas de derecho positivo, sino con reglas de lógica

⁸¹ La **Teoría de la Posibilidad Probatoria**, permitir sustentar la consecuencia jurídica de una norma sobre la base de la demostración de los hechos, no estando condicionada a la existencia de hechos objetivos. Dicho contenido estaba solamente relacionado con el proceso y, por lo tanto, terminaba reduciendo a tres los posibles resultados de una cognición judicial (ya sea probado, desmentido, o confuso) a una simple dicotomía (probados y no probados).

⁸²PRUTTING, Hanns. *Ibidem*. Pág. 458.

y de experiencia humana, suministradas por la psicología, la sociología y la técnica, que permiten al juzgador distinguir lo que es verdadero y lo que es falso”.

Al decir que la valoración es una conclusión que se llega gracias al producto de los hechos, en el que el juzgador aplica la sana crítica, lógica y experiencia humana, en concordancia con las normas del sistema, podremos concluir que en síntesis, el aporte de las partes es la base para la toma de una decisión final. Por tal motivo es lógico y más aún necesario que en todo proceso se determine sobre quien recae la carga de la prueba; si atendemos a los aforismos mencionados en párrafos anteriores, se sobre entiende que este deber recae en el actor, ya que se supone que en el no hay dudas y por lo contrario está revestido de la certeza de la violación de un derecho; por el contrario el demandado salvo ciertas excepciones se visto en la obligación de demostrar su inocencia, más nunca ha tenido que presentar prueba o testimonio que perjudique su situación.

Dentro del aspecto ambiental la situación puede variar, esto se debe al marco normativo que lo rodea. La prevención y la precaución, son los aspectos que se han tomado en cuenta para revertir la carga de la prueba. Se entiende por *prevención*, la preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo; y *precaución*, la reserva, cautela para evitar o prevenir los inconvenientes, dificultades o daños que pueden temerse. De esta manera define la Real Academia de la Lengua Española, dichos términos, concepto que no dista del que se encuentra en la Declaración de Río, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en Estocolmo el 16 de junio de 1972, dicha declaración contiene los principios por los cuales se regirán los países en cuanto al

cuidado del Medio ambiente, donde también se determina que el agente contaminante o demandado está en la obligación de pagar y reparar el daño causado.

Atendiendo a la naturaleza del Derecho Ambiental, se entiende que la reversión de la carga probatoria aplica debido a una presunción a favor de la naturaleza. Sin embargo una de las características para invertir la carga de la prueba, es la existencia del hecho, es decir, no hay duda razonable sobre el daño que se causó o la vulneración que se produjo; sin embargo si se está hablando de “supuestos” acciones que pueden o no producirse, también se podría decir que no existe un agente contaminante, por lo que la reversión de la carga probatoria carece de un sustento práctico y legal. Creando un parámetro normativo lleno de incertidumbres.

2.5 CLASES DE REVERSIÓN

La legislación ecuatoriana dentro de todos los cuerpos normativos en los que hace referencia a la reversión de la carga de la prueba o también denominado como *onus probandi*, como es en el Código de Trabajo y el Código Tributario, no hace una diferenciación de las clases de reversión que se pueden llevar a cabo y los motivos conducentes para que el juez tome esta decisión; provocando que sea la discrecionalidad del juez el único elemento para que se dé la reversión de la prueba, ello da un claro ejemplo de lo escueto de nuestra normativa, provocando que de una u otra forma se provoque inequidad de las partes y simultáneamente injusticia en el proceso, afectando garantías del proceso recogidas en la Constitución ecuatoriana.

Sin embargo la doctrina y otras legislaciones recogen tres tipos de reversiones: 1) Inversión legal directa; 2) Inversión por presunciones legales; e, 3) Inversión judicial. A continuación se analizará cada uno de los tipos de inversión así como también cuando procede su aplicación.

2.5.1 INVERSIÓN LEGAL DIRECTA

Depende de la naturaleza del proceso para su aplicación, es decir, existe una regla especial que determina su aplicación, el juez de manera exclusiva se remitirá a la normativa.

En el Ecuador, en el caso de acciones por daño ambiental, la Constitución en su *artículo 397*, numeral 1, 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”.

Además en el texto unificado de la “*Legislación Secundaria, Medio Ambiente, Parte I*”, en el Capítulo I, sobre “*Principios generales y ámbito de aplicación*”, en el *Artículo 151*.- Sin perjuicio de los demás principios que rigen en la legislación ambiental aplicable, para la cabal aplicación de este instrumento, tómese en cuenta los siguientes principios:

El que contamina paga: Todo daño al ambiente, además de las sanciones a las que hubiera lugar, implicará la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Responsabilidad objetiva: 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.

Atendiendo a la naturaleza de las normas, es evidente que la reversión de la carga probatoria, se debe a una inversión legal directa, sin embargo, como ya se ha mencionada anteriormente este tipo de reversión se da en casos extremos, es decir cuando no hay más alternativa y es evidente que existe un daño; sin embargo ni en la Constitución y menos aún en la legislación secundaria del Medio Ambiente, se determinan las circunstancias que tienen que existir para que la carga de la prueba este a cargo del demandado; por lo tanto se entiende que en todas las acciones por daño ambiental el demandado tiene que demostrar su inocencia, convirtiéndose en una injusticia, en la cual se deja en total indefensión al supuesto agente “contaminante”, haciendo del proceso un acto injusto en el que no existe igualdad de armas y por el contrario desde un principio es visible la falta de equidad procesal.

2.5.2 INVERSIÓN POR PRESUNCIONES LEGALES

Antes de analizar la aplicación de este tipo de reversión es imprescindible, saber que son las presunciones y su valor dentro de un proceso.

La noción de presunción desempeña un papel importante en toda deliberación práctica y, por tanto, en el Derecho cobra especial relevancia. Las presunciones legales fuerzan a tomar algo como verdadero bajo determinados supuestos; en ocasiones, el Derecho interviene y establece reglas en forma de presunciones en virtud de las cuales se <<infiere>> un hecho controvertido, a partir de ciertos hechos básicos ya establecidos, mientras no se aporten elementos de prueba suficientes en sentido contrario⁸³.

⁸³AGUILÓ, Josep- “NOTA SOBRE “PRESUNCIONES” DE DANIEL MENDONCA”- (DOXA 22) 1999. Pág. 650. Recuperado el jueves 2 de agosto de 2012:
http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_29.pdf

Si se parte del hecho que las presunciones, son presupuestos que se aceptan como verdaderos, existiendo la posibilidad que dicha premisa sea verdadera o falsa, pero se la infiere como verdadera ya que en determinados casos es más fácil determinar la certeza del hecho que la falsedad que encierran.

Las presunciones han servido en el proceso, como una herramienta de soporte, en circunstancias y hechos que su comprobación se dificulta, o por el simple hecho que es necesario en ciertos casos asegurar y garantizar cierto tipo de protección a una de las partes, es así como existe la *presunción de inocencia*, presupuesto en el que se la inocencia de una persona prima sobre la acusación que recae, esta presunción asegura el trato de una persona, ya que tiene que ser considerada como inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Las presunciones legales son mandatos legislativos en virtud de los cuales se ordena tener por establecido un hecho, siempre que la ocurrencia de otro hecho, indicado del primero, haya sido comprobada suficientemente. Las presunciones legales son normas que imponen el deber de aceptar una proposición, siempre que otra proposición se encuentre debidamente probada. Imponen, pues, un deber muy particular: *el deber de aceptar ciertas proposiciones en determinadas circunstancias especificadas por el sistema*⁸⁴.

Aquí existen dos condicionamientos, uno positivo y otro negativo. En un aspecto positivo, se entiende que al hecho le tienen que sobrevenir varias circunstancias para que de ahí nazca una presunción, pero para ello se tiene que comprobar lo suficiente, de tal manera que no haya lugar a dudas y sea aceptada; sin embargo al hablar de “presunciones”, se sobreentiende que es una conjetura, es decir

⁸⁴AGUILÓ, Josep- “NOTA SOBRE “PRESUNCIONES” DE DANIEL MENDONCA”- (DOXA 22) 1999. Pág. 650. Recuperado el jueves 2 de agosto de 2012: http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_29.pdf

nunca se puede tener la certeza total de que un hecho es como se lo afirma, ya que basta una prueba en contrario para que la presunción se deje de lado.

Las presunciones cumplen un papel instrumental en el Derecho; su función básica es posibilitar la superación de situaciones de *impasse* del proceso decisorio, en razón de la ausencia de elementos de juicio a favor o en contra de determinada proposición. De este modo, la incorporación de presunciones constituye un mecanismo del que se vale el Derecho para resolver en un sentido determinado aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias. Un rasgo de las presunciones es la parcialidad, pues benefician a una de las partes (...) ⁸⁵.

Si el Derecho admite la parcialidad de las presunciones, lo que se tiene que presumir tiene que ser de tal relevancia que admita una cosa como cierta sin tener la certeza de su veracidad, sin embargo este supuesto que se tiene por verdadero, únicamente procede en casos de estancamiento del proceso, en donde la demostración de un hecho resulta difícil, llegando al punto de considerarlo imposible; es esta imposibilidad la que hace necesario recurrir a otros métodos de solución del conflicto; sin embargo al hablar de un supuesto, que resulta difícil de comprobar, no es menos cierto que puede existir prueba en contrario que contradiga la premisa planteada en primera instancia.

Las presunciones, suele decirse, son <<vencibles>>, <<superables>>, <<derrotables>>, etc. La tradición jurídica distingue entre presunciones *iuris et de iure* y presunciones *iuris tantum*, es decir, entre presunciones que no admiten prueba en contrario y las que sí admiten tales pruebas, con o sin limitaciones. Hay que advertir que afirmar que no se admite prueba en contrario, no quiere decir que no pueda aportarse prueba para destruir el fundamento de la presunción, es decir, la proposición base ⁸⁶.

⁸⁵AGUILÓ, Josep- “NOTA SOBRE “PRESUNCIONES” DE DANIEL MENDONCA”- (DOXA 22) 1999. Pág. 651. Recuperado el jueves 2 de agosto de 2012:

http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_29.pdf

⁸⁶AGUILÓ, Josep- “NOTA SOBRE “PRESUNCIONES” DE DANIEL MENDONCA”- (DOXA 22) 1999. Pág. 651. Recuperado el jueves 2 de agosto de 2012:

http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_29.pdf

Al advertir el lado débil de las presunciones, es fácil determinar que si son superables, estas no tienen un carácter absoluto, por lo que destruir su fundamento bastará con una prueba que ponga en tela de duda las aseveraciones hechas por el juez. Pero las presunciones no pueden ser vistas como un obstáculo dentro del proceso, por el contrario, son instrumentos que en ciertos casos facilitan la resolución del juicio.

Algunas presunciones no cumplen exclusivamente una función instrumental consistente en superar situaciones de *impasse* del proceso decisorio. En este contexto, la palabra <<instrumental>> puede resultar algo engañosa; porque una cosa es decir que todas las normas pueden ser vistas como instrumentos para la protección o promoción de ciertos bienes o valores jurídicos (y en este sentido las normas de presunción no serían diferentes de las otras normas) y otra cosa es decir que el único bien que tratan de proteger es el procesos de decisión. En mi opinión, el sentido de muchas presunciones legales no es sólo (ni fundamentalmente) superar situaciones de *impasse*⁸⁷.

Si bien las presunciones, tiene como finalidad la promoción de valores y bienes jurídicos, estas no tiene el valor jerárquico de una norma, esto se debe, que al admiten pruebas en contrario, estas pueden ser destruidas, por el contrario, una norma por más pruebas que se presenten esta nunca podrá ser destruida. Dependiendo el caso se aplicará o no la norma específica, más no se la puede destruir. Las presunciones son un fundamento de imparcialidad, estableciendo la objetividad del juez, esto se debe al tratamiento especial que merecen ciertos bienes y valores jurídicos debido a su importancia, estableciendo por verdadero una situación sin la necesidad que se evidencie el hecho.

La nota de la parcialidad de las presunciones (destacada por Mendoca) hace plausible la hipótesis de que muchas de ellas cumplen una función garantista que va mucho más allá de la meramente instrumental en relación con el proceso de decisión; lo que, a su vez permitiría explicar por qué algunas de estas presunciones son concebidas como garantías. Si ello es así, me parece claro que la pretensión de algunos procesalistas de reducir todas las <<presunciones aparentes>> a reglas de la carga de la prueba (lo que

⁸⁷AGUILÓ, Josep. *Ibidem*. Pág. 651.

en algunos casos podría suponer reducir garantías a cargas) se hace acreedora de todas las críticas que en el ámbito del Derecho Sustantivo se han dirigido a la tesis de la reductibilidad de los derechos a deberes⁸⁸.

Al hablar de las presunciones como un instrumento del Derecho para garantizar ciertos derechos en situaciones de impasse, llegando al punto de dividir las, en aquellas que aceptan prueba en contrario y las otras que se tiene tal grado de certeza que no admiten pruebas en contrario, y en el caso de admitir la ley establece ciertas limitaciones para su presentación.

En el Ecuador, no existe la reversión de la carga de la prueba por presunciones legales, es más al hablar de la reversión que existe en acciones por daño ambiental, se podría decir que destruye el principio de presunción de inocencia, por un impasse en un delito contra la naturaleza, sin embargo al hablar de casos extremos, se sobreentiende que no será de aplicación general para todos los casos en que se determine que existe daño ambiental. Si nos remitimos a la doctrina, y a las formas de reversión es evidente que en cada uno de las clases de inversión que existe, siempre se sujeta a circunstancias que llegan a tal punto que sin la determinación de responsabilidad objetiva, resulta imposible la resolución del conflicto, ya que uno de los objetivos del derecho es dar una solución a todos los casos, ya que el dejar un proceso como *non liquet*, es decir sin solución, sólo por este motivo es que el Derecho se ha visto en la necesidad de recurrir a elementos e instrumentos como la reversión de la carga o las presunciones para intentar direccionar los procesos cuando se cree que estos no tienen ninguna otra alternativa.

⁸⁸AGUILÓ, Josep- “NOTA SOBRE “PRESUNCIONES” DE DANIEL MENDONCA”- (DOXA 22) 1999. Pág. 654. Recuperado el jueves 2 de agosto de 2012: http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_29.pdf

La legislación ecuatoriana no prevé a las presunciones como un tipo de reversión de la carga probatoria, sino más bien como una garantía en el proceso. Así tampoco se hace una diferenciación entre las presunciones que admiten prueba en contrario y las que no, de tal forma que se entiende que toda presunción se entiende por verdadera hasta que se presente prueba en contra, destruyendo la premisa base.

2.5.2.1 PRESUNCIONES EN SENTIDO ESTRICTO

Las presunciones pueden ser de dos tipos, en sentido estricto y verdades aparentes. Cada una posee sus características que las diferencian, sin embargo el objeto por el cual fueron creadas no dista la una de la otra.

En las llamadas <<presunciones en sentido estricto>> se dan, según los procesalistas, tres elementos esenciales: un hecho base o indicio, un hecho presunto o presumido y una relación o nexo causal entre ellos. Así se acredita mediante prueba directa el hecho base, se tiene por cierto el hecho presunto. Estas presunciones implican, más que una inversión de la carga de la prueba, una modificación del *tema probandi*: la distribución de la carga de la prueba no se ve afectada en lo que se refiere a la iniciativa probatoria de las partes (no afecta al quién tiene que probar) pero sí a los hechos que se tienen que probar; pues el hecho presumido sólo podrá ser tenido en cuenta cuando la parte favorecida por él haya acreditado el hecho base⁸⁹.

Hecho base, hecho presunto y nexo, son los elementos esenciales para la existencia de presunciones en estricto sentido, sin embargo pese a que estos elementos se encuentren presentes, no son los únicos elementos que tiene que estar presentes para que proceda la inversión de la carga probatoria; imprescindiblemente la acreditación del hecho base. A diferencia de los otros tipos inversiones, en las de sentido estricto el

⁸⁹AGUILÓ, Josep- “NOTA SOBRE “PRESUNCIONES” DE DANIEL MENDONCA”- (DOXA 22) 1999. Pág. 652. Recuperado el jueves 2 de agosto de 2012: http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_29.pdf

tema a probar es esencial en el proceso, es por este motivo, que la iniciativa probatoria no recae en una u en otra parte específicamente, por el contrario, ya que se trata de hechos presuntos, en los que no existe una seguridad de quien ocasionó, quien aporte pruebas que den la certeza del hecho, será quien será favorecido, puesto que la acreditación del hecho base se entenderá por cierto.

Las presunciones en sentido estricto tienen como fundamento, el precisar el hecho, lo que sirve de base para constituir los presupuestos de la decisión, asegurando que quien prueba le antecede no sólo un derecho sino la razón.

La actual normativa que rige en el país, no contempla este tipo de presunciones, ya que en estricto sentido la carga de la prueba siempre ha de recaer sobre una de las partes. La parte actora y en casos extremos recaerá la iniciativa en el demandado.

2.5.2.2 PRESUNCIONES EN SENTIDO APARENTE (VERDADES INTERINAS)

Al establecer los elementos que destacan a las presunciones en sentido estricto, es esencial determinar las características que envuelven a las verdades interinas.

Lo característico en ellas es que si bien adoptan la forma (la apariencia) de presunciones, en realidad su única función es de establecer un reparto del *onus probandi*. En este sentido, por ejemplo, escribe Manuel Serra Domínguez: <<[para] establecer reglas legales de distribución de la carga de la prueba se vale el legislador de dos diversos expedientes: A) Establecer directamente una regla de carga de la prueba, grabando a una de las partes con la prueba de un hecho determinado; y B)

<<Crear falsas presunciones que no tienen otra finalidad que enmascarar las reglas sobre la carga de la prueba>>⁹⁰.

Las reglas de la carga de la prueba no pueden reducirse a simples presunciones, la carga de la prueba pasaría a ser un hecho infundado, con esto se estaría obligando a aceptar una presunción que tiene dos vertientes, puede ser falsa o verdadera.

El reparto que se intenta establecer en las presunciones en sentido aparente, resultan subjetivas en su máxima expresión ya que si bien se puede imponer una regla que determine el reparto de la carga probatoria, pero por otro lado se puede crear falsas presunciones acarreado que el demandado este obligado a soportar la carga de la prueba. De tal forma que la objetividad que se lleve un proceso, resulta muy relativo. Ya que el establecer una regla basada en un caso o las aparentes circunstancias no puede ser considerado como justicia, y menos aún que nazca de elucubraciones por meras creencias o sospechas.

Es necesario destacar en cuanto a lo que respecta a las presunciones, que si bien su creación ha servido para la protección y garantía de ciertos derechos, nunca tienen que perder su orientación, ya que esto crearía la confusión entre bienes y valores jurídicos, es por ello que la técnica de protección no puede ser aplicada de manera general sino para casos específicos, pues que no hay garantía si hay una carga.

La doctrina ha logrado diferenciar *presunciones – principio* (buena fe-inocencia), aquellas que operan de manera incondicionada es decir para todos los casos, y su objetivo es la protección de derechos preponderantes, por lo que su alcance

⁹⁰AGUILÓ, Josep- “NOTA SOBRE “PRESUNCIONES” DE DANIEL MENDONCA”- (DOXA 22) 1999. Págs. 652-653. Recuperado el jueves 2 de agosto de 2012:
http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_29.pdf

justificativo es mayor a cualquier otro tipo de presunciones, estas tienen sustento en el *onus probandi*, y no en el tema *probandi*, lo que se traduce que la única forma para destruir dicha presunción es la presentación de pruebas. Por otra parte existe las *presunciones-regla*, éstas se limitan al tipo de proceso, teniendo un carácter meramente instrumental, ya que sólo se aplica en situaciones de *impasse*. En cualquiera de los dos tipos de presunciones es evidente la parcialidad ya que se facilita la prueba a una de las partes.

2.6 INVERSIÓN JUDICIAL

Cambiar, sustituir por sus contrarios, la posición, el orden o el sentido de las cosas. Invertir judicialmente cualquiera que fuera la situación siempre va a tener consecuencias en el proceso. Sin embargo al remitirnos al poder del juez para modificar las “reglas del juego”, se entiende que este se basa en un sustento legal, además de ser motivado, lo cual conllevaría la legalidad irrefutable de la inversión. Para ello no basta con los elementos antes mencionados sino que principalmente se atenderá al caso en específico y a las circunstancias que rodean al mismo.

Para hacer frente a situación de desprotección que lleva consigo la “*prueba diabólica*”*, se recurre a la peculiar inversión judicial de la carga de la prueba. Es preciso advertir que esta técnica, estrictamente, no se origina en virtud de una auténtica “presunción judicial”⁹¹.

**Prueba diabólica*, se admite su dificultad o imposibilidad de probar hechos negativos, coloca a uno de los litigantes en una posición inaceptable de desigualdad y de indefensión judicial, y admite que ha existido vulneración de un derecho fundamental.

⁹¹PENALVA, Alejandra- “*LOS LIMITES DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA*”. (Ediciones de la Universidad de Murcia) Valencia- España. 2007. Pág. 258.

Este tipo de presunción, se basa en el reconocimiento legal de la inversión de la carga de la prueba, indicando cuando no existe disposición legal expresa que distribuya la carga de la prueba de otra manera⁹².

La inversión judicial, no es más que la estricta aplicación que tiene que realizar el juez en el caso de que exista una norma que así lo disponga. Tanto la doctrina como la norma han visto necesario la creación de normas excepcionales cuando la prueba se llegue a considerar la prueba como “diabólica”. La prueba como elemento de todo proceso tiene que tener un carácter determinante es decir, demostrar o no la existencia de un delito. Sin embargo existen pruebas que no son fáciles de obtener, dificultando el aporte que puedan realizar al proceso, colocando a una de las partes en una desventaja, ya que en la mayoría de los casos la prueba difícil o diabólica suele ser preponderante para la sentencia, considerándola un motivo para que la prueba recaiga sobre quien tenga la disponibilidad o facilidad de dicha prueba.

Muchos países y normativas han acogido este tipo de inversión, sin embargo en el Ecuador no se ha considerado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia la prueba difícil. Los únicos motivos que pueden acarrear la reversión de la prueba es la existencia de norma que lo indica, la cual el juez está en la obligación de aplicar y no puede inobservar la ley.

Pese al deber que tiene el juez de aplicar la norma, no es menos cierto que en algunos casos, la aplicación de la reversión puede acarrear injusticia para una de las partes, privándola de garantías y derechos establecidos constitucionalmente, es

⁹²FERNÁNDEZ, Mercedes- “*LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL*”. (Editorial LA LEY). Madrid- España. 2006. Pág. 125.

entonces cuando entra en juego la *ponderación*⁹³, siendo el único método aplicable para este tipo de casos.

2.7 PRESUNCIÓN DE LA CULPA

La presunción de la culpa resulta ser el antagónico de la presunción de inocencia; se entiende que la presunción de inocencia se da por una cuestión social, en la que se pretende resguardar la seguridad del ser humano, llegando al punto que no sólo se ha visto a dicha presunción como una garantía procesal, sino como un derecho fundamental, traspasando los límites y fronteras de cualquier otra presunción pasando a ser considerada como algo intrínseco del hombre. Pero si se ha llegado a tal grado de beligerancia en cuanto a una presunción, qué es lo que impulsa a que exista la presunción de la culpabilidad, tomando en cuenta que entre antagónicos es imposible la coexistencia y menos aún si se trata de creer q es inocente o por el contrario culpable.

La doctrina de la presunción de culpa ha sido desde su misma enunciación sometida a dura crítica y creemos que de forma muy razonable; consiste en hacer derivar, en ocasiones, la responsabilidad hacia personas que, en principio, para nada intervinieron en la realización del daño. (...). Tal presunción de culpa, en su doble faceta de *in vigilando* o *in eligendo*, resulta un clarísimo exponente de la omnímoda presencia del elemento culposo, con lo que la idea de una responsabilidad por riesgo, o, más aún, sin culpa, se hace todavía insostenible.

La simple negligencia es expresión análoga a la falta de diligencia, y ésta significa, en última instancia, suavización de la idea de culpa, pero no de encubrimiento total, hasta el punto de que la responsabilidad fuera originada solamente por el riesgo de la vigilancia⁹⁴.

⁹³ En el siguiente Capítulo se analiza la ponderación, método de interpretación constitucional.

⁹⁴ LEÓN, José- "LA CATEGORÍA DE LA OBLIGACIÓN IN SOLIDUM"- (Publicaciones de la Universidad de Sevilla) Sevilla- España. 1978. Págs. 84-85.

La derivación de la responsabilidad, y la presencia omnímoda de la culpa, representa un agravio para el demandado, quien no sólo tiene que soportar una acusación, sino que tiene que sobrellevar la carga de demostrar su inocencia. Herramientas como la presunción de culpa tienen que ser utilizadas con suma cautela, atendiendo no sólo a la norma sino al caso en particular, los elementos que lo rodean, esto permite al legislador determinar si la presunción de la culpa tiene cabida en el caso o no. Se tiene que entender que a diferencia de otras presunciones, la presunción de la culpa es una excepción a la regla por lo que es utilizada en casos especiales donde, la sola existencia del delito refleja la culpabilidad de una persona.

El enfoque de la presunción de culpa en materia de responsabilidad civil y en concreto de la derivada de actividades peligrosas, contiene una evidente contradicción, (...) la presunción de culpa tiene un antecedente constituido por un hecho complejo, cuya carga probatoria gravita sobre el demandante, a saber, la concurrencia de un daño, la actividad peligrosa y la relación de causa entre uno y otro de los elementos anteriores; una vez dicho antecedente complejo, “se haya establecido plenamente, la existencia de la culpa se presume”. No puede entenderse cómo si para configurar el antecedente debe probarse la relación causal como requisito indispensable para que surja la presunción de culpa, ésta se puede desvirtuar precisamente acreditando la destrucción del nexo causal que es el antecedente, mediante la prueba de la fuerza mayor o caso fortuito, hecho o culpa de la víctima del daño o de un extraño.

La prueba del factor extraño no es cosa distinta que la eliminación del vínculo causal⁹⁵.

A diferencia de la presunción de inocencia, la presunción de culpa, parte o se deriva de una responsabilidad, es decir de la “supuesta” negligencia que se cree que tuvo una persona, provocando que la culpa tenga una presencia omnímoda, es decir, antes de creer que una persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, se la tiene estigmatizada como culpable hasta que existan pruebas en contrario.

⁹⁵ SANTOS, Jorge- “*INSTITUCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL*”. (TOMO I) Segunda Edición. (Pontificia Universidad Javeriana- Facultad de Ciencias Jurídicas) Bogotá- Colombia. 2006. Pág. 328.

Este tipo de presunciones no sólo desembocan en la suavización de la presunción de inocencia, sino que la anula totalmente. Ya que si bien se llega a establecer la existencia del delito, se presume la culpa de quien la causa, destruyendo la relación causal que tiene que existir en un primer plano para luego proceder a culpar a una persona.

Pese a que la carga de la prueba gravite en el demandante, este no es un factor preponderante si de antemano se entiende a una persona como culpable, la única manera de desvirtuar este tipo de presunciones es mediante la destrucción del nexo causal, sin embargo esto se encuentra a cargo del demandado, provocando una reversión de la carga probatoria, a falta de garantías y derechos para el procesado.

Si bien es cierto este tipo de presunciones han sido sumamente criticadas, debido a la falta de tolerancia y deshumanización que envuelven, ya que dejan de lado cualquier tipo de garantía procesal, se mantienen prácticas inquisitoriales en las que basta que un hecho se haya producido para que la persona más cercana se considere como culpable; afortunadamente en el Ecuador esta presunción no se encuentra incorporada en ningún cuerpo legal, pero vi la necesidad de tratar este tipo de presunción ya que al irrespetar la presunción de inocencia no sólo se estaría violentando una garantía sino un derecho fundamental y humano que tiene toda persona.

CAPÍTULO III

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REVERSIÓN PROBATORIA

“... de poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal... quien no consigue convencer al juez...de los hechos de que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho...”.

Muñoz Sabaté

A lo largo de este trabajo se ha analizado la reversión de la carga de la prueba, desde el punto de vista de la doctrina y la practicidad que puede llegar a tener en el proceso. Se han visto los inconvenientes que presenta este tipo de herramienta en el proceso y a su vez el aporte que ha tenido en cierto tipo de casos; sin embargo es preponderante analizar cuál es la influencia normativa que tiene el invertir la carga de la prueba, más allá de sus efectos, lo contraproducente que puede resultar el que en cada acción por daño ambiental la carga probatoria recaiga en el demandado.

Si bien es cierto el tema ambiental demanda una mayor protección debido a la vulnerabilidad a la que se encuentra susceptible, pero, no es menos cierto que por dar derechos a la naturaleza se van a quitar o restringir derechos humanos, consagrados años atrás, los que por su importancia merecen una prevalencia sobre el resto de derechos.

Ahora bien, resulta fundamental revisar conceptos de destacados autores con respecto de la “*pachamama*” como titular de derechos.

Para Llasag, el reconocimiento de los derechos de la “naturaleza” o Pachamama implica la activación de garantías efectivas y de materialización ya que no puede existir derecho sin garantías. En ese contexto, también será importante el tema de la legitimación activa para la exigibilidad, que de acuerdo con la Constitución “los derechos se podrán [...] promover y exigir de forma individual o colectiva o cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución. Esta visión constitucional obviamente no descarta la creación de instituciones jurídicas para favorecer el ejercicio de los derechos de la “naturaleza” o Pachamama⁹⁶.

Pese a la iniciativa de creación de instituciones a favor de del ejercicio de derechos de la naturaleza, estos se han quedado en proyectos, los cuales no se han llevado a cabo, lo que ha producido que sean llevados a la vía civil, sin embargo hay que destacar que los conflictos ambientales también se pueden ventilar por vía administrativa; el problema nace con el supuesto de que tanto lo que dispone la Ley de Hidrocarburos y la Constitución en cuanto a la reversión de la prueba, presentándose como una vulneración de derechos y garantías.

Por su parte Eduardo Gudynas (2011) dice que:

Existe un contexto fértil para abordar las estrechas relaciones entre los derechos y la justicia. Varias corrientes dentro de esta justicia ambiental la entienden como un asunto esencialmente distribucional, inspirándose en el trabajo de John Rawls (referidos a su obra de 1979). Bajo esta perspectiva se defiende una neutralidad en los valores y los procedimientos y el énfasis está en cómo lidiar con una mala distribución de los bienes (o perjuicios) ambientales. Se basa en los derechos a un ambiente sano y la calidad de vida, apelan a la reparación, indemnización o compensación por daños ambientales, y no son pocos los casos en los que enfatizan los instrumentos de mercado en la gestión ambiental⁹⁷.

⁹⁶LLASAG, Raúl. (2010). “*DERECHOS DE LA NATURALEZA: UNA MIRADA DESDE LA FILOSOFÍA INDÍGENA Y LA CONSTITUCIÓN*”. Recuperado el 24 de marzo de 2012 en: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/Actividadespadh/Informedh2010.pdf>

⁹⁷GUDYNAS, Eduardo (2011). “*DESARROLLO, DERECHOS DE LA NATURALEZA Y BUEN VIVIR DESPUÉS DE MONTECRISTI*”. Recuperado el 19 de agosto de 2012 en: <http://www.ceda.org.ec/descargas/biblioteca/DEBATES SOBRE COOPERACION Y MODELOS DE D DESARROLLO Perspectivas desde la Sociedad Civil en el Ecuador.pdf>

Es evidente que el tema en el Ecuador aún carece de fundamentos sólidos que le permitan un correcto desarrollo dentro del espectro jurídico; en el análisis realizado por Zaffaroni, respeto de las dificultades que implica este nuevo tipo de derechos atañe a que:

Las normas constitucionales son preceptos; como tales no se realizan automáticamente ni menos mecánicamente, son instrumentos que deben actuarse, herramientas para que las personas ejerzan y reclamen sus derechos. Por su puesto que esto no les quita importancia, pero no debe confundirse el deber ser normativo con el ser que debe alcanzarse y, en este caso no es nada sencillo⁹⁸.

Finalmente al referirnos del problema Constitucional al conceptualizar “derechos de la naturaleza, Ramiro Ávila explica que:

La Constitución del Ecuador, pionera en la ruptura de la concepción tradicional de derechos humanos, reconocer por primera vez el derecho de la naturaleza como un derecho autónomo del ser humano. Algunas rupturas conceptuales, comenzando por la denominación. No cabe ya el término genérico de “derechos humanos” para referirse a los derechos fundamentales o derechos constitucionales. Otra ruptura es la que la protección a la naturaleza no se la hace porque conviene al ser humano, sino por la naturaleza en sí misma. En consecuencia, la concepción jurídica de los derechos tiene que buscar nuevos fundamentos y renovadas lecturas, que tienen que ver con la ruptura del formalismo jurídico y con la superación de la cultura jurídica imperante⁹⁹.

La ruptura de un formalismo jurídico, lleva consigo grandes implicaciones, en primer lugar, el terreno en que se va a llevar a cabo tiene que estar preparado para la transformación, la normativa tiene que irse unificando paulatinamente para que no exista ningún tipo de contradicciones, y su aplicación tiene que ser garantizada, ya que el hecho de aplicar renovados derechos e ideología no puede quedar como letra muerta, ya que

⁹⁸ZAFFARONI, Raúl. (2011). “*LA PACHAMAMA Y EL HUMANO*”. Recuperado el 23 de agosto de 2012 en: <http://es.scribd.com/doc/78026998/La-Pachamama-y-El-Humano-Por-Eugenio-Raul-Zaffaroni>

⁹⁹ÁVILA, Ramiro. (2012). “*EL DERECHO DE LA NATURALEZA: FUNDAMENTOS*”. Recuperado el 8 de agosto de 2012 en: <http://www.derechosdelanaturaleza.org/website/files/2011/01/El-derecho-de-la-naturaleza-Ramiro-Avila.pdf>

llevaría a pensar que en realidad no se busca un beneficio, sino que atiende a folklorismos de la época, que lo único que producen es una desestabilización del sistema.

Es cierto que el tema ambiental se encuentra en auge, pero eso no quiere decir que todos los sistemas jurídicos se encuentran preparados para adoptar todo lo que esto conlleva, esto se debe a la dificultad jurídica que se encuentra de por medio, creando inestabilidad y contradicciones normativas.

3.1 LA REVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL ECUADOR

En el Ecuador la reversión del *onus probandi*, no resulta un tema innovador, por el contrario, normas como el Código del Trabajo y Código Tributario, ya prevén esta herramienta en el proceso.

La improvisación respecto a este tema aparece colindantemente con el Derecho Ambiental. La novedad aparece con la aplicación indiscriminada de esta herramienta procesal.

Es obvio que a la legislación y doctrina ecuatoriana aún les falta mucho por recorrer si nos remitimos a la reversión de la carga probatoria. Esto se debe a que su aplicación como sus modalidades no han sido previstas por el legislador, convirtiéndola en una herramienta temeraria en el proceso, desvirtuando su verdadera finalidad.

Ocurrencias vernáculas como la aplicación indiscriminada de la reversión probatoria en acciones por daño ambiental, pasan a ser un verdadero riesgo, dejando de lado cualquier tipo de seguridad jurídica.

La incompatibilidad jurídica que presenta la Constitución del 2008, se debe a lo garantista que pretende ser la Carta Magna, sin embargo paulatinamente se ha evidenciado la carencia de efectos prácticos, lo que conllevan a que más de una norma sea simplemente de carácter simbólico.

Al analizar el espíritu que llevo a la creación de la norma, fue evidente la disputa que generó, no sólo el invertir la carga de la prueba sino el hecho de otorgar a la naturaleza el grado de sujeto de derechos. Las barreras a superar al momento de poner en la práctica esta normativa se evidencia, más aun cuando también se reconoce la responsabilidad de los servidores públicos. La *Ley de Gestión Ambiental* determina los parámetros y requisitos que deben cumplir las empresas en caso de realizar actividades potencialmente contaminantes, para de esta manera otorgar las licencias y permisos. Los estudios de impacto ambiental, evaluación del riesgo, planes de manejo y línea base, planes de riesgo, sistemas de monitoreo, planes de contingencia y mitigación, auditorías ambientales y planes de abandono, son fundamentales durante este proceso; además del seguimiento que está obligado de realizar el Estado, permitiéndole requerir informes y estudios periódicamente. Es decir el Estado ha creado todo un candado normativo para la protección y conservación del medio ambiente. Sin embargo si por negligencia de un servidor público se otorga la licencia a una empresa que no cumple con todo el sistema de manejo ambiental que establece la ley, es ilógico que se inicie una acción en contra de la empresa, ya que no fue su

negligencia la que provoco el daño, además la aplicación de la reversión de la prueba y la responsabilidad objetiva perjudican gravemente al demanda yo que si no cumplió con los requisitos establecidos es evidente que el daño se produjo por la actividad que realizó. En este tipo de casos el Estado es el llamado a realizar la reparación o mitigación del daño, puesto que la falencia administrativa fue la que produjo el perjuicio a la naturaleza.

En la gestión de los funcionarios públicos está presente la responsabilidad del estado tanto en el control como en la reparación del daño ambiental, lo cual no se limita a los parámetros de la clásica responsabilidad civil subjetiva, sino su responsabilidad objetiva, es más, la autoridad, en vista de los principios de precaución y prevención está obligada a demostrar la existencia del daño ambiental; esto es así en razón de que las comunidades afectadas no siempre tienen los medios técnicos y económicos para probar los daños causados al medio ambiente.

La responsabilidad de los funcionarios en temas ambientales ya ha sido incorporada en la legislación infra constitucional del Ecuador aún antes de la expedición de la vigente Constitución, así tenemos que de acuerdo a lo señalado en el Art. 93-D de la Ley de Hidrocarburos, el Estado a través de sus instituciones y estas a través de sus funcionarios, velará porque la actividad petrolera no provoque daños a las personas, a la propiedad o al medio ambiente, y deberá periódicamente realizar auditorías ambientales de cumplimiento de los planes de manejo, de las correspondientes medidas de prevención y mitigación.

La disposición más elocuente de la responsabilidad de los funcionarios públicos la encontramos en la disposición del Art. 437-E del código penal que establece: “Se aplicará la pena de uno a tres años de prisión, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites fijados de conformidad con la ley; así como el funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado”¹⁰⁰.

El atenuar la responsabilidad del Estado y exacerbar la responsabilidad de quien realizo la actividad, pese a la negligencia o inobservancia del servidor público es inverosímil, aun más llegar al subjetivismo de revertir la carga de la prueba por la falta recursos económicos de las comunidades afectadas. Si hilamos finamente este

¹⁰⁰ GUARANDA, Wilton –“ACCIONES JURÍDICAS PARA ESTABLECER RESPONSABILIDADES POR DAÑO AMBIENTAL EN EL ECUADOR”/ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH/ Quito, octubre de 2010. Recuperado el 18 de septiembre de 2012 en: http://www.inredh.org/archivos/libros/acciones_juridicas.pdf

argumento, se debería entender que el Estado al ser quien lleva a cabo un debido seguimiento a las empresas que realizan actividades que suponen riesgo ambiental, debería tener todas las pruebas para demostrar la culpabilidad de quien causa el daño, además que el Estado es el obligado de garantizar y promover la protección del medio ambiente, además de implementar todas las políticas necesarias para la conservación y preservación de la naturaleza.

En párrafos anteriores mencione que el proceso de desarrollo de la reversión probatoria en el Ecuador aún le falta un largo trayecto por recorrer. Esto se debe a que el ordenamiento jurídico no ha considerado el tratamiento especial que merece esta herramienta procesal y mucho menos las clases que existe, las cuales dependen de la situación en que se desarrolle el proceso.

La confusión en el caso ecuatoriano se da a partir de la falta de claridad al redactar las normas. Se aplica la reversión probatoria, pero no se distingue su clase y mucho menos las circunstancias que deben estar presentes para su aplicación. Se entendería que al estar redactada en una norma, estaríamos frente a una inversión legal directa; pero por el tratamiento que recibe se podría decir que es una inversión por presunciones legales. Y si ahondamos más en el tema, advirtiendo el poder interpretativo de los jueces, también se podría entender que existe una inversión judicial.

Ni la jurisprudencia, ni la doctrina ecuatoriana se han tomado el tiempo de analizar las implicaciones que conlleva la reversión de la carga probatoria, mucho menos determinar los casos en los que procede. Un claro ejemplo es la normativa

imperante de la Constitución, Ley de Hidrocarburos y Ley de Gestión Ambiental. Aquí es menester que el legislador ha llegado a tal confusión que no determina la diferenciación de la reversión en materia constitucional y administrativa; violando principios y derechos fundamentales.

La Ley de Hidrocarburos, Capítulo de las infracciones y sanciones administrativas, en el artículo 77, señala que:

El incumplimiento de los contratos suscritos por el Estado ecuatoriano para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, y/o la infracción de la Ley y/o de los reglamentos, que no produzcan efectos de caducidad, serán sancionados (...) la misma que será impuesta por el Director de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero de forma motivada, utilizando criterios de valoración objetivos, como: gravedad de la infracción, negligencia, daño producido, alcance de la remediación, volumen de ventas, perjuicio al Estado y al consumidor y otros que se consideren pertinentes guardando proporcionalidad con la infracción, de conformidad con lo que se establezca en el Reglamento.

Por su parte el artículo 11 del Reglamento a la Ley 89 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, dispone que:

Es obligación del sujeto de control probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en su escrito de pruebas de descargo y que ha negado expresamente el Director Nacional de Hidrocarburos, o su delegado, salvo aquellos que se presuman legalmente.

Si bien es cierto, la reversión de la carga de la prueba o prueba objetiva como también se lo conoce, es aplicado en varias ramas del Derecho, así en Derecho Tributario, Laboral y a partir de la Constitución del 2008 en acciones por daño ambiental; esto no significa que es un instrumento en el juicio que pueda ser utilizado de manera indiscriminada, por el contrario las normas que permiten esta reversión, son en casos exclusivos, y la ley los prevé de manera específica. Es importante destacar

que el legislador ha previsto estos casos debido a que al actor se le dificulta probar las alegaciones o debido a que se lo considera la parte más débil dentro de una relación, como lo es en el caso laboral.

Pero al centrar nuestra atención a lo que plantea la Ley de Hidrocarburos, es fácil determinar, que no existe una parte débil, o que al Estado se le dificulte comprobar las aseveraciones que puede proponer en un juicio; de tal manera que dicha normativa podría ser considerada una inconstitucionalidad, la cual violenta varios principios constitucionales, entre los más importantes se encuentra el principio de presunción de inocencia, igualdad procesal; el irrespeto a dichas principios y garantías desemboca en un claro ejemplo de denegación de justicia.

Al remitirnos a la historia y evolución que ha tenido la carga de la prueba, “*onus probandi*” desde su aparición en Grecia y simultáneamente en Roma; nace como un instrumento del proceso para determinar la culpabilidad o inocencia de una persona; tanto el acusador como el acusado tenían que demostrar sus alegaciones, las pruebas más utilizadas fueron los testimonios y el juramento. El juramento lo realizaba el acusado ante la máxima autoridad del pueblo, naciendo de esta manera la “*purgatio*”. Hay también referencia en el éxodo y en el Deuteronomio, en los que se menciona que cuando una persona era acusada de un delito tenía que jurar su inocencia ante todo el pueblo de Israel. Es paradójico, que en la Edad Media, todos los avances que habían tenido el Derecho Romano y sus instituciones quedaron estancados con la aparición del Derecho Canónico; la prueba fue uno de los elementos que no sólo se limitó en su avance, provocando su degradación total. Ordalías y purgaciones canónicas fueron la única prueba que se realizó en ese tiempo. Este tipo

de rituales consistía en el juramento que se realizaba ante el Santo Oficio y cinco compurgadores, escogidos por la Iglesia, personas que tenían que ser considerados dignos de fe, ya que ellos eran los encargados de vaticinar la veracidad o falsedad del juramento. Otro de los cambios radicales fue que quien acusaba, no necesitaba demostrar su “*diffamatio*”, bastaba con imputar del delito a una persona para que esta fuera considerada culpable inmediatamente, quedando en tela de duda su inocencia. Liturgias como las ordalías consistían en actos crueles e inhumanos, que terminaban con la vida del desdichado, ordalía del agua hirviendo, del agua fría, de los alimentos consagrado y del hierro candente, fueron los más practicados en aquel tiempo; eventos en los que la presencia del obispo le imprimían solemnidad, veracidad y autoridad al acto, ya que por medio de estos se apelaba ante la justicia divina; dejando de lado un proceso justo, en igualdad de oportunidades, por el contrario fue una época que se caracterizó por la repartición de injusticias.

A finales de la Edad Media, se prohíbe práctica de este tipo de rituales, retornando a los juramentos de ambas partes y a la práctica de pruebas, incluyendo los peritajes; personas designadas por el juez, se encontraba en la obligación de ir al lugar donde se había producido el hecho, determinando la veracidad de los testimonios. Es necesario aclarar que desde la aparición de la prueba dentro del proceso, el juez siempre careció de iniciativa procesal; en compensación a la anterior limitación el juez podía realizar una libre apreciación de las pruebas; es decir podía darles el valor que estimaba oportuno, porque no se hallaba vinculado por el sistema jurídico para la valoración de las mismas.

La importancia de la prueba en el proceso es fundamental, ya que mediante esta se determina la veracidad o falsedad de las alegaciones.

Para Davis Echandía:

La prueba se trata de la respuesta al interrogante de por qué un hecho (genéricamente entendido) es prueba de otro o de sí mismo. Son las razones, motivos o argumentos que justifican o fundamentan el valor de convicción de la prueba, para estimar la existencia o inexistencia del hecho por probar, sin los cuales la prueba dejaría de ser tal, puesto que no cumpliría función alguna, ni llenaría el fin que le es propio¹⁰¹.

Remitiéndonos a nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el Código Civil, como en el Código de Procedimiento Civil, la normativa establece los parámetros de la prueba dentro de un proceso, desde los medios probatorios, cuando se considera prueba ilícita, términos para probar y principalmente, sobre quien recae la obligación de probar.

Artículo 113, carga de la prueba, es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Artículo 114, obligación de probar lo alegado, cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presume conforme a la ley. Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario. Y finalmente en el *artículo 117*, expresa: “Sólo la prueba debidamente actuada, esto es

¹⁰¹ECHANDÍA, Davis –“TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL” – TOMO I– (Editorial TEMIS) Bogotá- Colombia 2002. Pág. 102.

aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la Ley, hace fe en juicio”.

Teniendo como antecedente esta normativa resulta ineludible a la vista el determinar la falta de legalidad que contiene la Ley de Hidrocarburos al revertir la carga de la prueba, en caso de incumplimiento de los contratos suscritos por el Estado, para la explotación de hidrocarburos.

En primer lugar al ser el Estado el ente contratante, quien para firmar un contrato está en la obligación de tener todo el respaldo documental como económico, asegurando de esta manera el fiel cumplimiento, a más de las garantías que puede solicitar en caso de incumplimiento, haciendo uso de su Poder de Imperio; resulta inverosímil que en caso de incumplimiento sea el contratista quien tenga que demostrar su inocencia, recayendo en él la obligación no sólo de desmentir las alegaciones en su contra, sino asegurar que su labor ha sido llevada con probidad, atendiendo a las cláusulas del contrato. Es este caso el Estado estaría provocando una regresión del Derecho, ya que basta con que se presente la demanda ante el contratista, para que este tenga que probar su inocencia y más allá de eso en caso de no presentar pruebas en contrario a las alegaciones hechas en su contra el juez está en la obligación de decláralo culpable, obligando al acusado que recurra a una instancia superior para que se revise el proceso ya sentenciado.

Atendiendo a los *artículos 11 y 76* de la Constitución dicen:

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

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

2) Se presumirá inocente a toda persona y será tratada como tal.

7) El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
literal *l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas.*

No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Teniendo presente la Carta Magna como ley suprema, se entiende que cualquier norma que se contraponga se la considerará como inconstitucional; el que se revierta la carga de la prueba, atenta contra el derecho de presunción de inocencia, garantía reconocida en la Carta de Derechos Humanos de 1948, artículo 11.1; Convenio de Roma para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales 1950, artículo 6.2; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, artículo 14.2. Pero estas no son las únicas violaciones e ilegalidades

que representa el artículo 77 de la Ley de Hidrocarburos; al recaer en el culpable la carga de la prueba y dejando a discrecionalidad del Estado el presentar pruebas que demuestren la aseveración de los hechos que se alegan, dejan al juez sin ningún sustento para que la sentencia sea motivada, ya que estaría atendiendo a las pruebas presentadas tan sólo por una de las partes. Con ello la sentencia carecería de motivación derivándose en denegación de justicia para el contratista.

Finalmente, todas las leyes que hacen mención a la reversión de la carga probatoria, señalan los casos específicos en los que se atenderá a la carga objetiva, sin embargo la ley de Hidrocarburos no prevé las circunstancias ni las particularidades para que se aplique la reversión, por el contrario en caso de incumplimiento del contrato de explotación o exploración con el Estado, todo contratista en la obligación de demostrar su inocencia.

En el Ecuador al referirnos a las presunciones, en cuanto a la prueba, estas sólo se admiten cuando la autoridad demanda es el Estado, por tal motivo presunciones en sentido estricto o aparente para revertir la carga probatoria no se justifica de ninguna manera, menos aun la presunción de la culpa.

Constitucionalmente la reversión a la que se hace referencia carece de sustento, pese a estar dentro de la Ley Suprema, esto se debe a lo contradictoria y violatoria que resulta ante la presunción de inocencia, llegando al punto de ser incompatibles las dos normas.

En primer lugar, una herramienta como esta desde mi punto de vista no puede estar incluida en la Constitución, para ello se encuentran todas las normas supletorias y jerárquicamente inferiores, las cuales pueden no sólo pueden determinar la reversión, sino que más allá de eso, realizar una amplia explicación de los motivos y circunstancias que deben rodear al hecho para que se deje de lado la premisa “el que alega prueba”. Esto se concatena con otros manifiestos del derecho, como la dificultad probatoria, la flexibilidad de las reglas de la carga de la prueba y finalmente la disponibilidad probatoria. En ningún cuerpo normativo, jurisprudencia o doctrina se ha analizado a fondo todas estas implicaciones y los alcances de revertir la prueba.

Si bien hay quienes afirman que el establecimiento de la responsabilidad objetiva es suficiente para que aplique la reversión de la carga probatoria; sin embargo la responsabilidad objetiva no es sinónimo de inversión de la prueba. Para su aplicación es preciso observar el juicio de razonabilidad, preponderante en este caso.

La Asamblea de Montecristi en su Acta 040 del 29 de abril del 2008 dice:

Lo que el juicio de razonabilidad exige es que existan muy buenas razones para restringir o limitar un derecho o un bien constitucionalmente valioso. En este sentido, si se expide una medida –económica o de cualquier otro tipo– que afecta un derecho constitucional –como los derechos de los trabajadores o algunos derechos sociales– y que va en contravía del principio de progresividad de estos derechos, es necesario demostrar: 1) que la medida se orienta a la búsqueda de una finalidad constitucional (son finalidades constitucionales, por ejemplo, mantener la estabilidad monetaria o promover los derechos de los sectores más pobres y vulnerables); 2) que en sí misma no constituye un medio inconstitucional (como por ejemplo sería expropiar a todo el mundo para satisfacer el derecho a la salud de la población); 3) que es útil y necesaria para alcanzar la finalidad propuesta y 4) que el beneficio que alcanza es mayor al costo constitucional que genera. Así por ejemplo, para lograr mantener el valor de la moneda no se podría sacrificar todo el gasto social, pues el costo constitucional en un Estado social, sería mayor al beneficio alcanzado¹⁰².

Por otra parte el propósito de la responsabilidad objetiva es:

¹⁰² ACTA 040- 29- ABRIL 2008. Págs. 50- E:\ARCHIVOS DE VARIAS IMAGENES\asamblea 2008 en eg (Espejoplana)\desde 35\acta-040.pdf

Lograr que se responda por una acción u omisión en virtud de la aceptación voluntaria o la imposición coercitiva de las consecuencias generadas al ambiente, para hacer cumplir determinadas condiciones de resarcimiento o reparación.

La responsabilidad ambiental tiene su fundamento en los elementos de los principios ambientales universales tales como: contaminador-pagador, prevención y precaución.

En relación al principio contaminador pagador, se establece que el contaminador debe pagar los costos de las medidas necesarias para reparar los daños ambientales producto de la actividad por él desarrollada hasta alcanzar los niveles ambientales aceptables establecidos por las autoridades públicas.

En definitiva, la responsabilidad por daño ambiental básicamente se expresa en los siguientes principios: (i) todo daño ambiental debe ser reparado, Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador cualquiera que sea su naturaleza (daño individual o colectivo y daño al patrimonio nacional); (ii) la reparación comprende de manera prioritaria la obligación de restablecer las cosas al estado que tenían antes de la generación del daño, si ello es posible (“recomponer”); y (iii) la reparación comprende además la obligación de indemnizar daños y perjuicios causados, incluidos aquellos que no queden cubiertos por la recomposición que se haga del daño¹⁰³.

Desde un análisis objetivo, las falencias y contradicciones que tiene el artículo 397, numeral uno de la Constitución es cada vez más evidente. Principios de responsabilidad objetiva y el que contamina paga, tienen un único fin el reparar el daño causado y devolver las cosas a su estado anterior; sin embargo al atender al juicio de razonabilidad se exige cuatro elementos, 1) razones “muy buenas” para restringir o limitar un derecho; 2) existencia de una finalidad constitucional; 3) utilidad necesaria para alcanzar la finalidad propuesta; y, 3) beneficio mayor que el costo. Ninguno de estos presupuestos se cumplieron al momento de revertir la carga probatoria, en primer lugar se habla de daño potencia, es decir ni siquiera existe, en ese caso no se entiende que daño va a ser reparado ni el perjuicio causado, por lo que una indemnización no tendría lugar. En cuanto a la finalidad y el medio constitucional, es evidente que la se intenta preservar el medio ambiente, pero para iniciar cualquier tipo de acción primero se tiene que cometer el delito. Finalmente el costo mayor que el beneficio, no se entiende que un supuesto sea jerárquicamente superior a un derecho consagrado como

¹⁰³GUARANDA, Wilton –“ACCIONES JURÍDICAS PARA ESTABLECER RESPONSABILIDADES POR DAÑO AMBIENTAL EN EL ECUADOR”/ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH/ Quito, octubre de 2010. Recuperado el 18 de septiembre de 2012 en: http://www.inredh.org/archivos/libros/acciones_juridicas.pdf

fundamental y humano; en ningún momento se han explicado las razones “muy buenas” que permitan que una persona sea juzgada y obligada a demostrar su inocencia de un delito que aun no se comete o se presume. No hay justificación ni juicio de razonabilidad que permita que se deje de lado un derecho fundamental en beneficio de algo que ni siquiera existe. No hay derecho colectivo ni social que pueda restringir a tal punto un derecho constitucional, ya que esto daría paso a que otros derechos también sean dejados de lado.

“Res ipsa loquitur”, *“onus probando incumbit actori”* y *“nemo tenetur edere contra se”*, son aforismos romanos que hasta la actualidad se encuentran vigentes, los cuales han servido de guía para que en los procesos se aprecie la objetividad con que el juez maneja el conflicto, y más allá de objetividad, el hecho que nadie puede ser tratado como culpable sin que se demuestre lo contrario, es decir la presunción de inocencia es el pilar del resto de garantías que envuelven al juicio.

La incorporación de la naturaleza al derecho constitucional en carácter de sujeto de derechos abre un nuevo capítulo en la historia del derecho, respecto del cual nuestra imaginación es pobre, porque nos movemos aún dentro del paradigma que niega derechos a todo lo no humano¹⁰⁴.

El mérito de la actual Constitución en reconocer derechos a la naturaleza, sin duda nos convierte en pioneros en la defensa de la naturaleza; sin embargo actos altruistas como el de considerar a la naturaleza sujeto de derechos, tiene a cambio un sinfín de problemas. Las incompatibilidades que presenta el ordenamiento normativo salen a luz al momento que su eficacia y practicidad se ponen en juego.

¹⁰⁴ZAFFARONI, Eugenio- *“LA PACHAMAMA Y EL HUMANO”*. Buenos Aires- Argentina. 2011. Pág. 41. Recuperado el 15 de junio de 2012 en: <http://www.elcomahueonline.com.ar/wp-content/uploads/2012/03/La-Pachamama-y-el-humano.pdf>

La contraposición no sólo se percibe en normas supletorias y pre constitucionales, lo que de por sí ya es un problema, sino que la misma Constitución encarna dificultades al momento de ponderar la defensa de un derecho. La cultura contemporánea tiende a ver una nueva dimensión de derechos y la aplicación de los mismo, superando el formalismo y positivismo jurídico, acarreado que los derechos y principios ocupen un lugar preponderante sobre las normas y leyes; creando una nueva estructura en cuanto a lo que respecta a la aplicación, interpretación y a la concepción del Derecho.

Tener una nueva visión y enfoque del Derecho, trae consigo una nueva perspectiva, no sólo en el ámbito jurídico, sino que tiene que partir desde la idiosincrasia de todo el Estado, es decir sus ciudadanos e instituciones, de esta manera se promueve un cambio de raíz; si no se lleva a cabo tal transformación, el pronóstico a corto y largo plazo es poco alentadora para la supervivencia de dicho modelo.

En el 2008, al aprobar una nueva Constitución y enarbolar derechos de la naturaleza, consagrar garantías y promover la defensa de los mismos, no tomaron en cuenta todo el ordenamiento jurídico y mucho menos sus instituciones; las herramientas del Derecho así como preceptos, principios y aforismos que tiene vigencia desde la época de la antigua Roma, fueron suprimidos por completo.

La evolución de la ciencia del Derecho es una realidad, en un mundo globalizado, en el que nada es estático ni constante, sin embargo al hablar de los avances del Derecho, estos siempre serán en pro de la sociedad, atendiendo a sus

necesidades y nuevos conflictos, sin embargo derechos humanos y fundamentales, los cuales por ningún motivo pueden ser desconocidos.

Lo irrisorio del nuevo modelo, no sólo son las contradicciones que presenta, sino, que consagrar tantos derechos y garantías, convierte al Derecho en una herramienta ineficaz y obsoleta.

La reversión de la carga probatoria es una herramienta que se utiliza en casos excepcionales o de impasse, cuando el juez no tiene otros medios para obtener pruebas, y se ha comprobado dos cosas, uno, la existencia de un delito y dos, la facilidad probatoria que tiene el demandado; sin embargo el uso indiscriminado de esta herramienta conlleva al desconocimiento total de la presunción de inocencia, y consecuentemente el fracaso del sistema judicial.

Es inevitable eludir que el Derecho Ambiental trae consigo un nivel de tolerancia sumamente alto, esto se debe a los principios en los que se sustenta; precaución, previsión, el que contamina paga, conservación, responsabilidad objetiva, reversión de la carga probatoria, entre los principios más importantes, son la base para la creación de la *“presunción a favor de la naturaleza”*. El espíritu de la norma y la motivación al incluir la normativa ambiental en el Ecuador, resulta innovador desde el punto de vista de un nuevo sujeto de derechos, atribuyéndole un proteccionismo nunca antes visto en nuestra legislación, si bien es cierto desde las reformas constitucionales del 1996 y la Constitución del 1998, ya se incorporó al cuerpo normativo una Sección sobre el Medio Ambiente, con lo que se pretendía asegurar su vigencia y protección en pro de los derechos humanos. Sin embargo a la luz de la Constitución del 2008, y la

nueva estructura normativa, los derechos de la naturaleza a más de entenderse como un derecho humano, vital para el desarrollo de los seres humanos, sino que además se la considera sujeto de derechos; lo que supondría oponerse a los intereses y prerrogativas humanas, anteponiendo a la naturaleza a los valores humanos.

Herramientas del derecho como la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga probatoria han sido abordados a lo largo del trabajo, analizando su objetivo y la utilidad que representan en el proceso, pero además también se ha visto la motivación que tiene que existir para su aplicación, sin embargo en el caso de la reversión probatoria, al hablar de daño potencial, existe la posibilidad que se pueda producir un daño o no, por tal motivo, en caso de no existir dicho daño, resulta incoherente la reversión de la carga de la prueba, esto se debe a dos motivos, en primer lugar no existe motivos para iniciar ningún tipo de acción, y en segundo lugar en caso de que se lo haga el demandado ni siquiera puede demostrar su inocencia, ya que no existe un delito o violación a la norma; pero por el contrario este tipo de herramientas como la reversión de la carga probatoria sin un sustento legal, acarrea la violación de derechos fundamentales.

3.2 LA REVERSIÓN DE LA PRUEBA Y VALORACIÓN SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

A lo largo del estudio, he intentado demostrar la incompatibilidad que existen entre la reversión de la carga probatoria y la presunción de inocencia, ya que al no tener un marco jurídico que limite su uso, acarrea la inconstitucionalidad de la norma

y más que eso, la vulneración a un derecho reconocido internacionalmente, destacando su importancia y primacía sobre herramientas procesales.

Parecía que el intento de que sea un canto a la vida, un gran poema social, un libro que pueda ser leído por un niño de sexto grado, habría fracasado de manera estruendosa por la cantidad de normas confusas, ambigüedades, inconsistencias y falta de técnica de redacción jurídica que, dicen, contiene el documento¹⁰⁵.

La reversión de la carga de la prueba se ha presentado como una barrera para la constitucionalidad; esto se debe a la vulneración que puede acarrear la volatilidad de la prueba al momento de definir sobre quien recae esta carga. Anteriormente ya se habló que como principio general le corresponde al accionante probar, sin embargo no es una obligación tal acción, ya que su incumplimiento no acarrea sanciones, sino es un condicionamiento de las partes, la cual dependerá de los resultados que se quiera obtener.

Ahora bien, al hablar de materia constitucional, puede ser que la iniciativa de probar se le confíe al juez, esto se debe al interés público que conlleva la materia constitucional, y más allá de eso para poder llevar a un buen término el proceso.

Por lo general en materia de violación de derechos constitucionales la carga de la prueba suele invertirse por vía normativa, es decir, en los procesos de garantías constitucionales la prueba le corresponde a quien está siendo accionado, sobre todo cuando es la entidad pública, con el propósito de fortalecer la protección de derechos constitucionales¹⁰⁶.

¹⁰⁵ CHÁVEZ, Gina- “*EL DERECHO PROPIO: ¿DESTAPANDO LA CAJA DE PANDORA*”. Desafíos Constitucionales – La Constitución Ecuatoriana del 2008 *en perspectiva*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito Ecuador. 2008. Pág. 68.

¹⁰⁶ PORRAS, Angélica – “*LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES*”. Aportes de Derecho Procesal Constitucional- Parte Especial N° 1- Garantías Constitucionales en el Ecuador. Tomo II. (Corte Constitucional del Ecuador) Quito- Ecuador. 2011. Pág. 43 -44.

El problema se presenta cuando la reversión del *onus probandi*, es la que acarrea la violación de derechos constitucionales. Desde ningún punto de vista se puede negar el derecho a la prueba, pero los motivos que conlleven a que el demandado demuestre su inocencia, tiene que ser exclusivamente en casos extremos, cuando se determina la dificultad de la prueba, y que además el accionado tenga una mayor aproximación a la prueba, caso contrario, no tendría sentido ni validez jurídica que se dificulte aún más la situación del demandado.

Desde una perspectiva general, en cuanto al objeto de la prueba, es evidente que:

El objeto de la prueba corresponde precisar los diferentes principios que subyacen el derecho a la prueba en el sistema ordinario y el constitucional. En el primer caso, corresponde a las partes probar sus afirmaciones o confirmar sus versiones, casi siempre el fin último es declarar el derecho de una de las partes y por ende no el de la otra. En cambio, en uno constitucional no se busca probar la situación de hecho, sino principalmente la “crisis”- en la afortunada expresión de Gozáine- del derecho constitucional amenazado o afectado. De esto se deriva que las partes en los procesos constitucionales deben atender, identificar las normas que sean contrarias a la supremacía de las constitucionales, o identificar si un acto u omisión pública o privada es una violación a los derechos constitucionales y repararlos¹⁰⁷.

Al decir que uno de los objetivos de la prueba es la declaración de un derecho, se puede confundir en la reversión ya que aquí no se declara un derecho, sino la inocencia de una persona, tergiversando el objetivo de la prueba. En su parte constitucional al afirmar que por el contrario se atiende a la “crisis” de un derecho y a la inconstitucionalidad de la norma, de igual manera se evidencia, que resulta insostenible determinar que la crisis no nace a causa de cierto tipo de actuación, además si nos ceñimos a la existencia de normas contrarias, en el caso de la reversión

¹⁰⁷ PORRAS, Angélica. *Ibidem*. Pág. 50.

probatoria, el demandado puede alegar que dicha norma no sólo representa una contradicción al principio de presunción de inocencia, sino que es un irrespeto a sus derechos humanos, a más de una violación a una garantía constitucional.

Si se plantea la violación al principio de igualdad, se debe entender que atiende a la vulneración del principio de igualdad de armas, ya que se está dando un trato diferenciado o discriminatorio a una de las partes, pese a que la reversión se establezca mediante un análisis de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Sin embargo atendiendo a al artículo 397 de la Constitución, numeral 1, dice: (...) *la carga de la prueba sobre la existencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado*". Es más que obvio que no se realiza ningún tipo de análisis, el legislador presupone que el demandado posee todos los medios probatorios para demostrar su inocencia, recayendo en un subjetivismo preponderante desde el inicio del proceso.

Es en este punto donde los derechos constitucionales entran en juego.

En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 incluye un conjunto amplio de garantías que integra distintos tipos o niveles de tutela jurídica para los derechos, así encontramos las garantías normativas, las institucionales, las jurisdiccionales y una verdadera innovación, las denominadas garantías relativas a las políticas públicas¹⁰⁸.

Desde la Revolución Francesa, la Constitución ha tomado mayor relevancia, siendo el instrumento que respalda la protección y garantía de derechos fundamentales.

¹⁰⁸ MONTAÑA, Juan- "APUNTES SOBRE TEORÍA GENERAL DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES". ". Aportes de Derecho Procesal Constitucional- Parte Especial N° 1- Garantías Constitucionales en el Ecuador. Tomo II. (Corte Constitucional del Ecuador) Quito- Ecuador. 2011. Pág. 23.

Toda garantía conlleva un derecho, caso contrario no tendría sentido hablar de garantías, por su parte los derechos se crearon como una limitación al poder y a las acciones del Estado; por tal motivo cada derecho envuelve un poder especial, no sólo como una limitación, sino como una característica intrínseca, ya que no se puede dejar de reconocer su valor e importancia dentro del sistema, caso contrario quedarían como simples enunciaciones retóricas, carentes de cualquier poder.

Las garantías pueden ser clasificadas en distintas dimensiones, así existen garantías normativas, institucionales y las de políticas públicas.

Las *garantías normativas*, encierran todos los principios, reglas, normas, encaminadas a la eficaz protección de derechos fundamentales, atendiendo a la supremacía de la Constitución; la Carta Fundamental en su artículo 11, numeral 9, señala: “*El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución*”. La naturaleza rígida, e inalterable de la Carta Magna, no sólo hace de ella un instrumento de prevalencia normativa, sino que, en ella se encuentra el catálogo de derechos, con los que cualquier limitación o prohibición de los mismos se consideraría una violación a la ley.

Al considerar a la Constitución como un documento que engloba coherencia, racionalidad y unicidad, vinculando ideas, derechos, garantías, protecciones y restricciones, haciendo de ella una verdadera unificación y hegemonía normativa, se entiende que no pueden existir contradicciones, ya que automáticamente se estaría poniendo en peligro su legitimidad y eficacia, provocando simultáneamente incertidumbre en el campo jurídico.

La reversión de la carga de la prueba y la constitucionalidad, no son instrumentos susceptibles de enfrentamiento, esto se debe a su naturaleza y características intrínsecas; sin embargo el problema que puede surgir entre ella tiene como fondo la implicación que acarrea en el proceso. Es fácil percibir, que el irrespeto o inobservancia a un derecho, es una violación a la misma constitucionalidad no por el derecho que pretende proteger, ni por su finalidad en sí; sino por las impedimentos que acarrea en el proceso, desde ningún punto de vista el legislador puede tener la certeza que se va a tratar de una prueba difícil, por lo cual el demandado sea quien tiene que probar, de igual manera la facilidad probatoria resulta un tema subjetivo a la vista de todos. Pese a que en acciones por daño ambiental se consagre constitucionalmente la reversión de la carga probatoria esto no significa que no conlleve otro tipo de vulneraciones, derecho a la igualdad procesal, y la misma presunción de inocencia se encuentran en peligro con la aplicación de esta norma.

Suele decirse que existen una antinomia o contradicción normativa cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente, (...); desde la perspectiva del destinatario del Derecho, el caso es que no puede cumplir al mismo tiempo lo establecido en dos normas: si cumple la obligación vulnera una prohibición, si ejerce un derecho o un permiso incurre en un ilícito.

Las antinomias son muy frecuentes en cualquier Derecho, y es comprensible que así suceda, pues si bien solemos operar con la ficción de la coherencia del orden jurídico, como si éste tuviera su origen en un sujeto único y omnisciente- ficción seguramente conectada a la de la personificación del Estado- lo cierto es que ese conjunto normas que llamamos Derecho positivo es el fruto de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo y que responden además a intereses e ideologías heterogéneas¹⁰⁹.

¹⁰⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis-“*EL JUICIO DE PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL*”. El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito-Ecuador. 2008. Págs. 85-86.

Si bien, las antinomias pueden existir en varios cuerpos normativos, y esto se debe a los periodos de tiempo en que fueron hechas, respondiendo a los intereses del momento como lo describe Prieto Sanchís; sin embargo al remitirnos a la Constitución del 2008, vemos que no fue un texto reformado de la Constitución del 98, por el contrario fue un nuevo texto que se realizó, por lo que los legisladores debían tener en cuenta la concordancia y coherencia que debe tener la Carta Fundamental, es cierto que no era colindante con el resto de legislación lo que produjo que paulatinamente se fueran acoplando otros textos normativos; pero que la propia Carta Magna contenga inconsistencias y contradicciones normativas, resulta difícil de creer. Esto se debe al nuevo marco de garantías y Derechos incluidos en el cuerpo legal.

El caso de antinomias que presenta la Constitución se centra en la protección de la naturaleza versus la presunción de inocencia, gracias a la implementación de la reversión de la carga de prueba. Anteriormente se mencionó la aberración e inconstitucionalidad que implica la reversión de la carga probatoria no sólo por el manejo que se demuestra sino al ser aplicada en un hecho presuntivo carece de validez y legalidad.

Es necesario destacar que nuestra legislación ya contaba tiempo atrás con esta herramienta, tanto en los casos laborales como tributarios, sin embargo es la primera vez que una norma de esta naturaleza se encuentra redactada en la Constitución.

Legislaciones como la colombiana, española y mexicana cuentan con una normativa mucho más reforzada en cuanto a la reversión de la carga probatoria, no sólo por la gama de temas que tratan que incluyen el ámbito laboral, tributario, sino

que además se ha acogido al derecho civil, penal, y de hidrocarburos. La gran diferencia entre estas legislaciones y la nuestra, es que han sabido enmarcar los casos y formas de aplicar la herramienta de la reversión, y más que eso se limita a hechos concretos más no ha supuestos o presunciones del cometimiento de un delito. Al hablar de mala práctica médica la legislación colombiana pone en práctica la reversión de la carga probatoria, su aplicación se encuentra totalmente normada, además de un previo estudio en cuento a la dificultad probatoria que debe tener el accionante, a más de la existencia de la imputación objetiva, y pese a todo esto es necesario destacar que en la sentencia 15276 y 15332 de 2005, en ningún momento se exonera al demandante de demostrar el vínculo causal.

Es evidente que a la legislación ecuatoriana le falta un largo camino por recorrer en cuanto se refiere a la reversión de la carga probatoria, ya que como herramienta procesal necesita tener un marco normativo claro y específico representando un verdadero aporte para el proceso, más no una herramienta maquiavélica en pro de la injusticia.

La prueba resulta ser un instrumento fundamental para el proceso, llegando a ser decisivo para las partes, ya que el presentar o no pruebas queda a discreción del demandado y del actor, pero cuando entra en marcha la reversión de la carga probatoria, deja de ser un elemento facultativo y deliberado, pasando a ser una obligación de la cual dependerá la condición de inocente o culpable.

Atendiendo a la importancia de la prueba, y los inconvenientes que puede llegar a provocar su reversión, desde mi punto de vista resulta una inconstitucionalidad

que dicha norma se encuentre redacta en la Constitución, como se pudo analizar anteriormente, los casos de reversión probatoria, son exclusivamente para situaciones de impasse, es decir cuando no hay otro medio, y es evidente el daño que se ha producido, otro de los motivos que pueden producir la reversión se debe a presunciones que la ley puede prever, y finalmente por decisión del juez; pero todas estas clases de reversión dejan muy en claro que no atiende a todos los casos, por el contrario depende las circunstancias que envuelvan al caso en concreto para tomar este tipo de medidas.

3.3 IMPLICACIÓN CONSTITUCIONAL

Un derecho vulnerado, o una garantía resquebrajada conlleva de por medio una vulneración explícita de la Constitución. En este aspecto se tiene que analizar dos vertientes, uno los motivos que llevaron a que se de tal violación a la norma suprema, y dos si el sistema en realidad es funcional.

Las garantías que se pueden establecer en la Constitución así como los derechos nunca pueden quedar tan sólo en el papel, es básico que se determine su aplicación, para ello se tiene que determinar su efectividad así como también las incidencias que pueden acarrear cierto tipo de derechos. Esto se debe a que el proteccionismo que asegura el Estado tiene que estar respaldado en todos los sentidos.

La lesión a los derechos constitucionales constituye fuente de responsabilidad civil. (...) para el derecho civil y en especial la responsabilidad civil entendida como la

obligación de indemnizar los daños, cobra vital importancia con los conceptos que nos ofrece la nueva visión del derecho constitucional¹¹⁰.

Al analizar las implicaciones constitucionales que conllevan la reversión de la carga de la prueba es evidente que los criterios serán divididos; por un lado la doctrina defiende que la inversión de la carga de la prueba es un mecanismo que facilita la solución de un conflicto; sin embargo la doctrina también atribuye que la reversión de la carga de la prueba es la aceptación tácita de clausura del sistema, ya que las normas y herramientas han sido establecidas de manera general y si una de ellas llega a fallar, cualquier alternativa que se intente dar, carece de la finalidad que se dio en un principio al proceso; como es el caso de la reversión de la prueba ya que se está atentando contra el principio de presunción de inocencia.

Las contradicciones son aún más visibles si se toma en cuenta la Constitución del 2008, cuerpo normativo garantista como ningún otro que haya tenido el país, además del avance que representó el paso de Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional de derechos y justicia; esto conlleva a que los derechos sean el pilar fundamental del ordenamiento jurídico, por lo que serán protegidos y garantizados ante cualquier tipo de vulneración. Otro de los aspectos novedosos es el otorgamiento de derechos a la naturaleza, tema realmente subjetivo, el cual ha tenido que soportar grandes críticas y simultáneamente el apoyo de grupos a favor de la protección de la naturaleza y el medio ambiente.

Merece analizar estas formas jurídicas, con independencia de su contenido y objetivos. Desde la óptica y el diseño constitucional de Montecristi, se plantean aspiraciones

¹¹⁰ PAZMIÑO, Marcelo- “*LA REVERSIÓN DE LA CARGA DEL ONUS PROBANDI EN EL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL*”- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador. 2008-2009. Pág. 10.

resarcitoria de daños, aquellos que vienen desde el Estado, tal visión de la nueva Constitución está basada en que siendo como es la persona humana el principio y el fin de toda actividad del Estado, se concibe que toda organización del Estado y de las actividades sociales estén al servicio de la persona humana, para que se logre su plena realización¹¹¹.

El proceso que ha tenido el Ecuador desde el 2008, enfocado a la inserción del *neoconstitucionalismo* la *constitucionalización*. Ha provocado una transformación del sistema judicial en todos los sentidos, puesto que la impregnación de la Constitución y los que se pretende con ella tiene que ser a nivel general, obligando su cumplimiento así como la eficacia para la protección de derechos y garantías. Es menester destacar que el Derecho Ambiental se consagra a partir de las reformas constitucionales de 1996.

Es recién a finales del siglo XX que lo ambiental se incorpora en la agenda pública del país, aunque su lugar sigue siendo marginal, frente a la alta prioridad que el modelo extractivo vigente mantiene en el país. Aquello se expresa en políticas y normativas en torno a la gestión ambiental débiles o marginales. En 1983 se introduce en la Constitución Política el artículo 19 numeral 2 como garantía constitucional de protección ambiental, siendo en este el primer intento para regular la conservación y protección del ambiente a nivel constitucional. Las reformas a la Constitución Política de la República, promulgadas en enero de 1996 reforzaron el mandato constitucional del artículo 19 numeral 2, introduciendo una Sección sobre el medio ambiente, además de instituciones de implicación ambiental como la acción de amparo y la Defensoría del Pueblo. Si bien dichas normas ambientales provienen de fuentes de distinto nivel, nacional, sectorial y seccional, no son claras las competencias y atribuciones de las autoridades nacionales para expedir normas; al igual que no lo es el control de la gestión ambiental disperso en economías locales. La Asamblea de 1998 y la Constitución aprobada en ese proceso, en buena medida expresa la capacidad de aquellos actores para incidir en los contenidos de dicha Carta Magna. En ese texto constitucional se incorpora la Sección Segunda sobre el Medio Ambiente bajo el Capítulo V De los derechos colectivos. También constan otros aportes como las funciones primordiales del Estado, que en su artículo 3 se define en torno a: “Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social” y “Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el mediante. (Numeral 3). En el Capítulo II, De los Derechos Civil bajo el título Tercero De los Derechos, Garantías y Derechos, el artículo 23 numeral 6 establece el derecho a “vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación” así lo garantiza el texto constitucional del cual se lee: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y los instrumentos

¹¹¹ ANDRADE, Santiago- “*VISIÓN JURÍDICA DE LA COMPETENCIA*”. Memorias de eventos de derecho constitucional. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Compilación de Memorias 2000. Impresión Abya- YALA. Quito- Ecuador. 2001. Pág. 245.

internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes derechos: 6. El derecho de vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades para proteger el medio ambiente”. Se podría decir que la Constitución aprobada el 10 de agosto de 1998 representó un hito importante en el campo de las políticas ambientales y de los derechos individuales y colectivos, pues además profundizó el alcance del derecho establecido por el artículo 23 numeral 6 al haber introducido dentro del mismo Título Tercero de los Derechos, Garantías y Deberes como Sección Segunda del Capítulo V una que trata del medio ambiente. Además en la Sección Segunda del Capítulo V extiende el ámbito del actual artículo 23, numeral 6 y en el artículo 86 y siguientes, obliga a regular de acuerdo a una ley el desarrollo sustentable, la conservación de ecosistemas, la biodiversidad, la integridad genética del ser humano¹¹².

Es evidente que el avance del derecho ambiental en el Ecuador no resulta una novedad; la protección y conservación de la naturaleza y el derecho a vivir en un ambiente sano han sido parte de las políticas y normativas nacionales, acogiéndose a tratados y convenios que respaldan y apoyan este tipo de legislación, premisas fundamentales establecidas en la Convención de Diversidad Biológica de 1992 o el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, este tipo de políticas se han dirigido a permitir el fortalecimiento del control del Estado y de los ciudadanos sobre el ambiente, priorizando el cumplimiento eficaz de la legislación y política ambiental.

Atendiendo a los antecedentes es plausible que el Ecuador debido al patrimonio natural con el que cuenta, se ha visto en la necesidad de acoger este tipo de políticas encaminadas a la defensa, protección y conservación del medio ambiente, ecosistemas, flora, fauna y demás componentes que integran la naturaleza, sin embargo a partir de la nueva corriente imperante de constitucionalización se proyecta a la naturaleza, no sólo como un bien que tener que ser protegido, por el contrario toma el lugar de sujeto de derechos, con lo que se le atribuiría titularidad, ejercicio y garantía de derechos.

¹¹² ACTA 040- 29- ABRIL 2008. Págs. 17 y 18. Recuperado el 18 de septiembre de 2012 en: E:\ARCHIVOS DE VARIAS IMAGENES\asamblea 2008 en eg (Espejoplana)\desde 35\acta-040.pdf

Guastini, establece ciertas condiciones para determinar la *constitucionalización* un Estado.

Este proceso supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la carta fundamental, determinando su fuerza normativa, el alcance y la interpretación que puedan tener. Pero de lo que no tiene que quedar duda es que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción política o catálogo de recomendaciones para los poderes públicos.

1. **Una Constitución rígida.** Principios explícitamente formulados como implícitos, no pueden ser modificados de ningún modo.
2. **Garantía jurisdiccional de la Constitución.** Dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez para ser tal, debe imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico.
3. **Fuerza vinculante de la Constitución.** Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (todas, con independencia de su estructura y su contenido) son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios¹¹³.
4. **“Sobreinterpretación” de la Constitución.** Se produce cuando los intérpretes constitucionales no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*.
Se puede extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico¹¹⁴.
5. **Aplicación directa de las normas constitucionales.** Esta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones: a) El entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; y b) que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio.
6. **Interpretación conforme a las leyes.** Esta condición no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley. La interpretación conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación de una ley o la interpretación, opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma con algún mandato constitucional. Desde luego la interpretación conforme también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez preferirá la última¹¹⁵.
La actual estructura del sistema jurídico, se cumple con la intervención e introducción de constituciones rígidas, que incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no sólo para el poder legislativo, ejecutivo y judicial¹¹⁶.

¹¹³ CARBONELLE, Miguel – “NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES”. (Editora Jurídica Cevallos) Quito. Ecuador. 2011. Pág. 32.

¹¹⁴ RIBEIRO, Eduardo, citado por CARBONELLE, Miguel – “NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES”. (Editora Jurídica Cevallos) Quito. Ecuador. 2011. Pág. 33.

¹¹⁵ CARBONELLE, Miguel – “NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES”. (Editora Jurídica Cevallos) Quito. Ecuador. 2011. Págs. 34- 35.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi- “EL PAPEL DE LA FUNCIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO. ESTADO DE DERECHOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCESO PENAL. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS.

Estos parámetros que establece Guastini, demarcan la actuación del juez así como los límites y alcances que tiene la Constitución dentro del ordenamiento jurídico. El pedestal en el cual se encuentra la Carta Magna en la actualidad, es un sitio muy bien ganado, reconociendo de esta manera su importancia dentro de la justicia, ya que en ella se encuentran las normas, derechos, principios y garantías que regirán al resto de cuerpos normativos; ahora bien el problema nace en el momento de su aplicación e interpretación, ya que el alcance interpretativo de la Constitución tiene dos facetas, una en la que está sobre cualquier otra norma ya que se tiene que garantizar por encima de todo los derechos de las personas; y por otro lado que grado de interpretación o aplicación se puede llevar a cabo si existe normativa constitucional que se contraponen. Es ahí cuando se tiene que definir qué derecho está encima de los demás, y cual es vital proteger y privilegiar.

De modo que la Constitución se debe interpretar en una forma distinta al resto del ordenamiento por sus normas abiertas, portadoras de valores, de principios y de reglas y cuyo contenido es una parte orgánica y una parte dogmática que contiene derechos, deberes y garantías¹¹⁷.

Si hablamos de normas vinculantes a la Constitución, es evidente y lógico que tiene que tener total armonía con la Carta Fundamental, ya que cualquier tipo de disposición contraria o arbitraria, sería inobservada por el juez, además de su inmediata derogación. Debido a los nuevos principios y derechos que han nacido a partir del *Estado de Derechos y Justicia*, así como del *neoconstitucionalismo*, resulta imposible que leyes anteriores tengan concordancia con la actual Constitución provocando que cualquier norma supletoria carezca de validez y que por lo general

EN LA PRUEBA. REFORMA DEL DERECHO PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES". (Jurista Editores E.I.R.L.) Lima- Perú. Marzo 2007. Pág. 16-17.

¹¹⁷ MARTÍNEZ. Alejandro – "LA RELACIÓN ENTRE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y EL PODER JUDICIAL". Memorias de eventos de derecho constitucional. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Compilación de Memorias 2000. Impresión Abya- YALA. Quito- Ecuador. 2001. Pág. 70.

contradiga a la norma suprema, con lo que la constitucionalización sufre de un gran desequilibrio al carecer de normas supletorias.

La norma fundamental contiene normas vinculantes de aplicación inmediata- pero también principios generales- aplicación directa de derecho fundamentales- entendiendo el cambio de ubicación del juez frente a la ley que produce este nuevo paradigma: no sólo, como es obvio, facultad de los tribunales constitucionales encargados del control de la constitucionalidad de la leyes, sino también de los jueces ordinarios que tienen el deber y el poder de activar dicho control¹¹⁸. La sujeción a la ley ante todo, a la constitución de hecho, transforma al Juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan derechos¹¹⁹.

Es necesario atender a lo que expone Zagrebelsky, cuando se refiere a la ley como norma general y abstracta, ya que:

La generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, está necesariamente conectado con algunos postulados fundamentales del Estado de derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley¹²⁰.

Si bien la idea de la generalidad de la ley es absoluta, en cierto tipo de casos tiene que desvirtuarse dicha generalidad y ser remplazada por normas específicas, esto atiende a la gravedad que implican ciertos postulados. Derechos, principios y garantías son de carácter general, pero cuando alguno de ellos es vulnerado, las normas, leyes, reglamentos se ponen en acción; sin embargo atendiendo al universo de leyes que existen, el Derecho como ciencia no puede ser absoluto, tiene que tomar en consideraciones cierto tipo de variantes que pueden presentarse y para este tipo de

¹¹⁸FERRAJOLI, Luigi-Ibídem. Pág. 17.

¹¹⁹ PAZMIÑO, Marcelo- “*LA REVERSIÓN DE LA CARGA DEL ONUS PROBANDI EN EL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL*”- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador. 2008-2009. Pág. 13.

¹²⁰ZAGREBELSKY, Gustavo – “*EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHOS Y JUSTICIA*”. (Editorial TROTТА). Segunda Edición. Valladolid- España 1997. Pág. 29.

casos es que la norma tiene que ser más específica que las demás, atendiendo a la situación emergente del momento.

Una Constitución no puede ser apropiadamente leída, coherentemente interpretada y lúcidamente aplicada si el operador jurídico no dispone para ello de una teoría constitucional moldeada y al mismo tiempo profundamente anclada a esa norma fundamental¹²¹.

La Constitución del 2008, carece de un aspecto modelado, por el contrario es anómala en varias formas, su aplicabilidad carece de elementos necesarios lo cual provoca que sea un objeto carente de eficacia. Esto se debe a su nueva concepción; concepción que requiere de todo un cuerpo normativo supletorio para poder llevar a cabo los ideales impregnados en la Carta Magna. Institucionalmente y hasta administrativa es evidente las falencias que posee el cuerpo normativo. Un cambio como el que postuló Montecristi, requiere de un proceso. Proceso que nunca se llevó a cabo, de ahí deviene que el legislador se vea en la obligación de recurrir a herramientas extraprocesales que carecen de legalidad.

Para Larenz citado por Alexy, “el reconocimiento a la aplicación de la ley no se agota, en la subsunción, si no que exige, una gran medida de valoración del juzgador, con esto se deja muy claro, cuál deber ser el papel del fallador en una construcción acertada de la decisión a los conflictos jurídicos, que tienen su motivo, en el pensamiento de quien actúe como operador de justicia siendo este imparcial, neutral y equilibrado, teniendo muy claro que debe existir un impedimento debe manifestarlo antes de prejuzgar, evitando conflictos de intereses, conflictos de competencia y que se produzcan decisiones que vayan en detrimento del equilibrio de la ley. Es por eso que la acción de tutela debe garantizar la libertad de los derechos fundamentales sin que exista la colisión de los principio¹²²”.

¹²¹ CHINCHILLA, Herrera- “¿QUÉ SON Y CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?” (EDITORIAL TEMIS S.A) Santa Fe de Bogotá- Colombia. 1999. Pág. 6.

¹²²BECHARA, Abraham. “LA PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”. (Universidad Libre, sede Cartagena- Centro de Investigación) 2011. Pág. 19. Recuperado el 1 de agosto de 2012 de: http://200.30.74.19/Descarga/PDF/Ciencias_Derecho/LA_PONDERACIÓN_y_LOS_DERECHOS_FUNDAMENTALES_ABRAHAM_ZAMIR_BECHARA_LLANOS.pdf

Atendiendo a la doctrina y pensamiento de grandes expositores del Derecho, es evidente la importancia que tiene la Constitución dentro de un país, ya que posee un efecto de irradiación, donde todos se encuentran sometidos a ella, penetrando en todos los aspectos, áreas y ámbitos; logrando así que sus efectos sean generales. Pero para que pueda tener los efectos deseados, es necesario su consolidación.

Definitivamente “*el Estado constitucional no nace simplemente de la rigidez y la normatividad constitucionales*”, El Estado constitucional se consolida cuando la supremacía constitucional es respetada por los propios redactores y promotores de la Constitución y cuando existe conciencia de sujeción constitucional por parte de los organismos con potestad normativa¹²³.

A pesar del avance de la doctrina en cuanto al neoconstitucionalismo, el llevar a cabo la práctica y establecer un esquema de funcionamiento para un Estado, requiere mucho más que la consolidación de la norma suprema, peor aun cuando esta misma se llega a contradecir, o deja vacíos para ser resueltos mediante interpretación. Situación que no es dable entendiendo que la interpretación si bien es un método que puede aplicar el juez, pero debido a ciertas circunstancias, más no en todo momento ya que el derecho recaería en el subjetivismo del juzgador, provocando inestabilidad e inseguridad en la justicia.

La innovación que se ha querido llevar a cabo en el Ecuador con la Constitución de Montecristi, deja varios cabos sueltos, ya que por un lado se otorgan derechos y garantías, estableciendo un marco jurídico para su protección, sin embargo en algunos casos es evidente la contraposición de derechos, provocando su restricción

¹²³Z Aidán, Salim- “*NEOCONSTITUCIONALISMO <<TEORÍA Y PRÁCTICA EN EL ECUADOR>>*” (Librería Jurídica Cevallos) Quito- Ecuador. 2012. Pág. 29.

o menoscabo. El problema es determinar si el derecho que se está vulnerando es de mayor o menor valía del que estoy defendiendo.

El imperativo teórico de no contradicción no debería obstaculizar la labor, propia de la jurisprudencia, de intentar realizar la "concordancia práctica" de las diversidades e incluso de las contradicciones; no mediante la simple amputación de potencialidades constitucionales sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto¹²⁴.

Si analizamos el papel de la ponderación y la interpretación constitucional es evidente que se entenderá de mejor manera la prevalencia de ciertos derechos debido a su importancia y al bien jurídico que protegen.

La *Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, en su artículo 3, se refiere a los métodos y reglas de interpretación constitucional, en el numeral 1, reglas de solución de antinomias, dice: "*cuando exista contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial o posterior*".

Retomando el articulado anterior, quedaría a disposición del juez resolver este conflicto. Considerando los tipos de solución que se plantea, es decir, la jerárquicamente superior, la competencia, y la posterioridad de las normas. Si escogemos la jerarquía normativa, resulta fácil deducir que la presunción de inocencia al ser considerada un derecho fundamental y humano se encuentra por encima de una herramienta procesal. Por otra parte en cuanto a la posterioridad de la norma, la presunción de inocencia tiene vigencia desde el Derecho Romano. Y finalmente en

¹²⁴ZAGREBELSKY, Gustavo (2003). "*EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHOS, JUSTICIA*". (2003) Para. 13. Recuperado el 4 de febrero del 2012 de: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex124/BMD000012418.pdf>

cuanto a la competencia de la norma, la presunción de inocencia se aplica a todos los casos. De tal forma pese a la existencia de una norma que determine la inversión de la prueba, al ser antinomia de la presunción de inocencia, la última prevalece al ser un derecho fundamental y humano.

3.4 INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS QUE RECONOCEN LOS DERECHOS EN CONFLICTO

En cuanto a lo que respecta a la interpretación la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, destaca cinco métodos de interpretación:

1. **Interpretación evolutiva o dinámica.** Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.
2. **Interpretación sistemática.** Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.
3. **Interpretación teleológica.** Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.
4. **Interpretación literal.** Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.
5. **Otros métodos de interpretación.** La interpretación de las normas jurídicas cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia, integradora, fuerza normativa y adaptación.

Los métodos de interpretación abarcan cinco aspectos fundamentales, sin embargo si son realmente útiles y se las puede llevar a la práctica es la verdadera pregunta. Es menester destacar que la interpretación de una norma es una facultad exclusiva del juez, poder amplio que depende de las cadenas de la norma para que se

pueda o no realizar una interpretación. Hay normas que son sumamente claras y no necesitan de una interpretación previa para su aplicación. La interpretación pretende determinar el alcance de una norma y los fines que pretende la misma.

En este sentido, podríamos entonces coincidir con García Belsunce, en el sentido de que “interpretar una norma jurídica significa establecer su verdadero alcance” o como lo sostiene Kalinowski “interpretar es atribuir un sentido determinado a un signo lingüístico” (...). Por su parte Luis Pietro Sanchís, dice: “el objeto de la interpretación, aquello que se interpreta, es siempre un texto, un enunciado o conjunto de enunciados lingüísticos (...). Propiamente, la norma no es el presupuesto de la interpretación, sino su resultado, es decir, la norma es el significado que se obtiene del texto mediante la interpretación”. De conformidad con lo dicho la interpretación jurídica significa interpretar una disposición (contenida en un texto) para establecer su verdadero alcance y así obtener la norma jurídica¹²⁵.

La interpretación tiene dos objetivos, en un primer plano se lo considera como un mecanismo de sensibilización en la protección de los derechos, y por otro lado es el alcance que puede llegar a tener la norma. Es evidente que este último es un rasgo característico de toda norma es decir existe per se, la misma que no se sustenta en la discrecionalidad o en la voluntad del intérprete sino en ella mismo, por la compleja actividad que realiza, el juzgador se remite a su valoración atendiendo a las circunstancias específicas y el caso en concreto.

En cada interpretación entra en juego dos elementos, el conocimiento y la decisión siendo los factores preponderantes para decidir el alcance que puede llegar a tener la norma.

¹²⁵ CÁRDENAS, Álvaro- “INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL “MECANISMO DE SENSIBILIZACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS””. (Librería Jurídica Cevallos) Quito – Ecuador. 2011. Pág. 80.

Por el carácter protector que envuelve a la interpretación se entiende que está tendrá por consigna la protección de derechos y sobretodo la parte más débil y vulnerada.

La prueba como un elemento, y herramienta procesal tiene gran relevancia dentro del derecho, no sólo por el aporte que realiza, sino todo el tratamiento que esta merece para ser conducente y producir verdaderos efectos en el proceso. Sin embargo como se ha visto a lo largo de este Capítulo, esta herramienta se ha visto sometida a nuevos métodos, conducentes a su producción, desde tomar el nombre de “prueba diabólica o difícil” cuando su obtención esta fuera del alcance del demandado, hasta llegar al punto de su reversión. Tales medidas son opuestas a la esencia de la prueba, causando que el sistema tenga que aceptar que puede ser considerado como una clausura del sistema, justificar que el actor no puede presentar pruebas y por ello condenar al demandado que demuestre su inocencia, es un claro ejemplo del irrespeto a derechos y garantías fundamentales consagradas en cuerpos normativos y tratados internacionales.

Así mismo se habló de los diversos métodos que el legislador ha previsto para la reversión de la carga probatoria, desde su pronunciamiento en las normas y cuerpos legales, hasta la creación de presunciones, las presunciones dentro del Derecho han servido para sentar meras sospechas como verdades, lo que ha garantizado la protección de derechos fundamentales. Sin embargo presunciones como la culpa, resultan ser contradictorias al avance que ha tenido el derecho, degradándolo a la época inquisitorial, donde la culpabilidad de una persona se daba por sentado, mientras que su inocencia estaba en tela de duda.

Los trastoques que ha sufrido la prueba y las presunciones son relevantes en todo sentido dentro del derecho y sobretodo en el proceso, más aun la implicación constitucional que estas conllevan, si nos remitimos al Ecuador y a su Constitución es fácil percatarse de lo garantista y proteccionista que esta resulta ante algunos derechos, demostrando el efecto radiación que impulsa en cada norma, principio y derecho. Pero aquí cabe una interrogante, ¿La garantía de protección del medio ambiente puede estar por encima del beneficio de la duda que tiene una persona al presumirse su inocencia?

Para resolver este tipo de inquietudes es menester tomar en cuenta que procedimientos como la reversión de la carga de prueba son aceptadas de manera única y exclusiva en situaciones de impasse, cuando no existe otro medio para determinar el cometimiento del delito, más no están a disposición del juzgador y menos aún se considera la reversión probatoria como una potestad del juzgador. Por el contrario para la aplicación de la reversión se tiene que cumplir con elementos que rodean al hecho y circunstancias imposibles de evadir.

3.4.1 LA REVERSIÓN DE LA PRUEBA Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En el Primer Capítulo se percibe el avance histórico y la evolución que han tenido estas figuras del Derecho, desde su creación hasta la actualidad.

El *présopmtion innocens*, se remonta a Roma, al igual que el *onus probandi*; pero fue en 1948, con la Declaración de Derechos Humanos, la presunción de inocencia adquiere la categoría de derecho fundamental. Por su parte la carga

probatoria, ha tomado un sitial preponderante dentro del proceso, esto se debe a que la prueba suele ser el único elemento de comprobación del cometimiento de un acto.

En el Ecuador la presunción de inocencia, aparece por primera vez en la Carta Fundamental de 1845, como una garantía y un derecho que el Estado propicia a todo ciudadano. Es inevitable destacar que desde el inicio la presunción de inocencia no ha dejado su objetivo principal, el cual se encuentra enmarcado en el ámbito social y humano, Montesquie, y Rosseau, advirtieron que esta garantía permite el desarrollo social de toda persona dentro de su entorno, ya que de lo contrario el creer a toda persona culpable la inestabilidad e inseguridad que viviría la sociedad haría que cualquier tipo de relación sea imposible de sobrellevar. Esto atiende a la premisa de que todo ser humano es bueno por naturaleza, y es la sociedad quien lo corrompe.

El onus probandi, a diferencia de la presunción de inocencia se ha visto sometida a un sin número de cambios, los mismo que en ciertos momentos de la historia han resultado incompatibles con la presunción de inocencia, llegando al punto de desconocerla.

Pese a la transición histórica de ambas figuras, tanto la presunción de inocencia como la carga probatoria se encuentran reconocidas en la normativa ecuatoriana. La presunción de inocencia como garantía y derecho, mientras que la carga probatoria cuenta con un menaje de normas que aseguran su validez en el proceso.

Al hablar de la reversión de la carga de la prueba se podría considerar que de una u otra forma una vez más se está desconociendo al *présopmtion innocens*, provocando daños extra patrimoniales al demandado.

Alessandri en cuanto al daño dice:

Es todo detrimento, perjuicio menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencia, etc. El daño supone la destrucción o disminución por insignificante q sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de los que goza el individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son diferentes, la ley no las considera¹²⁶.

Puede parecer exagerado que revertir la carga de la prueba se pueda considerar como un daño, sin embargo si al “supuesto” culpable se le obliga que demuestre su inocencia, se deja de lado uno de los derechos fundamentales y del debido proceso, llegando a provocar la indefensión de la persona. Se supone que el accionante debe constar con todos los medios probatorios para dar al juez la certeza de que se ha cometido una infracción y que el demandado fue el causante. Pero si se deja de lado la carga probatoria que por ley recae en el accionante, estaríamos regresando a épocas inquisitoriales en donde bastaba la simple difamación a una persona para que se la considere culpable del delito.

En cuanto a la relación al daño extra patrimonial y a su división, el daño moral subjetivo, también llamado de afección, es casi de imposible cuantificación para su reparación, es lo que en doctrina se conoce como *pretium doloris*(el precio por el dolor). Por su parte el daño moral objetivado consiste en el menoscabo de la persona en su consideración social, es decir, es el perjuicio material derivado del daño a un bien extra patrimonial¹²⁷.

¹²⁶ POLO, María Fernanda- “REPARACIÓN INTEGRAL EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL”. Aportes de Derecho Procesal Constitucional- Parte Especial N° 1- Garantías Constitucionales en el Ecuador. Tomo II. (Corte Constitucional del Ecuador) Quito- Ecuador. 2011. Pág. 64

¹²⁷ POLO, María Fernanda. Ibídem. Pág. 66.

Por tal motivo es evidente la afectación que se le ocasiona al demandado, ya que sin antes de ser sentenciado como culpable, este ante la sociedad ya es visto como tal, provocando un detrimento moral, menoscabando sus derechos fundamentales garantizados en la Constitución, así como el derecho y la garantía a un proceso justo, objetivo e imparcial.

Pese a que la reversión de la carga de la prueba no resulta una herramienta innovadora para el Derecho en el Ecuador, es evidente que aun el legislador no encuentra la forma correcta de utilizarla, esto atiende a la forma escueta a la que hace mención dentro de la normativa, tomándola de una forma lacónica, sin prever las consecuencias que puede acarrear el revertir la carga probatoria.

En la Constitución del 2008, una vez más se ve la necesidad de implantar la figura de la reversión de la prueba, en acciones por daño ambiental. Si atenemos a la visión neoconstitucional, se entiende que:

El derecho de reparación se rige por principios más que por reglar, es decir, con un sustento ético y moral. Esto debido a que el neoconstitucionalismo plantea, según Prieto Sanchíz, una vinculación necesaria entre el derecho y la moral. A esto hay que añadir, que desde esta corriente teórica, el protagonista fundamental no es el legislador, sino los jueces quienes pueden interpretar la Constitución para acercarse a la justicia¹²⁸.

El marco jurídico actual es novedoso, garantista al extremo lo que lo vuelve un proyecto ambicioso en cuanto a su real aplicación y eficacia. Al remitirnos al derecho de reparación que se pretende alcanzar en caso que la naturaleza haya sufrido, daño o detrimento, se entiende que dicho daño afecta a toda la sociedad, por lo cual su reparación debe ser inmediata, ya que se prevé que los daños causados no afectan de

¹²⁸ POLO, María Fernanda. *Ibidem*. Pág. 67.

manera exclusiva a quienes están más cercanos a la zona perjudicada, por el contrario el panorama y espectro radial es tan amplio que abarca a la población humana y a las generaciones futuras.

Atendiendo a este nuevo pensamiento garantista, es evidente que todo derecho fundamental, garantía constitucional y debido proceso se tiene que llevar a cabo respetando toda la normativa aplicable al caso. No se pueden menoscabar derechos fundamentales, por la aplicación de una norma supletoria en el proceso. La discrecionalidad que caracteriza al juez y el poder interpretativo del cual se encuentra investido, no pueden quedar en letra muerta, su aplicación es obligatoria ya que de ello dependerá la legalidad y justicia que se pretenda impartir. Más aun cuando ahora se encuentran de por medio derechos de la naturaleza versus los derechos fundamentales e intrínsecos de cada ser humano.

Visto en retrospectiva, ese momento constituye un verdadero punto de quiebre entre la concepción jurídica imperante, que mira a la Naturaleza simplemente como objeto de relaciones jurídicas, susceptible de que sobre ella se ejerzan derechos, frente a otra concepción emergente, que no siendo nueva, pues surge de antiguas tradiciones mantenidas por pueblos ancestrales alrededor del mundo, llega para resquebrajar paradigmas y suscitar nuevas posturas y decisiones en el contexto de la angustia global¹²⁹.

Por su parte, Zaffaroni, en su artículo “*La Pachamama y el humano*” dice:

Reconocer la existencia de sujetos de derecho no humanos en el derecho ambiental no es sencillo, pues con ello se pone en seria crisis el concepto tradicional de derecho, la objeción de Ferrater Mora no es gratuita: si reconocemos que tiene derechos los

¹²⁹ MELO, Mario- “*DE MONTECRISTI A COCHABAMBA. LOS DERECHOS DE LA MADRE TIERRA EN DEBATE*”. Recuperado el 2 de julio de 2012 en: <http://www.repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2560/1/RAA-27-MeloDerechos%20de%20la%20Pachamama.pdf>

animales, no vemos por qué no reconocérselos a las montañas, a los ríos, etc., y de este modo no sabremos más de qué estamos hablando¹³⁰.

Los criterios que encierran el otorgar derechos a la naturaleza, al punto de considerarla sujeto de derechos, son muy diversificados. Están quienes lo consideran un progreso, y autores como Ferrater Mora, que lo ven como una utopía y folklorismo de sociedades al retomar creencias antiguas con respecto a la personificación de seres inertes. Ya que es necesario diferenciar la protección que se debe dar a ciertas zonas o espacios, en beneficio del bien común; y lo que significa otorgar derechos a quien ni siquiera puede ejercerlos por sí mismo. Y en todo caso si se llega a considerar como persona de derecho, no únicamente se le atribuye derechos, sino que ello conlleva obligaciones, restricciones.

El ambientalismo jurídico propugnado en la nueva década, paulatinamente ha ido obteniendo más relevancia, sin embargo hay que destacar que la protección que se quiera propugnar a favor de la *pachamama*, nunca puede ir por encima de los derechos del ser humano.

La reversión de la carga probatoria aplicada de manera general a cada acción por daño ambiental, tiene un impacto nocivo para los derechos individuales, sobre todo para la presunción de inocencia.

Se entiende que la aplicación de este tipo de herramientas en el proceso, son de tipo excepcional, atendiendo a las circunstancias y gravedad del delito, por tal motivo

¹³⁰ZAFFARONI, Eugenio- “LA PACHAMAMA Y EL HUMANO”. Buenos Aires- Argentina. 2011. Pág. 15. Recuperado el 15 de junio de 2012 en: <http://www.elcomahueonline.com.ar/wp-content/uploads/2012/03/La-Pachamama-y-el-humano.pdf>

la aplicación indiscriminada a cada caso, pasa a convertirse en un instrumento de parcialidad. Principios como la igualdad de armas se dejarían atrás, la equidad de las partes procesales quedaría en la inocuidad irrespetando garantías y derechos consagrados años siglos atrás.

Pionera y precursora de un sin número de derechos y garantías, es la Constitución del 2008, pero tales adelantos no se compaginan a una realidad vívida del derecho en cuanto a su aplicación.

No olvidemos que cuando el constitucionalismo introdujo los derechos sociales, también se alzaron las voces que afirmaban que eran la tumba de los derechos individuales, de la libertad, que consideraron durante muchísimos años que ambas categorías jurídicas eran antagónicas e incompatibles. Cuando se reconoció la dignidad de la mujer hubo apocalípticos que sostuvieron que de ese modo se acababa con la familia y la base de reproducción humana. Cuando se abolió la esclavitud se pensó que los esclavos libres de todo control se volverían criminales que matarían a todos los blancos. Cuando el mundo repudió el *apartheid sudafricano* se creyó que suprimirlo lo significaría la masacre de la minoría blanca. Cuando se invocaron los derechos humanos contra las dictaduras de seguridad nacional se sostuvo que eso dejaría el campo libre al *marxismo internacional*. Podríamos seguir: cada paso para la reafirmación de nuestra humanidad mediante la ampliación de nuestra capacidad de escucha y consiguiente diálogo fue seguido de predicciones apocalípticas que nunca se cumplieron; en lugar, el Apocalipsis está al final de la sordera cultural y de su acumulación indefinida de cosas y de saber del *dominus*¹³¹.

Es cierto que no podemos cerrar los ojos ante una realidad el Derecho Ambiental, paulatinamente ha ido ganado campo, el reconocimiento de derechos de la naturaleza, es un verdadero avance dentro de la ciencia del Derecho, ya que se ha visto una necesidad social y un bienestar colectivo. Sin embargo todo avance ha sido en pro de todos, conservando los mismos derechos y no restringiéndolos o menos aun desconociéndolos. Se afirma que el bien colectivo restringe derechos de los

¹³¹ZAFFARONI, Eugenio- "LA PACHAMAMA Y EL HUMANO". Buenos Aires- Argentina. 2011. Pág. 37. Recuperado el 15 de junio de 2012 en: <http://www.elcomahueonline.com.ar/wp-content/uploads/2012/03/La-Pachamama-y-el-humano.pdf>

particulares, pero hasta qué punto puede llegar este tipo de restricción, es necesario entender que la presunción de inocencia como derecho fundamental y humano no puede ser desconocido o inobservado.

El grave problema que surge con cada reversión de la prueba, es el desconocimiento intrínseco que implica hacia la presunción de inocencia, pasando a ser el principio operante, la presunción de la culpa. El reconocer a una persona culpable por una suposición debido a la actividad que realiza es evidentemente una injusticia, tal violación tiene que ser comprobada fehacientemente y no tiene que basarse en suposiciones o presunciones, desmereciendo el poder de la justicia.

La presunción de inocencia se aplica de manera general en todos los casos, lo que no ocurre con la reversión de la prueba; la carga probatoria por ley recae en el actor y de manera exclusiva en el demandado.

El derecho limita y vincula cualquier tipo de poder, puede ser considerado el inicio o el fin, el fin de las injusticias, y el inicio de las garantías. A simple vista se evidencia el antagonismo existente entre la presunción de inocencia y la reversión de la carga probatoria. Todo avance que ha tenido la ciencia del Derecho y sus instituciones se menoscabado en el preciso instante que se vulnera una garantía del debido y consecuentemente un derecho fundamental.

3.5 LA PONDERACIÓN ENTRE LOS DERECHOS EN CONFLICTO AL APLICAR LA REVERSIÓN PROBATORIA EN MATERIA AMBIENTAL

El numeral 3, del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala:

“Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Al establecer lo dispuesto por la normativa vigente, se entiende que la relación que tiene que hacer la ponderación se condiciona a las circunstancias del momento, estableciendo el grado de menor satisfacción en cuanto a la protección de un derecho, en miras de un derecho de mayor importancia, dependiendo del caso concreto.

Sin embargo la doctrina ha llega a establecer que la ponderación no tiene por fin la contraposición de dos derechos, donde uno sale victorioso, por el contrario ambos derechos suelen ser vulnerados, pero se tiene que propender que sea en un mínimo grado.

En este sentido la ponderación construye un modelo que responde a las necesidades de las intervenciones en cada principio, ya que no existe un peso determinado de manera taxativa por el legislador a cada principio en colisión al no existir jerarquía constitucional entre ellos, precisamente esto muestra sus ventajas, los efectos no son generalizados a todos los casos de conflictos, ya que la solución del caso es únicamente a las posibilidades concretas de una situación, y no se extiende a las demás colisiones al excluir la misma solución a las otras condiciones, este modelo no se caracteriza por universalizar los procedimientos de interpretación de los derechos y esto se debe porque los principios gozan una igualdad correlativa, todos se miran en un mismo nivel, que no se confunda esto con las circunstancias relativas al caso concreto, que son las posibles soluciones que arroja la ponderación para cada conflicto¹³².

¹³²BECHARA, Abraham- *“LA PONDERACIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”*. (Universidad Libre- Colombia) 2011. Pág. 53. Recuperado el 1 de agosto de 2012 en:

Es importante destacar que la ponderación como un método para la solución de conflictos entre principios y derechos, tiene que atender a las circunstancias del caso lo que permite enarbolar aun principio sobre los demás. Sin embargo esto no quiere decir que se vaya a desconocer el resto de derechos, ya que al estar en una misma jerarquía su importancia es preponderante en todos los casos; con lo que se atendería a la concordancia practica que tiene que existir en cada caso de ponderación.

El resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en pureza no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos¹³³.

Si atendemos a lo que dice Robert Alexy, en cuanto al fin de las normas, se entiende que estas sirven para garantizar los derechos fundamentales, los cuales no se distinguen esencialmente, ya que se supone que todos están en un mismo nivel constitucional, siendo todos de elevadísima abstracción y más grande importancia. De tal forma que el modelo de ponderación quita la fuerza normativa de los derechos fundamentales, degradándolos al plano de objetivos, programas y valores, perdiendo su “primacía estricta”.

Cuando se habla de ponderación se entiende que un derecho va a primar sobre el resto, pero para llevar a cabo esta técnica es necesario basarse en *parámetros racionales**, para evitar cualquier tipo de arbitrariedad o irreflexivamente llegar a una

http://200.30.74.19/Descarga/PDF/ciencias_Derecho/LA_PONDERACIÓN_y_LOS_DERECHOS_FUNDAMENTALES_ABRAHAM_ZAMIR_BECHARA_LLANOS.pdf

¹³³ MORRESCO, citado en: BECHARA, Abraham- “LA PONDERACIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”. (Universidad Libre- Colombia) 2011.Pág. 53. Recuperado el 1 de agosto de 2012 en: http://200.30.74.19/Descarga/PDF/ciencias_Derecho/LA_PONDERACIÓN_y_LOS_DERECHOS_FUNDAMENTALES_ABRAHAM_ZAMIR_BECHARA_LLANOS.pdf

*Es un juicio de valor que refleja más o menos adecuadamente una forma de vida articulada en el marco de un orden axiológico concreto, pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta.

conclusión. La ponderación de igual manera que otras herramientas del derecho a sufrido grandes críticas y ha tenido aciertos merecen ser destacados.

Entre las críticas más fuertes se encuentran las de Habermas, quien afirma que:

Con la teoría de la ponderación, el derechos es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad. Es cierto que de una ponderación de bienes o de valores los juicios deben poder “resultar”, pero semejante ponderación jamás nos podría “justificar”, tener por correcto el juicio¹³⁴.

Por su parte quienes están a favor de la ponderación la entienden como:

La ponderación es una parte de lo que exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de la proporcionalidad. Este se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas¹³⁵.

La ponderación es un método que si bien tiene que validar la importancia o supremacía de un derecho sobre los demás, su finalidad a alcanzar es superior en muchos sentidos, es necesario admitir que en el momento en que el juez pondera, produce que la primacía estricta de derecho sea vencida por el subjetivismo del caso, o por la discrecionalidad del juzgador, lo que podría llegar a producir que tal juicio carezca de valor considerándolo una aberración legal. Pero por otro lado hay que entender que sin esa jerarquización la coexistencia de ambos derechos es imposible, no por ser antagónicos sino por el derecho que protegen, esta es la única manera viable para optimizar el derecho y sus principios.

¹³⁴ ALEXY, Robert- “*DERECHOS FUNDAMENTALES, PONDERACIÓN Y RACIONALIDAD*”. Pág. 7. Recuperado el 1 de agosto de 2012 en: http://www.iidcp.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf

¹³⁵ *Ibidem*. Pág. 8.

En la ponderación hay un ganador y un vencido, hay un derecho que está siendo resguardado ante los demás, como ya se mencionó anteriormente, lo que se tiene que procurar es el menor grado de lesión para los derechos inmersos en el conflicto.

Ahora bien los derechos que se encuentran inmersos en el conflicto de ponderación en el tema objeto de esta investigación son dos, por un lado la presunción de inocencia, y por otro el derecho de la naturaleza. Este conflicto surge a partir de la reversión de la carga de la prueba, ya que estaría operando la presunción a favor de la naturaleza por encima del derecho a la presunción de inocencia. Es evidente que la presunción de inocencia tiene por objeto, el que una persona sea tratada y se reconozca su inocencia hasta que se demuestre lo contrario. Pero el derecho a la naturaleza es dual y pluridimensional, Raúl Brañes explica que

La consideración del ambiente como bien jurídico implica, por una parte, su definición desde el punto de vista de la ciencia jurídica, y por otra, reconocer que este concepto encierra en sí mismo una dualidad en la que se puede distinguir entre el ambiente propiamente tal y los elementos que lo integran.

Además de la colectividad como bien jurídico protegido, la protección ambiental es también pluridimensional, en la medida que afecta tanto a bienes jurídicos individuales de las personas integrados por la vida, la salud, y eventualmente también la libertad y dignidad humana, como al bien jurídico supraindividual, que alude a las propias condiciones de existencia de la sociedad como tal y del que es titular la colectividad humana. Con lo cual se demuestra que el objeto de protección constituye una confluencia o una síntesis de intereses individuales y colectivos.

La Constitución del Ecuador considera al ambiente como un bien jurídico propiamente, lo cual constituye el primer paso para la construcción de un sistema de responsabilidad ambiental en que la protección del ambiente sea susceptible de tutela por sí mismo¹³⁶.

¹³⁶ GUARANDA, Wilton –“ACCIONES JURÍDICAS PARA ESTABLECER RESPONSABILIDADES POR DAÑO AMBIENTAL EN EL ECUADOR”/ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH/ Quito, octubre de 2010. Recuperado el 18 de septiembre de 2012 en: http://www.inredh.org/archivos/libros/acciones_juridicas.pdf

Para este tipo de conflictos, la Asamblea de Montecristi dejó entrever dualidad de criterios, por un lado quienes afirmaron que dar derechos a la naturaleza se podía concebir como un avance histórico, hito en el Ecuador, pero al mismo tiempo se dijo:

La tesis de la naturaleza como sujeto de derecho funcionaría sólo si reconocemos a los derechos de la naturaleza a un valor absoluto y, por tanto, superior a los valores humanos creando un choque de posiciones. Los derechos existen por los seres humanos y para los seres humanos, por la simple e ineludible razón de que su lenguaje sólo tiene sentido para ellos. La posición de reconocer derechos a la naturaleza es más simbólica que práctica. Por un lado, obligaría al Legislador a tener mayor consideración por los animales, árboles y ríos, pero también podría actuar en sentido contrario del efecto buscado y generar efectos perversos¹³⁷.

Al mencionar efectos perversos se podría decir que es la inobservancia a la presunción de inocencia, tema que también fue discutido por los asambleístas, el problema surge a partir de la palabra “*potencial*”. El término potencial se refiere a una posibilidad, es decir puede suceder.

Lo que quiere decir que en realidad no ha habido ningún daño, o sea, la empresa o la compañía, lo que aquí se dice, aún no ha cometido absolutamente nada, aún no ha contaminado; sin embargo, a esta persona que no ha contaminado se le va a juzgar, porque alguna persona creyó que iba a contaminar pero aún no ha contaminado. Entonces, esto, en realidad no tiene la más mínima lógica, muy aparte que vulnere los derechos humanos fundamentales como por ejemplo, la Declaración de los Derechos Humanos en su artículo once, donde dice que todos tienen derecho a la presunción de inocencia, pero aun así en este caso, ni siquiera es que se tiene derecho a la presunción de inocencia cuando se ha cometido un delito, sino que aún no se lo comete, o sea, potencialmente lo podría cometer¹³⁸.

Es ineludible apartar la reversión de la carga de la prueba de la presunción de inocencia, más aun si se habla de un acto presuntivo. Se habla de ponderación cuando hay conflicto de derechos, sin embargo existe un verdadero conflicto de derechos cuando ni siquiera ha existido un delito. La ponderación persigue que un derecho

¹³⁷ ACTA 040- 29- ABRIL 2008. Págs. 49. Recuperado el 18 de septiembre de 2012 en:- E:\ARCHIVOS DE VARIAS IMAGENES\asamblea 2008 en eg (Espejoplana)\desde 35\acta-040.pdf

¹³⁸ *Ibidem*. Pág. 23.

sobresalga por encima de los demás, sin embargo siempre se buscará el menor grado de lesión para el otro derecho. La naturaleza bajo el nuevo paradigma constitucional es un sujeto de derecho, una de las medidas otorgadas para una tutela efectiva es la reversión de la carga de la prueba, su aplicación resulta errónea y aberrante si se habla de un daño que aún no existe.

Condenar a demostrar la inocencia de un acto que ni se ha cometido es totalmente ilegal e inconstitucional, es decir en este aspecto ni siquiera se debería considerar la ponderación ya que no hay delito que obligue al juez a ponderar entre derechos afectados, puesto que el único derecho afectado sería la presunción de inocencia .

El principio precautorio y el de indubio pro natura, son un respaldo que la legislación internacional ha creado para la protección de la naturaleza y el medio ambiente, al insertar este tipo de normativa, tiene por fin la aplicación de un criterio tolerante respecto a los recursos naturales, sobre todo cuando existe daño grave o irreversible, por lo que la falta de certeza no se utilizará para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación o resultados perjudiciales hacia el medio ambiente

La falta de certeza respecto del posible impacto ambiental negativo se traduce en el adagio “Indubio Pro Natura o Pro Ambiente”, en caso de duda debe favorecerse la protección del ambiente¹³⁹.

El diseño de un sistema de instrumentos de tutela ambiental inspirado en la implantación de la estrategia más eficaz para conseguir un modelo ambiental entraría dentro de las funciones legislativas constitucionales. Como también la conjunción de técnicas, su intercambio, la elección de instrumentos propuesta por el sector privado.

¹³⁹MEIER, Henrique- “*INTRODUCCIÓN AL DERECHO AMBIENTAL*”. Recuperado el 19 de septiembre de 2012 en:

http://www.xiiiderechoambiental.eventos.usb.ve/sites/default/files/Introducci%C3%B3n%20a%20Derecho%20Ambiental_2.pdf

Sin embargo, el conjunto de todos los instrumentos ha de estar inspirado en el principio "in dubio pro natura"¹⁴⁰.

Considerando el fundamento del principio "pro natura", es incuestionable el objetivo que pretende, el preponderar la protección a la naturaleza es sin duda una meta difícil de alcanzar esto se debe a que la legislaciones de cada Estado deben ser adecuarse e implementar todos los principios a más de prever una correcta política ambiental, es decir el panorama tiene que abarcar todos los aspectos, derechos, principios y en caso de vulneración una amplia gama que asegure la remediación del ambiente e indemnización por los daños provocados. En este caso siempre se atenderá a la existencia de un daño, más no a la existencia de un potencial daño. Principios como *indubio pro reo* e *indubio pro operario*, buscan obtener una situación más favorable hacia la parte más débil dentro de la relación procesal.

Al mencionar una situación más favorable, se refiere a que en caso de existir daño ambiental este tiene que ser reparado inmediatamente, ya sea por quien lo produjo o por Estado, ya que está en la obligación de velar por los derechos e intereses de las personas y la naturaleza. Sin embargo una vez más resulta incoherente incorporar la reversión de la carga probatoria cuando ni siquiera se ha producido el daño, principios de prevención y precaución implican el deber de tomar todas las medidas necesarias cuando se realice cierto tipo de actividades, de esta manera se mitiga la afectación ambiental que pueda existir.

Ponderar la presunción de inocencia y el principio de *indubio pro natura*, no tiene ningún objeto, el uno está dentro de la esfera de los derechos humanos y

¹⁴⁰PÉREZ, Alfonso- "*INSTRUMENTOS DE TUTELA AMBIENTAL*" Recuperado el 19 de septiembre de 2012 en: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/00/Instrumentos_Tutela_Ambiental.htm

fundamentales y el otro es un principio que tiene por objeto la protección y conservación del medio ambiente.

CONCLUSIONES

- Es importante destacar que este análisis en ningún momento ha intentado desvirtuar o desmerecer la importancia del Derecho Ambiental o del Ambientalismo Jurídico, por el contrario representan un avance social y cultural. Sin embargo, las medidas para la aplicación de este derecho como es el caso de la reversión de la carga de la prueba, tiene que ser analizado a fondo. No basta la aplicación de una norma para resolver el problema, el invertir la carga probatoria, no tiene por objeto encontrar al culpable de la manera más fácil, los procesos ambientales al igual que el resto de procesos, civiles, penales y administrativos, tienen que ser llevados con la mayor transparencia atendiendo a los principios y reglas generales del proceso, atendiendo a la legalidad del proceso.
- La relevancia y prevalencia de la presunción de inocencia en el ámbito procesal, es imposible de desconocer, desde su reconocimiento como derecho humano, es obligatoria el reconocimiento de la inocencia de una persona, hasta que se demuestre lo contrario. Sin embargo la aplicación indiscriminada de la reversión de la carga probatoria, evidencian que la presunción de inocencia es desconocida por completo, pasando a ser el demanda quien tiene que demostrar su inocencia, vulnerando derechos y garantías procesales.
- Pese a todos los elementos que se le han otorgado al juez para la resolución de conflictos, resulta inverosímil creen que no se la ha otorgado la facultad para decidir cuándo opera la reversión de la carga probatoria, ya que él único que puede medir las circunstancias del caso y ver la necesidad de aplicar dicha regla, pero por

el contrario en acciones por daño ambiental no existe este análisis por parte del juzgador este se tiene que remitir a la aplicación inmediata de la norma.

- La actual Constitución y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, abarcan a la ponderación, el sopesar derechos de la naturaleza, versus Derechos Humanos, no sólo resulta una ardua tarea, sino que de una u otra forma el menoscabo de un derecho garantizado constitucionalmente. Los juzgadores deben entender que la ponderación constitucional conduce a la mayor efectivización de derechos, pero sólo si es utilizada de una manera adecuada.
- Finalmente puedo decir que la reversión de la carga de la prueba no resulta ilegal, pero si está viciada de inconstitucionalidades y es contradictoria de la manera en que se la plantea en el Ecuador, esto se debe a dos motivos, en primer lugar no existe jurisprudencia, ni doctrina nacional que trate al respecto del tema, provocando que su aplicación este viciada, ya que ninguna de las reversiones que la legislación señal, se establecen los parámetros para su aplicación provocando que sea un herramienta discriminatoria dentro del proceso. Trastocando el aforismo de probar o sucumbir para el demandado. Por otra parte remitiéndonos a la reversión en materia ambiental resulta sumamente cuestionable el uso de esta herramienta procesal cuando existe daño potencial, es decir no se causado el daño, por lo que se estaría recayendo en una ilegalidad absoluta al culpar de un delito si aun no se lo comete y peor aun que se demuestre la inocencia de tal acusación.

RECOMENDACIONES

- La legislación ecuatoriana debe prever un marco normativo mucho más reglamentado en cuanto a lo que respecta a la reversión de la carga probatoria, es ineludible descartar su importancia y el beneficio que puede acarrear en el proceso; sin embargo, el hecho que una herramienta procesal como esta no se encuentre normada por completo puede acarrear inconstitucionalidad y graves violaciones a derechos fundamentales. Tanto la doctrina y jurisprudencia de otros países han desarrollado mucho más la reversión de la carga probatoria, las cuales pueden servir de ejemplo para el Ecuador más ahora que han entrado en boga nuevos derechos, los cuales requieren una normativa que pueda hacer eficaz su protección.

GLOSARIO DE TÉRMINOS:

1. **Acusatio.**-Imputar a alguien algún delito, culpa, vicio o cualquier cosa vituperable.
2. **Cognitio Extra Ordinem.**- Procedimiento civil romano, en principio extraordinario, que se utilizó durante el Bajo imperio y que a partir del s. III se consideró ordinario. Se caracteriza por realizarse en una sola fase y por la posibilidad de apelar.
3. **Compurgador/ Collaudantes.**- En la purgación canónica, cualquiera de los que en ella hacían juramento, diciendo que, según la buena opinión y fama en que tenían al acusado, crían que habría jurado con verdad no haber cometido el delito que se le imputaba y que no se había probado penalmente.
4. **Conjuradores.**- Ligarse con otro, mediante juramento, para algún fin.
5. **Culpa in vigilando // in eligendo.**- Es una expresión latina que puede traducirse como "Negligencia en la vigilancia". Reconocer la existencia de culpa in vigilando supone admitir que una persona es responsable de los actos que realiza otra sobre la que tiene un especial deber de vigilancia.
6. **Deuteronomio.**- Es el último de los cinco libros de Moisés.
7. **Diffamatio.**-Desacreditar a alguien, de palabra o por escrito, publicando algo contra su buena opinión y fama.

8. *Ei incumbit probatio, qui negación Dicit, qui no.*-La prueba incumbe a quien afirma, no a quien niega.
9. *Exemptio / Excepción.*- Parte de la fórmula que opone el demandado a las pretensiones del demandante contrarrestando la "intentio" a través de una serie de alegaciones a su favor.
10. *Éxodo.*- Segundo libro del Pentateuco, que cuenta en primer lugar la salida de los israelitas de Egipto.
11. *Iuris et de iure.*-Presunción establecida por la ley. No admite prueba en contrario.
12. *In extremis.*- En casos extremos, cuando no hay más alternativa. En la duda de su aplicación no procede. Descansar.
13. *Iuris tantum.*-Presunción establecida por la ley. Admite prueba en contrario.
14. **Juicios Inquisitoriales.**- Institución destinada a indagar y reprimir la herejía.
15. **Majores.**- El primero y más autorizado sujeto en una comunidad.
16. *Nemo tenetur edere contra se.*-Nadie está obligado a ir contra sí mismo, o confesar en su perjuicio.

17. *No liquet.*-Me abstengo porque no lo veo claro. Es una fórmula utilizada por los jueces medievales para expresar que no encontraban la solución al asunto que se les planteaba. Como es sabido, las legislaciones modernas adoptan la regla contraria, por la cual los tribunales nunca pueden dejar de sentenciar, debiendo emplear métodos de interpretación en caso de oscuridad o de laguna mental, tales como la extensión y la analogía.

18. *Onus probando incumbit actori.*- La necesidad de probar incumbe siempre al que demanda.

19. *Onus Probandi.*-Carga de la prueba.

20. *Ordäl.*- Proviene del anglosajón significa juicio.

21. *Ordalía.*- Medio de averiguación o prueba, usado por algunos pueblos primitivos, en la Edad Media europea y aun posteriormente y también fundado en el sometimiento ritual a prácticas destinadas a establecer la certeza, principalmente con fines judiciales. Una de sus formas es el juicio de Dios.

22. *Probatio Probatissima.*- Prueba muy probadora (es la confesión).

23. *Pruebas levior.*- Asuntos en que resulta difícil cumplir la carga de la prueba por circunstancias ajenas al titular.

- 24. Purgación Crónica / *Purgatione Canónica*.**- Prueba que los cánones establecen para el caso que uno fuere infamado o notado de un delito que no se puede plenamente probar, reducida a que se purgue la nota o infamia del acusado por su juramento y el de los compurgadores. El notado debe jurar que no cometió aquel delito, no por sí, ni por sustituta persona, ese juramento se llama de verdad.
- 25. Purgación.**- Desvanecer los indicios, sospecha que hay contra una persona.
- 26. *Purgatio*.**-Purificación o limpieza de una cosa que se hace eliminando lo que se considera malo o negativo.
- 27. *Purgatio Vulgaris* / *Purgatio con Juramento*.**- Es la inquisición o el examen judicial, en que por defecto de otra prueba, y para decidir la verdad de la inocencia o culpa del reo, se sometía a la experiencia de las ordalías, y otros modos también supersticiosos, e lícitos; porque o se tentaba a Dios con ellos para que hiciera milagros, o se usaban de medios vanos y no conducentes a la averiguación de la verdad.
- 28. *Res ipsa loquitur*.**-La cosa habla por sí mismo. Término jurídico, es evidente de que un hecho haya ocurrido, pero no se explica cómo.
- 29. *Semper necessitas probando incumbit illi, qui agit*.**-La necesidad de probar incumbe siempre al que demanda.

30. *Tema probandi.*-Todo hecho que precisa demostración en el proceso por constituir presupuestos de la decisión.

BIBLIOGRAFÍA:

- ALESSANDRI, Arturo - SOMARRIVA, Manuel - VODANOVIC, Antonio. (1998). **“TRATADO DE DERECHO CIVIL- PARTES PRELIMINAR Y GENERAL”** (Tomo II) – (Editorial Jurídica de Chile) Santiago- Chile.
- BETANCOURT, Fernández. (2007). **“DERECHO ROMANO CLÁSICO”**, Tercera Edición- Universidad de Sevilla, Colección: Manuales Universitarios. España.
- CABRERA, Benigno. (1986). **“TEORÍA GENERAL DEL PROCESO Y DE LA PRUEBA”**- (Editorial Marder)- Sexta Edición. Madrid- España.
- CARBONELLE, Miguel. (2011). **“NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES”**. (Editora Jurídica Cevallos) Quito. Ecuador.
- CÁRDENAS, Álvaro. (2011). **“INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL “MECANISMO DE SENSIBILIZACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS””**. (Librería Jurídica Cevallos) Quito – Ecuador.
- CASTRO, Dassen. – GONZALES Sánchez. (1997). **“CÓDIGO DE HAMURABI, Y CÓDIGO DE EUNUNA (2000 años antes de Cristo)”**, Lecciones y Ensayos No. 37.
- CHÁVEZ, Gina. (2008). **“EL DERECHO PROPIO: ¿DESTAPANDO LA CAJA DE PANDORA”**. Desafíos Constitucionales – La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito Ecuador.
- CHINCHILLA, Herrera. (1999). **“¿QUÉ SON Y CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?”** (EDITORIAL TEMIS S.A) Santa Fe de Bogotá- Colombia.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. (2004). **“LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL”**, Revista de Derecho, Año 1, N° 1. Lima-Perú.

ECHANDÍA, Davis. (2002). **“TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL”** – TOMO I– (Editorial TEMIS) Bogotá- Colombia.

ESCOBAR, Mirian. (2010). **“LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, EN LA MOTIVACIÓN DE UNA SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador.

FALCÓN, Enrique. (2003). **“TRATADO DE LA PRUEBA”**- (Editorial Astrea) Buenos Aires

FERNÁNDEZ, Mercedes. (2006). **“LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA PRACTICA JUDICIAL”** (Edición la LEY) Madrid- España.

FERRAJOLI, Luigi. (2007). **“EL PAPEL DE LA FUNCIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO. ESTADO DE DERECHOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCESO PENAL. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS. EN LA PRUEBA. REFORMA DEL DERECHO PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES”**. (Jurista Editores E.I.R.L) Lima- Perú.

“JUSTICIA, SOBERANÍA, DEMOCRACIA E INTEGRACIÓN EN AMÉRICA”. (2011). Universidad Andina Simón Bolívar. Ediciones la Tierra. Quito- Ecuador.

MAIER, Julio. (1989). **“DERECHO PROCESAL ARGENTINO”**- (Editorial Hammurabi) Buenos Aires- Argentina,

MONTAÑA, Juan. (2011). **“APUNTES SOBRE TEORÍA GENERAL DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”**. Aportes de Derecho Procesal Constitucional- Parte Especial N° 1- Garantías Constitucionales en el Ecuador. Tomo II. (Corte Constitucional del Ecuador) Quito- Ecuador.

- MONTESQUIEU, (1951). ***“EL ESPÍRITU DE LAS LEYES”***- Libro XII- Capítulo II. (Editorial El Ateneo) Madrid- España.
- MUÑOZ, Luis. (1997). ***“TÉCNICA PROBATORIA”***. (Editorial Temis). Bogotá- Colombia.
- PAZMIÑO, Marcelo- (2008-2009). ***“LA REVERSIÓN DE LA CARGA DEL ONUS PROBANDI EN EL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL”***- (Programa de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador.
- PENALVA, Alejandra. (2007). ***“LOS LIMITES DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA”***. (Ediciones de la Universidad de Murcia) Valencia- España.
- PIERO, Calamandrei. (1960). ***“LA CRISIS DE LA MOTIVACIÓN”***- Buenos Aires- Argentina.
- POLO, María Fernanda. (2011). ***“REPARACIÓN INTEGRAL EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL”***. Aportes de Derecho Procesal Constitucional- Parte Especial N° 1- Garantías Constitucionales en el Ecuador. Tomo II. (Corte Constitucional del Ecuador) Quito- Ecuador.
- PORRAS, Angélica. (2011). ***“LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES”***. Aportes de Derecho Procesal Constitucional- Parte Especial N° 1- Garantías Constitucionales en el Ecuador. Tomo II. (Corte Constitucional del Ecuador) Quito- Ecuador..
- PRIETO SANCHÍS, Luis. (2008). ***“EL JUICIO DE PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL”***. El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito- Ecuador.
- RIBEIRO, Eduardo, citado por CARBONELLE, Miguel. (2011). ***“NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES”***. (Editora Jurídica Cevallos) Quito. Ecuador.

ROSENBERG, Leo. (2002). “**LA CARGA DE LA PRUEBA**”- Segunda Edición en Catellano -(Julio Cesar Faira- Editor)- Montevideo – Buenos Aires

SANTOS, Jorge. (2006). “**INSTITUCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL**”. (TOMO I) Segunda Edición. (Pontificia Universidad Javeriana- Facultad de Ciencias Jurídicas) Bogotá- Colombia.

ZAIDÁN, Salim. (2012). “**NEOCONSTITUCIONALISMO <<TEORÍA Y PRÁCTICA EN EL ECUADOR>>**” (Librería Jurídica Cevallos) Quito- Ecuador.

REVISTAS / ARTÍCULOS:

“**NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL**”. Recuperado en: <http://www.brenesariasabogados.com/publicaciones/naturaleza-juridica-de-la-prueba.pdf>

AGUILÓ, Josep- “**NOTA SOBRE “PRESUNCIONES” DE DANIEL MENDONCA**”- (1999). Recuperado en: http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/D_oxa22_29.pdf

ALEXY, Robert- “**DERECHOS FUNDAMENTALES, PONDERACIÓN Y RACIONALIDAD**”. Recuperado en: http://www.iidcp.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf

ANDRADE, Santiago- “**VISIÓN JURÍDICA DE LA COMPETENCIA**”. Memorias de eventos de derecho constitucional. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Compilación de Memorias 2000. Impresión Abya- YALA. Quito- Ecuador. 2001.

ÁVILA, Ramiro. (2012). “**EL DERECHO DE LA NATURALEZA: FUNDAMENTOS**”. Recuperado en: <http://www.derechosdelanaturaleza.org/website/files/2011/01/El-derecho-de-la-naturaleza-Ramiro-Avila.pdf>

BECHARA, Abraham. (2011) “**LA PONDERACIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**”. (Universidad Libre- Colombia). Recuperado en: http://200.30.74.19/Descarga/PDF/ciencias_Derecho/LA_PONDERACIÓN_y_LOS_DERECHOS_FUNDAMENTALES_ABRAHAM_ZAMIR_BECHARA_LLANOS.pdf

BELDA PÉREZ, Enrique- “**LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**”- Recuperado en: dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=1060352

BENABENTOS, Omar. (2004). “**LA CARGA DE LA PRUEBA Y SU VARIACIÓN DE OFICIO POR EL JUEZ**”. Universidad Nacional del Centro de la Providencia de Buenos Aires. Buenos Aires- Argentina. Recuperado en: <http://www.cartapacio.edu.uy/ojs.antes.patch/index.php/ctp/article/viewFile/20/20>

GONZÁLES, Rafael. (2003). “**ALGUNOS RETOS DEL DERECHO AMBIENTAL EN EL SIGLO XXI**”. Revista de Ciencias Jurídicas. San Jose – Costa Rica. (Abril-Mayo).

GUDYNAS, Eduardo (2011). “**DESARROLLO, DERECHOS DE LA NATURALEZA Y BUEN VIVIR DESPUÉS DE MONTECRISTI**”. Recuperado en: http://www.ceda.org.ec/descargas/biblioteca/DEBATES_SOBRE_COOPERACION_Y_MODELOS_DE_DESARROLLO_Perspectivas_desde_la_Sociedad_Civil_en_el_Ecuador.pdf

LEÓN, José. (1978). “**LA CATEGORÍA DE LA OBLIGACIÓN IN SOLIDUM**”- (Publicaciones de la Universidad de Sevilla) Sevilla- España.

LORCA, Antonio María. “**LA GARANTÍA DE LA PRUEBA DE LA CAUSA PETENDI: PERTINENCIA Y CARGA PROBATORIA**”. Recuperado

en: <http://www.justiciayderechos.org/revista3/articulo/27%20La%20de%20la%20prueba%20causa%20-%20pertinencia%20y%20carga%20pr>

LLASAG, Raúl. (2010). “**DERECHOS DE LA NATURALEZA: UNA MIRADA DESDE LA FILOSOFÍA INDÍGENA Y LA CONSTITUCIÓN**”. Recuperado en: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/Actividadespadh/Informedh2010.pdf>

MARTÍNEZ, Germán – “**LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL SISTEMA MEXICANO DE JUSTICIA PENAL**”- Recuperado en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/26/RIJ26-12DMartinez.pdf>

MARTÍNEZ. Alejandro. (2001). – “**LA RELACIÓN ENTRE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y EL PODER JUDICIAL**”. Memorias de eventos de derecho constitucional. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Compilación de Memorias 2000. Impresión Abya- YALA. Quito- Ecuador.

MELO, Mario- “**DE MONTECRISTI A COCHABAMBA. LOS DERECHOS DE LA MADRE TIERRA EN DEBATE**”. Recuperado en: <http://www.repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2560/1/RAA-27-MeloDerechos%20de%20la%20Pachamama.pdf>

PEIRANO- Jorge. W. (2012) “**LA CARGA DEL APRUEBA COMO NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA**”. Revista Electrónica- Volumen 2- N-3. Recuperado en: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/images/stories/revista/REVISTA%20TEMAS%20ATUAIS%20DE%20PROCESSO%20CIVIL%20V2.%20N.3.pdf?page=4>

PRUTTING, Hanns- “**CARGA DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR PROBATORIA: LA INFLUENCIA DE LEO ROSENBERG Y KARL HAINZ SCHWAB PARA EL DESARROLLO DEL MODERNO DERECHO PROBATORIO**”. Revista Ius et Praxis, Año 16. N° 1. Recuperado en: <http://www.scielo.cl/pdf/iuseptp/v16n1/art15.pdf>

RAÑA. Walter- “**PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**”- Recuperado en: http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/PPI_WRA.pdf

SUÑEZ, Yoruanys- “*LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CARGA DE LA PRUEBA*”- Universidad de Cien Fuegos – Recuperado en: www.eumed.net/net/rev/cccss/20/yst.pdf

ZAFFARONI, Eugenio. (2011). “*LA PACHAMAMA Y EL HUMANO*”. Buenos Aires- Argentina. Recuperado en: <http://www.elcomahueonline.com.ar/wp-content/uploads/2012/03/La-Pachamama-y-el-humano.pdf>

ZAGREBELSKY, Gustavo (2003). “*EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHOS, JUSTICIA*”. Recuperado en: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex124/BMD000012418.pdf>

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA:

Sentencias:

Carga de la Prueba. Gaceta Judicial 13. (08- sep- 2003).

Carga de la Prueba. Gaceta Judicial 12. (24- jun-1998),

Daños ambientales. Resolución de Corte Constitucional 22. (RO -S 100: 11-Feb-2009).

Daños ambientales. Resolución del Tribunal Constitucional 675. (RO 63: 16- abr-2003).

FUENTES NORMATIVAS:

Constitución de la República del Ecuador 1998.

Constitución de la República del Ecuador 2008.

Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Ley de Gestión Ambiental.

Ley de Hidrocarburos.

Ley de Minería.

Acta 040- 29 de abril 2008

FUENTES DE CONSULTA INFORMÁTICAS:

Constitución del Ecuador del año 2008- Recuperado el 30 de junio de 2012
de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>

Constitución Política del año 1845- de 03 de diciembre de 1945. Recuperado el 30 de junio
de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1845.pdf>

Constitución Política del año 1850- 02 de marzo de 1851. Recuperado el 30 de junio de
2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1850.pdf>

Constitución Política del año 1851- 25 de febrero 1851. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1851.pdf>

Constitución Política del año 1852- 06 de septiembre 1852. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1852.pdf>

Constitución Política del año 1861- 10 de abril 1861. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1861.pdf>

Constitución Política del año 1869- 11 de agosto de 1869. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1869.pdf>

Constitución Política del año 1878- 06 de Abril de 1878. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1878.pdf>

Constitución Política del año 1883. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1883.pdf>

Constitución Política del año 1884- 13 de febrero 1884. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1884.pdf>

Constitución Política del año 1897- 14 de enero 1897. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1887.pdf>

Constitución Política del año 1906- 23 de diciembre 1906. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1906.pdf>

Constitución Política del año 1929- 26 de marzo 1929. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1929.pdf>

Constitución Política del año 1945- 06 de marzo 1945. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1945.pdf>

Constitución Política del año 1946. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1946.pdf>

Constitución Política del año 1967- 25 de mayo 1967. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1967.pdf>

Constitución Política del año 1979- Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1979.pdf>

Constitución Política del año 1998- Decreto Legislativo No. 000. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998. Recuperado el 30 de junio de 2012 de: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1998.pdf>

