

EL PROCESO AMBIENTAL EN LA CONSTITUCIÓN

Efraín Pérez*

RESUMEN:

El autor en el presente artículo evalúa los derechos constitucionales de la naturaleza y medio ambiente, así como la normativa constitucional y demás ordenamiento jurídico, el cual protege y establece responsabilidades por daños ambientales.

PALABRAS CLAVE:

Constitución.- Derecho Ambiental.- Responsabilidades.- Juicio Ambiental.- Carga de la Prueba.-

ABSTRACT:

The author in this article evaluates the constitutional rights of nature and environment, as well as the constitutional and other legal system, which protects and establishes liabilities for environmental damage.

KEY WORDS:

Constitution.- Environmental Law.- Liabilities.- Environmental trial .- Weight of Evidence.-

SUMARIO:

1.- Introducción.- 2.- La normativa constitucional del proceso por daños al medio ambiente.- 3.- Derechos constitucionales de la naturaleza.- 4.- Legitimación procesal.- 5.- Responsabilidad por daños ambientales.- 5.1.- Antecedentes: la responsabilidad subjetiva.- 5.2.- La responsabilidad objetiva.- 5.3.- La fuerza mayor en la responsabilidad estricta, objetiva o de riesgo.- 5.4.- Responsabilidad estricta en los daños por productos contaminantes tóxicos o peligrosos: CERCLA.- 6.- Imprescriptibilidad del derecho de accionar por daños ambientales.- 7.- Oportunidad de medidas cautelares en el desarrollo del juicio ambiental.- 8.- Inversión de la carga de la prueba.- 9.- Interpretación de las normas ambientales.-

* Abogado, doctor en Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil. Trabaja en Derecho Público y ha publicado libros y artículos sobre temas de Derecho Constitucional, Administrativo y Ambiental. Fue Vicepresidente de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN). eperez@estade.org

1.- Introducción.-

En el campo procesal del medio ambiente la Constitución 2008 introduce figuras del Derecho comparado, especialmente estadounidense, que son actualmente discutidas por la doctrina del proceso ambiental hispanoamericano, brasilero y europeo.

Por otra parte, la Constitución ecuatoriana de 1998, atribuyó legitimación procesal, es decir habilitación para comparecer en juicio, a “cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano”. No obstante, al año siguiente, 1999, se expidió la Ley de Gestión Ambiental, todavía vigente, que restringía la legitimación a “las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa...”¹, lo que claramente no incluye a “cualquier persona” o “grupo humano”. Pero, en las Acciones de Amparo, introducidas en la Constitución 1998, el Tribunal Constitucional admitió sin limitaciones las demandas presentadas por *cualquier persona*, en temas ambientales, por su carácter de derechos *difusos*, sin necesidad de demostrar interés o vinculación alguna.

Resulta demasiado temprano, quizá, para evaluar la aplicación que los juzgados y tribunales de estos nuevos preceptos constitucionales que se discuten en el presente artículo en los procesos ambientales, pero es indudable que ellos incorporan los criterios más avanzados de la doctrina contemporánea procesal en el Derecho Ambiental.

2.- La normativa constitucional del proceso por daños al medio ambiente.-

Sin perjuicio de figuras jurídicas para la conservación del medio ambiente que constaban con anterioridad en la Ley Suprema de la República relativas al proceso ambiental, se deben contemplar principalmente las siguientes, introducidas en la Constitución 2008:

Derechos de la naturaleza

1. “La naturaleza o Pacha Mama, *donde se reproduce y realiza la vida*, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos *vitales*, estructura, funciones y procesos evolutivos. (...) tiene derecho a la restauración”

... Arts. 71 y 72

Legitimación procesal

2. Legitimación procesal de “cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales”.

“Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar

¹ *Ley de Gestión Ambiental*, Ley 99-37, Registro Oficial No. 245, 30 de julio de 1999, codificada en el Suplemento RO N° 418, 10 de septiembre de 2004, Art. 43.

estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.” Art. 72.

Responsabilidad por daños ambientales

3. “La responsabilidad por daños ambientales es objetiva.” 396, 2° inc.

4. Responsabilidad subsidiaria del Estado. 397 “En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas.

5. Responsabilidad del operador de la actividad dañina. Art. 397, CRE: “... Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca.”

6. Responsabilidad de los diferentes actores. Art. 396, 3er inc., CRE: “Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños *que ha causado*, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.”

7. Responsabilidad de los funcionarios encargados del control. Art. 397, CRE: “La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental.”

Imprescriptibilidad del derecho de accionar por daños ambientales

8. Imprescriptibilidad de acciones ambientales. “Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles”. Art. 396, 4° inc., CRE

Oportunidad de medidas cautelares en el desarrollo del juicio ambiental

9. Medidas cautelares dentro del litigio. “posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio” Art. 397, 1., CRE

Inversión de la carga de la prueba

10. Inversión de la carga de la prueba del daño: “La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”. Art. 397, 1., CRE

Interpretación de las normas ambientales

11. *In dubio pro natura* Art. 395, 4., CRE: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.”

3.- Derechos constitucionales de la naturaleza.-

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

... Arts. 71 y 72, CRE.

El otorgamiento de “derechos” a la naturaleza” que se encuentra en la Constitución 2008 se ha discutido ampliamente desde el siglo pasado, más no consta en ningún texto legal o constitucional del derecho comparado con anterioridad.

Las referencias a la naturaleza en instrumentos internacionales, la contemplan como entorno *humano* o *vital* propiamente, en el sentido de ecosistema, es decir de medio físico en que se desarrolla la vida y del cual esta depende. Es el mismo enfoque adoptado por la Constitución 2008, que configura los derechos de la naturaleza “*donde se reproduce y realiza la vida*”.²

La primera objeción que surge frente a esta declaratoria de los derechos de la naturaleza es la imposibilidad de la naturaleza de hacer valer tales derechos por sí misma, sino solamente a través de terceros –cualquier “persona, comunidad, pueblo o nacionalidad”.³ Pero tal necesidad de vicario o representante legitimado no resulta un impedimento doctrinal y práctico para la existencia indiscutible de derechos determinados del ser humano en gestación o recién nacido o, del menor mismo, por ejemplo.⁴

La otra reflexión sobre la declaratoria de los derechos de la naturaleza, sobre la cual se ha enfocado más la crítica es el concepto mismo de “derechos”.

El concepto y las discusiones doctrinales sobre “derecho” han girado y giran sobre su atributo del “ser humano”, aunque se distinga entre ellos, como en el Derecho Romano: diferentes “derechos” o capacidades para mujeres, esclavos, extranjeros y el *populos romano*, de índole principalmente patrimonial, o propiamente *civiles*.

Contemporáneamente, surge la noción de los derechos universales “del Hombre” o “de la Humanidad”, pero siempre ligados al “ser humano”, que derivan a los actuales

² Art. 71, Constitución 2008.

³ Art. 72, Constitución 2008.

⁴ Código Civil: Art. 61.- [Protección de la vida del nasciturus].- La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

Art. 60.- [Principio de existencia legal de las personas].- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.

Constitución 2008: Art. 45-..... El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

...

“derechos humanos” o “derechos fundamentales”, sustentados principalmente en la dignidad y la libertad del ser humano.⁵

Una de las características elementales de los “derechos humanos” es la posibilidad de reclamarlos a través de las “garantías”, al punto de considerarse que no hay derechos si no es posible reclamar judicialmente su cumplimiento.⁶

Últimamente se discuten los “derechos de los animales” y la Convención de la Diversidad Biológica enfatiza el valor de la biodiversidad por sí misma, sin perjuicio de su utilidad para el ser humano. En el caso de los animales especialmente, su existencia de seres vivos los hace compartir valores con los seres humanos.

Las declaratorias internacionales relativas a la naturaleza, *por* la naturaleza o “a un medio ambiente ecológicamente equilibrado”, visualizan la naturaleza como necesaria para el desenvolvimiento del ser humano y protegida como tal.

Así, a falta de estos elementos, cabe preguntarse ¿en qué se basan estos “derechos” de la naturaleza? El texto constitucional se refiere al “mantenimiento y regeneración de sus ciclos *vitales*”; alude indudablemente a los seres vivos del ecosistema, incluyendo plantas, animales y toda clase de seres vivos en su medio, como virus y bacterias, así como el medio físico en que se desenvuelven.

La doctrina del derecho ambiental desde muy pronto constató que el clásico derecho civil, de índole patrimonial, no tenía instrumentos procesales para reclamar por daños ambientales, que no eran propiamente patrimoniales, en el sentido que no se les podía atribuir valor comercial y que tampoco tenían un propietario diferente del dominio estatal. Así, la “naturaleza” se encontraba jurídicamente desprotegida.

En 1965, WILLIAM O. DOUGLAS, quien fue presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, propuso una Carta (Bill) de Derechos (rights) de la Naturaleza (wilderness) para educar “al ser humano en una relación civilizada con la Tierra y la naturaleza”.⁷

Es verdad que con posterioridad, hasta la presente fecha, los rígidos estándares de la clásica legitimación procesal se han atenuado, con las “acciones de clase”, las intervenciones del *Ombusman* o de los defensores del pueblo en los temas de derechos del consumidor y protección ambiental. Por otra parte, SARMIENTO aplicó en Colombia la legitimación procesal en juicios posesorios especiales, contemplada desde el Derecho Romano, constante en el Código Civil de Andrés Bello, recogida por los códigos colombiano y ecuatoriano, que autoriza a cualquier persona del pueblo para entablar acciones populares de índole ambiental.⁸ La defensa de los derechos ambientales, en su calidad de *derechos difusos* también obtuvieron en Ecuador estatus procesal

⁵ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 49.

⁶ *Ibid*, p. 61.

⁷ DOUGLAS, WILLIAM O., *A Wilderness Bill of Rights*, Little Brown and Company, Boston, 1965, p. 175.

⁸ SARMIENTO, GERMÁN, *Las acciones populares en el Derecho Privado colombiano*, Banco de la República, Bogotá, 1988.

constitucional, para las acciones de amparo incoadas ante el extinto Tribunal Constitucional. Los principios de las acciones populares se introdujeron con posterioridad en la Constitución colombiana de 1991, a través de la Acción de Tutela.

Se puede concluir este acápite afirmando que el efecto procesal de la atribución de los derechos de la naturaleza es la legitimación procesal que corresponde a “cualquier” persona, grupo o comunidad para entablar una acción civil, administrativa, penal o constitucional por lesiones a estos derechos contra cualquier persona, natural o jurídica, que lesione sus derechos reconocidos.

4.- Legitimación procesal.-

Art. 397, 1., CRE “...cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental. . .”

Art. 71, CRE: “Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.”

La Constitución vigente reitera el otorgamiento de la legitimación procesal, es decir la habilitación para comparecer en juicio, de “cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales”. CARNELUTTI advierte sobre la diferencia entre la legitimación y la capacidad, que a veces se confunden. Incluso la legitimación requiere el interés en proponer la demanda, puesto que la parte puede tener legitimación procesal más no tener “interés de proponerla en el sentido de que el que la misma sea acogida no presenta para él ninguna utilidad práctica”. Por eso cita la ley italiana, que dispone: “Para proponer una demanda o para oponerse a la misma es necesario tener interés en ella”.⁹

Pero en el Derecho Procesal tradicional, para ser parte en el juicio no basta un interés cualquiera sino un interés directo, es decir de índole personal o incluso patrimonial, lo que no se compadece con la defensa de los derechos del medio ambiente y de la naturaleza.

La reforma constitucional de 1997 introduce la legitimación procesal de “cualquier persona” para entablar un proceso ambiental¹⁰, lo cual se ha reproducido en la reforma y codificación constitucional de 1998 y en la Constitución de 2008.

⁹ CARNELUTTI, FRANCESCO, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Colección clásicos del derecho, México, 1994, pp 77 y 78.

¹⁰ Artículo 48.- Sin perjuicio de los derechos de los ofendidos y los perjudicados, cualquier persona natural o jurídica podrá ejercer las acciones contempladas en la Ley para la protección del medio ambiente.” Constitución de 1978, codificada en 1997.

A pesar de la prescripción constitucional, en 1999 la Ley de Gestión ambiental, codificada en 2004, como fue señalado líneas arriba, requiere todavía un interés directo para reclamar por los daños ambientales.

Las anteriores constituciones ecuatorianas ya declaraban la supremacía constitucional sobre cualquier otra norma y su aplicación directa, pero la Constitución 2008, vigente, de manera más enfática, manda la aplicación directa de “las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos ..., aunque las partes no las invoquen expresamente”, por lo que los jueces deberían admitir las demandas por daños ambientales de “cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano”, en cumplimiento de la Ley Suprema.

5.- Responsabilidad por daños ambientales.-

“La responsabilidad por daños ambientales es objetiva.” 396, 2° inc.

Responsabilidad subsidiaria del Estado. 397 “En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas.

Responsabilidad del operador de la actividad dañina. Art. 397: “... Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca.”

Responsabilidad de los diferentes actores. Art. 396, 3er inc.: “Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños *que ha causado*, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.”

Responsabilidad de los funcionarios encargados del control. Art. 397: “La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental.”

5.1.- Antecedentes: la responsabilidad subjetiva.-

La principal fuente de las obligaciones es la contractual, es decir aquella asumida libremente en una convención con otra parte. Esta responsabilidad consiste en dos aspectos: el cumplimiento de lo pactado y las responsabilidades en que incurre el contratista incumplido.

Desde el Derecho Romano se establece también la responsabilidad originada por los llamados cuasicontratos y cuasidelitos, es decir la responsabilidad por *daños* ocasionados a terceros por culpa o dolo del responsable.

El tradicional principio de la responsabilidad es que corresponde la reparación de los daños al que los *ocasionó* directamente en forma voluntaria o culpablemente, siendo una causal de exoneración la fuerza mayor o caso fortuito.

Adicionalmente, desde el Derecho Romano, se atribuye responsabilidad extracontractual a una persona por los daños ocasionados por terceros bajo su dependencia¹¹, sometidos a su *potestas*, incluyendo los esclavos y los animales de su propiedad.

Finalmente, en el Derecho Civil se establece una responsabilidad frente a daños ocasionados por descuido o negligencia de los propietarios de una vivienda o edificio¹², que responden frente a terceros, aunque no se puedan identificar con precisión los culpables: se dividirá entre todos el monto de la indemnización.¹³

Todos estos aspectos de la responsabilidad se han recogido en el Derecho Civil contemporáneo, incluyendo el Código Civil de Andrés Bello y el Código Civil ecuatoriano.

Sus elementos más importantes son: 1. La existencia de un daño; 2. La culpa o negligencia; y, 3. Su nexa causal.

5.2.- La responsabilidad objetiva.-

La Constitución 2008, en consonancia con anteriores textos constitucionales desde 1967, establece la responsabilidad objetiva del “Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública”, por violaciones a los derechos de los particulares, lo que obviamente incluye los daños ambientales.¹⁴

Una aproximación a la responsabilidad estricta u objetiva, ya no del Estado sino de los particulares, es la responsabilidad por riesgo, que también consta en el Código Civil ecuatoriano. Esta responsabilidad corresponde a quienes asumen los posibles daños resultantes de actividades riesgosas, previstas.¹⁵

Esta norma se invocó para establecer la responsabilidad de PETROECUADOR, en la sentencia que se cita en lo pertinente:

¹¹ En el Código Civil ecuatoriano: Art. 2220.

¹² Según BARROS, citando a Kaser, “ya en el derecho romano se conocían casos de responsabilidad estricta basados en la peligrosidad de la conducta, referidos a la caída de objetos desde la parte superior de edificios y a los daños causados por animales peligrosos”. ENRIQUE BARROS BOURIE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

¹³ En el Código Civil ecuatoriano: Art. 2228., BARROS, *ob. cit.*, p. 456.

¹⁴ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ... El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

¹⁵ Art. 2229.

“... la teoría del riesgo, según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, generó a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el proyecto que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios. Es el riesgo provecho, que tiene su origen en la máxima romana ubi emolumentum ibi illus (allí donde se encuentra el beneficio está luego la responsabilidad). El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. [...] En otras palabras, el principio *onus probandi incumbit actori*, no es aplicable en los supuestos en que al actor se le releva de la carga de la prueba y se le transmite al demandado. Esta presunción opera, como hemos analizado en considerandos anteriores, cuando se trata del reclamo de reparaciones civiles por obligaciones extracontractuales derivados de daños por actividades o explotaciones peligrosas, en cuyo supuesto incumbe a la parte demandada la carga de la prueba de que el daño se produjo por causa mayor y caso fortuito, por culpabilidad de un tercero, o por culpabilidad exclusiva de la víctima [...] Los demandados ningún medio de prueba han aportado para demostrar que dicho incendio se debiera a fuerza mayor o caso fortuito. ...”¹⁶

En general, en el derecho comparado se manifiesta la necesidad de una ampliación del campo de la responsabilidad por el *carácter peligroso* de cosas o actividades determinadas.¹⁷

5.3.- La fuerza mayor en la responsabilidad estricta, objetiva o de riesgo.-

En el caso citado líneas arriba, la Sala determinó que la demandada no probó el caso fortuito o fuerza mayor, que corresponde como exoneración en la responsabilidad por riesgo. En la actualidad se atribuye responsabilidad en ciertas materias, como laboral, por riesgos del trabajo, donde la indemnización procede independientemente de la existencia o no de la fuerza mayor o el caso fortuito y solo exonera al empleador en caso de fuerza mayor “extraña al trabajo”.¹⁸

La exención por daños *extraños* al riesgo caracteriza esta clase de responsabilidad objetiva. Así, los daños ocasionados dentro del riesgo son responsabilidad del agente, con o sin falta, haya o no intervenido la fuerza mayor:

“En la medida que el criterio de atribución de responsabilidad estricta es el riesgo definido por la ley, el principio subyacente es que solo deben ser reparadas las consecuencias dañosas que se sigan de ese preciso riesgo [...] que cubran todo daño que

¹⁶ Registro Oficial N° 43, 19 de marzo de 2003, N° 229-2002, Juicio ordinario, (Recurso de Casación) N° 31-2002.

¹⁷ Cf. “Los regímenes especiales de responsabilidad”, en TERRE, FRANCOISE, PHILIPPE SIMLER e YVES LEQUETTE, *Droit Civil, Les obligations*, Précis Dalloz, París, 1993, pp. 667 y 668.

¹⁸ Código del Trabajo Art. 354. V. también Arts. 38, 347 y 353 del Código del Trabajo.

provenga del peligro creado por la actividad sujeta a *ese régimen de responsabilidad, aunque haya intervenido una causa ajena*” [...] Cuando se trata de riesgos graves, es usual que el caso fortuito o fuerza mayor no excluya la responsabilidad porque el interés del legislador es precisamente que quien desarrolla la actividad se haga cargo de cualquier riesgo asociado [...] En general, debe entenderse que mientras mayor sea la intensidad del riesgo creado por la actividad respectiva, menor debe ser la tolerancia frente a la excusa de la fuerza mayor.”¹⁹

5.4.- Responsabilidad estricta en los daños por productos contaminantes tóxicos o peligrosos: CERCLA.-

Desde 1980, la legislación estadounidense contempla una responsabilidad estricta que abarca la responsabilidad de las personas por la existencia de vertederos de productos contaminantes tóxicos o peligrosos dentro de su propiedad.²⁰ Para esta responsabilidad no se requiere falta, ni conocimientos ni actuación en el depósito de contaminantes tóxicos o peligrosos, solamente que la persona sea propietaria del sitio donde se encuentran tales productos, aunque sea depositados en su superficie o enterrados en el subsuelo, antes de haber adquirido la dicha propiedad.²¹ Las cortes han concedido unas pocas exenciones de responsabilidad por fuerza mayor o actos de terceros.

La responsabilidad es solidaria (cada persona es responsable por la totalidad de la indemnización), según esta ley, y aplica a generadores, transportistas, propietarios y operadores, salvo restringidas excepciones donde se autoriza la divisibilidad de la indemnización.

En unos de los primeros casos, a fines de la década de 1980, contra la compañía Monsanto, las cortes rechazaron la excepción que denunciaba la “retroactividad” de esta ley.²²

6.- Imprescriptibilidad del derecho de accionar por daños ambientales.-

Art. 396, 4° inc., CRE, Imprescriptibilidad de acciones ambientales. “Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles”.

La Constitución en concordancia con instrumentos internacionales, establece la imprescriptibilidad de acciones y penas para “delitos de genocidio, lesa humanidad,

¹⁹ BARROS, *ob. cit.*, pp. 475, 477 y 478. Énfasis añadido.

²⁰ Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA) 1980, también conocida como *Superfund*, reformada por Superfund Amendments and Reauthorization (SARA) 1984. La ley excluye el petróleo y gas natural, que se rigen por otras disposiciones.

²¹ Para exonerarse de la responsabilidad, el actual propietario debe probar que hizo las averiguaciones sobre la previa situación del terreno, ante de su adquisición. FINDLEY, ROGER W. y DANIEL A. FARBER, *Environmental Law*, West Publishing Co., St. Paul, 1996, p. 235; RODGERS, JR., WILLIAM H., *Environmentl Law*, West Publishing Co., St. Paul, 1994, p. 798.

²² FINDLEY y FARBER, *ob. cit.*, p. 230; Rodgers, *ob. cit.*, p. 683.

crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado”.²³ Asimismo, según la Constitución son imprescriptibles las acciones y penas para “los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito” de servidores públicos y miembros de cuerpos colegiados²⁴, así como “las acciones por responsabilidades administrativas o civiles causadas por la adquisición y manejo de deuda pública.”²⁵

Hay que notar la diferencia entre la prescripción de la *acción* y de la *pena*, que se distinguen en las normas constitucionales citadas, mientras la disposición ambiental declara la *imprescriptibilidad* de las “acciones ambientales”.

La acción es decir la solicitud al órgano judicial de solicitar una adjudicación judicial, tiene plazos de prescripción, una vez vencidos los cuales no es posible incoarla.

Por otro lado, la pena o sanción penal, en la normativa penal ecuatoriana y otras legislaciones prescribe “en un tiempo igual al de la condena”,²⁶ salvo las penas por delitos tipificados en el Título VIII, del Libro II, del Código Penal²⁷, que prescriben “en el doble del *tiempo de la pena máxima prevista*”. La prescripción de la pena “comenzará a correr desde la medianoche del día en que la sentencia quedó ejecutoriada”. Este principio contempla excepciones determinadas, como las penas “por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado”²⁸, de los “delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito”²⁹.

En consecuencia, la norma constitucional sobre la imprescriptibilidad de la acción, no contempla la imprescriptibilidad de la pena, por daños ambientales. No obstante, debe tomarse en cuenta que la prescripción de la pena se encuentra establecida para las sanciones por delitos penales. Pero en el Derecho Civil, no se encuentran disposiciones que contemplen la prescripción de las sentencias condenatorias al pago de indemnizaciones, que sería la mayoría de los casos de sentencias por daños ambientales. Es verdad que a nivel doctrinal se ha discutido la posibilidad de prescripción de la acción para solicitar la ejecución de la sentencia. La norma procesal ecuatoriana considera la prescripción de los títulos ejecutivos –siendo las sentencias uno de ellos– dentro del cinco años, pero como se trata de la prescripción de la *acción* y no de la sentencia misma, correría la imprescriptibilidad. En consecuencia, las sentencias condenatorias a indemnizaciones por casos ambientales no prescribirían, mientras las penas por delitos

²³ Art. 80, CRE; en concordancia con: Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, 1968, Convención Europea del 25 de enero sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad; y, Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional (CPI).

²⁴ Art. 233, CRE.

²⁵ Art. 290, CRE.

²⁶ Art.107, Código Penal.

²⁷ Art. Innumerado décimo quinto posterior al artículo 528, Código Penal. Libro II, Título VIII, Código Penal: “De la rufianería y corrupción de menores”.

²⁸ Art. 80, Código Penal.

²⁹ Art. 233, Código Penal.

penales ambientales, prescribirían según las normas comunes, es decir dentro de un plazo igual a la pena impuesta.

7.- Oportunidad de medidas cautelares en el desarrollo del juicio ambiental.-

Art. 397, 1., CRE. Medidas cautelares dentro del litigio. “posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio.”

Las medidas cautelares son de índole diversa, principalmente penal y civil, pero desde la Constitución de 1998, se contempla la medida cautelar *suspensiva* en acciones constitucionales. En la Constitución 2008 se amplía el campo de la medida cautelar “con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”³⁰, medida que puede solicitarse “conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos”.

En el proceso civil, el código respectivo contempla medidas cautelares determinadas, de las cuales serían aplicables, siempre que estén relacionadas con la traba de la litis³¹, según las normas comunes: recepción anticipada de testimonios,³² exhibición de la cosa y exhibición y reconocimiento de documentos,³³ órdenes de impedir el daño, durante la inspección judicial,³⁴ la prohibición de enajenar o imponer gravamen, la retención, el secuestro.³⁵ Estas tres últimas medidas se contemplan en el juicio ejecutivo, pero no en el ordinario, salvo una excepción. Se podría estimar que la posibilidad de solicitar estas medidas es autorizada para el juicio ordinario ambiental a base de la disposición constitucional que se comenta.

Por otra parte, las medidas cautelares constitucionales, según la Ley³⁶ tienen un alcance mucho mayor que las medidas cautelares del juicio civil, citadas líneas arriba³⁷ y, según la Ley “[l]a petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales”³⁸, es decir no autoriza expresamente la ley a presentarla conjuntamente con otras acciones de índole no constitucional, pero tampoco lo prohíbe en forma expresa. Por otro lado, la medida cautelar constitucional no se podría presentar ante el mismo juez del litigio, puesto que se encuentra actuando como juez de derecho común, en su caso, y sería incompetente *dentro del mismo proceso*, para actuar simultáneamente como juez constitucional. Pero nada impide que

³⁰ Art. 87. Constitución 2008.

³¹ Art. 116, Código de Procedimiento Civil.

³² Art. 237, Código de Procedimiento Civil.

³³ Arts. 64 y 65, Código de Procedimiento Civil.

³⁴ Art. 247, Código de Procedimiento Civil.

³⁵ Arts. 421 y 422, Código de Procedimiento Civil.

³⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre del 2009.

³⁷ “la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad [...], Art. 26, LOGJCC.

³⁸ Art. 32, LOGJCC

los actores del juicio de derecho común, planteen simultáneamente una medida cautelar constitucional, que podría recaer ante cualquier otro juez.

8.- Inversión de la carga de la prueba.-

Art. 397, 1., CRE). Inversión de la carga de la prueba del daño: “La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”.

La carga de la prueba es un principio tradicional del proceso. Le norma ecuatoriana la describe:

“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.”

“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.”³⁹

Como se expresó líneas arriba, la prueba corresponde a los hechos propuestos por las partes en la denominada traba de la litis, es decir los puntos que el actor afirma en su demanda y niega el demandado en su contestación de la demanda, es decir que el hecho no discutido no constituye objeto de prueba. MICHELI ha señalado acertadamente que “[e]l carácter de legitimado para accionar y para contradecir indica, pues, quién está legitimado para la prueba”.⁴⁰ Pero no hay que olvidar que, en todos los caso, “la regulación de la carga de la prueba depende de la regulación del derecho material.”⁴¹

La inversión de la carga de la prueba, según la doctrina, equivale a establecer una presunción, que corresponde desvanecer al demandado,⁴² pero en caso de no hacerlo, habiendo incertidumbre acerca de una afirmación “no hace imposible el fallo sino que el juez, en este caso, debe fallar en contra de la parte que soporta la carga de la prueba.”⁴³

La prueba de la inexistencia del daño potencial o real es una prueba *negativa*. En el derecho antiguo, se llegó a llamar este requerimiento procesal como *probatio*

³⁹ Arts. 113 y 114, CPC.

⁴⁰ MICHELI, GIAN ANTONIO, *La Carga de la Prueba*, Temis, 1989, p. 122.

⁴¹ LEÓN VARGAS, ROBERTO, *La Carga de la Prueba*, Edino, Guayaquil, 1988, p. 56.

⁴² *Ibid*, p. 176,

⁴³ ROSENBERG, LEO, *La Carga de la Prueba*, B. de F. Ltda., Buenos Aires, 2002, p. 30.

diabolica. En efecto, ¿Cómo puede probarse algo inexistente? En la actualidad, afirma ROSENBERG:

“La presunta *dificultad del suministro de la prueba* desempeña un papel importante, un no-hecho no podría probarse directamente, sino sólo de deducirse de que se percibe algo que no debería percibirse si el hecho existiera, o de que no se percibe el hecho que debería percibirse si fuera real. Efectivamente, un hecho negativo solo puede probarse de este modo, pero ello no obstante, esta última dificultad no es tan grande como se presenta.”⁴⁴

En el caso de la contaminación, resultando su existencia evidente, resta determinar el *nexo causal*. El demandado tendría que probar que tal contaminación no ha sido originada por él mismo, sin necesidad de suministrar la prueba de quién la originó. Todo lo cual no impide que el demandante contribuya con esta prueba.

9.- Interpretación de las normas ambientales.-

Art. 395, 4., CRE, *In dubio pro natura*: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.”

En la legislación ecuatoriana, este principio, de la interpretación favorable en caso de duda, consta desde la misma promulgación del código laboral, a inicios de siglo pasado: *in dubio pro laboro*.⁴⁵

Se ha establecido el mismo principio para la aplicación de derechos constitucionales.⁴⁶

En derecho internacional es ampliamente reconocido el principio *pro homine*, principio de interpretación más favorable a los derechos humanos.

A diferencia del principio *pro laboro* del Código del Trabajo, el principio *pro natura* de la Constitución no se refiere a la interpretación de las normas administrativas, sino a las “disposiciones legales”.

El principio citado, como se expresa en las diferentes declaratorias, aplica a las dudas sobre la *interpretación* de las leyes aplicables y no es aplicable en los casos de dudas sobre los *hechos*. Pero, como se señaló líneas arriba, cuando el juez, tiene esta clase de incertidumbre sobre los hechos, debe fallar contra el que tiene la carga de la prueba y no la ha producido.

⁴⁴ *Ibid*, p. 377. Énfasis en el original.

⁴⁵ Código del Trabajo: “Art. 7.- Aplicación favorable al trabajador.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.”

⁴⁶ LOGJCC: “Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.”