



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

“La inversión de la carga de la prueba en materia ambiental, el rol de los sujetos procesales en la acción judicial por daños ambientales”

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor:

Sebastián Mateo Barrera Zúñiga

Ci: 0106046956

Correo: smateo.barrera@gmail.com

Director:

PhD. Fernando Andrés Martínez Moscoso

Ci: 0103793444

Cuenca - Ecuador

08 DE OCTUBRE DEL AÑO 2020



Resumen: El presente trabajo de investigación tiene como objetivo general, analizar y comprender la institución jurídica de la Inversión de la carga probatoria de la inexistencia del daño ambiental potencial o real, como parte del nuevo constitucionalismo ambiental ecuatoriano; aplicando el método analítico, se parte del análisis doctrinario de la prueba judicial como punto de origen de la carga probatoria, de esta última se analiza su teoría, sus características y el punto de desequilibrio entre las partes procesales como causa del desplazamiento probatorio; posteriormente se aplica el método exegético de las actas de la asamblea constituyente de Montecristi, observando los factores, razones y posturas que en debate involucraron esta institución procesal, con la finalidad de determinar las intenciones del constituyente para su final reconocimiento como garantía constitucional; en consecuencia se desarrolla la parte teórica del daño de tipo ambiental, y se analizan los fundamentos que la doctrina nos aporta de esta institución, tales como el principio de precaución y la responsabilidad objetiva o de riesgo. Con los principales resultados se postula un concepto de la institución centro de estudio, asimismo se determina el espíritu que contiene esta norma en la Constitución del 2008, y se describe la actuación de los sujetos procesales en virtud de los elementos analizados, haciendo énfasis en las acciones constitucionales como medio idóneo para hacer efectivos los derechos ambientales, y en efecto, la ejecución de esta garantía procesal.

Palabras claves: Carga de la prueba. Garantía constitucional. Asamblea Constituyente. Derecho Ambiental. Daño ambiental. Responsabilidad objetiva. Principio de precaución.



Abstract: The general objective of this research work is to analyze and understand the legal institution of the Investment of the burden of proof of the inexistence of potential or real environmental damage, as part of the new Ecuadorian environmental constitutionalism; Applying the analytical method, we start from the doctrinal analysis of the judicial evidence as the point of origin of the evidentiary burden, from the latter its theory, its characteristics and the point of imbalance between the procedural parties as a cause of the evidentiary displacement is analyzed; later, the exegetical method of the acts of the Montecristi constituent assembly is applied, observing the factors, reasons and positions that involved this procedural institution in debate, in order to determine the intentions of the constituent for its final recognition as a constitutional guarantee; Consequently, the theoretical part of environmental damage is developed, and the foundations that the doctrine gives us of this institution are analyzed, such as the precautionary principle and objective or risk liability. With the main results, a concept of the study center institution is postulated, the spirit contained in this norm in the 2008 Constitution is also determined, and the performance of the procedural subjects is described by virtue of the elements analyzed, emphasizing the constitutional actions as the ideal means to enforce environmental rights, and in effect, the execution of this procedural guarantee.

Keywords: Burden of proof. Constitutional guarantee. Constituent Assembly. Environmental law. Environmental damage. Strict liability. Precautionary principle.



INDICE DEL TRABAJO

INTRODUCCIÓN.....	12
CAPITULO I	
1. INTRODUCCIÓN TEÓRICA A LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA	14
1.1 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA.	15
1.2 LA PRUEBA.....	17
1.2.1 ETIMOLOGÍA Y CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PRUEBA.	17
1.2.2 LA PRUEBA TRASCIENDE AL CAMPO JURÍDICO.	19
1.2.3 LA PRUEBA JUDICIAL EN EL DERECHO PROBATORIO.	20
1.2.4 GENERALIDADES DE LA PRUEBA JUDICIAL.....	21
1.2.5 NOCIÓN DEL ACTO PROBATORIO EN EL DERECHO AMBIENTAL.	28
1.3 LA CARGA DE LA PRUEBA.	29
1.3.1 NOCIONES PREVIAS	29
1.3.2 LA CARGA DE LA PRUEBA COMO OBLIGACIÓN JURÍDICA.	31
1.3.3 REGLAS SOBRE CARGA DE LA PRUEBA. LA CARGA DE LA PRUEBA COMO REGLA DE JUZGAMIENTO.....	32
1.3.4 LA DINÁMICA DEL ONUS PROBANDI.....	34
1.4 LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA A NIVEL DE LA DOCTRINA.	35
1.4.1 SU ORIGEN Y CONCEPTUALIZACIÓN.....	35
1.4.2 CRITICAS A LA CONCEPTUALIZACIÓN TRADICIONAL.....	39
1.4.3 CARACTERES DE LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA.	45
1.4.4 EL DESEQUILIBRIO DE LAS PARTES COMO PUNTO DE PARTIDA EN EL DERECHO AMBIENTAL.	46
CAPITULO II	
2. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA A LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA EN MATERIA AMBIENTAL.	49
2.1 LA CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI RECONOCE DERECHOS A LA NATURALEZA.	50
2.1.1 LA NUEVA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.	50
2.1.2 ECUADOR ES UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS.	52
2.1.3 LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS.	54
2.1.4 EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL ECUADOR Y SU PRINCIPAL NORMATIVA CONSTITUCIONAL VIGENTE.	58



2.2 EL ESPÍRITU DE LA NORMA. LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA EN LA CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI.....	64
2.2.1 PUNTO INTRODUCTORIO.....	64
2.2.2 DIAGNÓSTICO NACIONAL.....	65
2.2.3 LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA PRESENTADA AL DEBATE.	67
2.2.4 APOYO, SUGERENCIAS, EN OPOSICIÓN.	72
2.2.5 REFLEXIONES GENERALES.....	75
2.3 LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.....	77
CAPITULO III	
3.-LA TEORÍA DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA POR DAÑOS AMBIENTALES.....	83
3.1 NOCIONES GENERALES DEL DAÑO AMBIENTAL.	84
3.1.1 NOCION PREVIA DEL DAÑO AMBIENTAL.....	84
3.1.2 CONCEPTUALIZACION DE DAÑO ECOLOGICO PURO.....	88
3.1.3 EL IMPACTO AMBIENTAL Y EL RIESGO PERMITIDO.....	89
3.1.4 CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO AMBIENTAL.	92
3.2 FUNDAMENTOS DE LA INVERSION DE LA CARGA PROBATORIA EN MATERIA AMBIENTAL A NIVEL DE LA DOCTRINA.	93
3.2.1 EL PRINCIPIO DE PRECAUCION EN EL DERECHO AMBIENTAL.	94
3.2.2 LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AMBIENTALES.....	96
3.3 LA RELACION DE LOS SUJETOS PROCESALES CON AL CARGA PROBATORIA AMBIENTAL EN EL CONTEXTO ECUATORIANO.....	106
3.3.1 LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN MATERIA AMBIENTAL.....	106
3.3.2 FUNDAMENTOS DEL DESPLAZAMIENTO PROBATORIO EN MATERIA AMBIENTAL AL NIVEL ECUATORIANO.	108
3.3.3 LAS PRESUNCIONES LEGALES.....	114
3.3.4 TEORIA DE LAS CARGAS PROBATORIAS Y EL DEBIDO PROCESO.	116
3.4 LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA EN EL PROCESO JUDICIAL.....	121
3.4.1 LA VIA JURISDICCIONAL EFECTIVA.....	121
3.4.2. LA VIA CONSTITUCIONAL.....	123
3.4.3 EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL.....	125
CAPITULO IV	
CONCLUSIONES.....	129
4.1 CONCLUSIONES PRINCIPALES.....	130
4.2 CONCLUSION FINAL.....	133



BIBLIOGRAFÍA.....135
NORMATIVA.....141
INDICE DE GRAFICOS Y TABLAS142
ANEXOS143



INDICE DE ABREVIATURAS

CRE: Constitución de la República del Ecuador.

CODA: Código Orgánico del Ambiente.

COGEP: Código Orgánico General de Procesos.

LOGJCC: Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

CC: Código Civil.

GAD: Gobierno Autónomo Descentralizado.

RAE: Real Academia Española.



Cláusula de Propiedad Intelectual

Sebastián Mateo Barrera Zúñiga, autor del trabajo de titulación “La inversión de la carga de la prueba en materia ambiental, el rol de los sujetos procesales en la acción judicial por daños ambientales.” Certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 08 de octubre de 2020

Sebastián Mateo Barrera Zúñiga

0106046956



**Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio
Institucional**

SEBASTIAN MATEO BARRERA ZUÑIGA, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "La inversión de la carga de la prueba en materia ambiental, el rol de los sujetos procesales en la acción judicial por daños ambientales.", de conformidad con el Art. 114 del CODIGO ORGANICO DE LA ECONOMIA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACION, reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 08 de octubre de 2020

Sebastián Mateo Barrera Zúñiga

0106046956



DEDICATORIA

A mis padres.

A mis hermanos.

A mi ahijada.

A mis abuelitos.

Siempre serán mi más grande tesoro en
el fortuito cambiar de los tiempos.



AGRADECIMIENTO

Predomino el apoyo incondicional de mi familia, les amo con mi corazón.

Mi especial agradecimiento al Dr. Andrés Martínez, quien desde un inicio me apoyó admirablemente en el desarrollo del presente trabajo.

Agradezco a mi querida Universidad de Cuenca, hogar en el que conocí entrañables personas y amigos de vida.

Humildemente, a todas las personas que formaron parte de esta meta.



INTRODUCCIÓN

El desarrollo creciente de la materia ambiental, así como la paradigmática reflexión de reconocer derechos que le sean propios a la Naturaleza, es relativamente reciente dentro del universo jurídico, en este sentido, el aporte que Ecuador hizo en el mundo es algo histórico.

Con el reconocimiento constitucional de los derechos de la Naturaleza en la ciudad de Montecristi, el constituyente incorporó en el mandato ecológico una serie de principios y garantías ambientales, entre ellos, mecanismos novedosos de carácter procesal como la Inversión de la carga de la prueba de la inexistencia del daño ambiental potencial o real, dicho desplazamiento o inversión que sufre la carga probatoria hacia el gestor de la actividad o el demandado, es el eje central del presente trabajo.

De fondo, la complejidad investigativa que rodea esta garantía constitucional se origina en el contexto de que la Naturaleza ya no es un objeto, medio o fin humano, sino un sujeto de derechos, esto implica un cambio radical dentro del pensamiento social y jurídico, incluso sacude nociones de orden político y económico propias de la cultura ecuatoriana. En consecuencia, la incorporación de esta garantía ambiental produce una ruptura compleja del derecho tradicional, o las teorías jurídicas tradicionales que han marcado hasta la actualidad gran parte de nuestra normativa y de los dictámenes jurisprudenciales.

En virtud de aquello, si no se puede hablar aún de una verdadera materialización de los preceptos constitucionales de orden ambiental, menos aún se pronunciará una total adecuación y discernimiento de los sujetos procesales respecto a la aplicación de esta garantía constitucional, constituyéndose aquel el problema de investigación.

Por lo tanto, el tema en cuestión resulta interesante al observar que la carga probatoria se produce sobre el daño ambiental (daño ecológico puro), y al ser este



tipo de daño catalogado como de nueva especie, los fundamentos por los que se ocasiona el desplazamiento probatorio son de aspectos netamente ambientales y en parte contiene particularidades inherentes del Ecuador, siendo necesario deslumbrarse de todo aquello que impida comprender el alcance autónomo de esta institución jurídica.

Por consiguiente, la dificultad del estudio implica tener en claro nociones generales de la prueba y la teoría de las cargas probatorias dinámicas, así como las características del daño y los elementos que generan la responsabilidad de tipo ambiental, además, al ser una institución de orden constitucional, determinar la voluntad del constituyente a la par de vislumbrar axiomas constitucionales resulta fundamental. A fin, el propósito que se pretende alcanzar, es concentrar elementos claves y establecer propuestas que permitan a la sociedad y en particular a los sujetos procesales que acceden e intervienen en la administración de justicia, identificar la naturaleza, la aplicación procesal y la teoría que engloba esta garantía constitucional.

El papel que desempeña la academia universitaria frente a la sociedad es indispensable, pues es necesario invertir e impulsar toda investigación, que estimule el desarrollo y proceso formativo del derecho ambiental.



CAPITULO I

INTRODUCCIÓN TEÓRICA A LA INVERSIÓN DE LA CARGA
PROBATORIA



1.1 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA.

El presente trabajo antecede emblemáticamente, al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de Montecristi, hecho histórico de máxima relevancia que sin duda fue origen de cambios trascendentes en la cultura jurídica ecuatoriana y mundial.

El día 29 de septiembre del 2008, medios de comunicación como el diario ecuatoriano el Universo, titulaban en primera plana “Aprobada nueva Constitución” (Universo, 2008), pues un día antes, a través de las urnas electorales los ecuatorianos acudieron al referéndum aprobatorio de la nueva Carta Magna, apoyando el proyecto constitucional. Dicho texto fue redactado por la Asamblea Nacional Constituyente, la misma estuvo integrada por 10 mesas, una de ellas la mesa número 5 (Recursos Naturales y Biodiversidad), de esta manera formaba parte del debate constitucional constituir toda una estructura jurídica referente a los Derechos de la Naturaleza.

Con la promulgación de la Constitución del 2008, se presentaron cambios ideológicos-estructurales con referencia a las anteriores constituciones, tanto en aspectos de eje económico, sociales, políticos y ambientales; fundamentalmente se institucionaliza el Buen Vivir – Sumak Kawsay¹, siendo la innovación constitucional que nos catapultó frente a otros Estados, considerándose a nuestra Constitución como una de las más progresistas por su alto contenido axiológico y fuerza normativa vinculante. (Parra, 2015) De esta forma, Organizaciones internacionales reconocen al Ecuador como el primer país en el mundo en reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos.

En este sentido, el artículo 10 y 71 de la Constitución del Ecuador promulgan:

¹ Sumak Kawsay: definido por Paul Llasag como “un sistema de vida que permite la armonía con la naturaleza [...] es una forma de concepción del mundo que da lugar a un modelo de vida”.



“Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.”²

“Art. 71.- 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. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.”³

Este reconocimiento, implica que la naturaleza posee valores que le son propios, e independientes de las valoraciones que le adjudican las personas, consecuentemente, la naturaleza deja de ser un objeto que sirve como medio para fines humanos para volverse un sujeto de derechos (Gudynas, 2011). Eugenio Zaffaroni nos dice “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 humano”. (Zaffaroni, 2011) Por consiguiente, que el texto constituido abarque nociones como la Pachamama, identifica un desplazamiento desde el antropocentrismo⁴ hacia el ecocentrismo o biocentrismo⁵, un concepto de dignidad humana donde el individuo y la sociedad no son el centro del mundo. (Zaffaroni, 2011)

En consecuencia, la intención del constituyente de consolidar un esquema de derechos y garantías, constituye la necesidad transversal de reconocer innovaciones procesales de carácter ambiental, que evidencian la importancia constitucional otorgada al ambiente. (Echeverría, 2019) Como resultado, el legislador reconoce paralelamente principios y garantías constitucionales de carácter procesal, que desempeñan un rol importante en la

² Artículo 10. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

³ Artículo 71. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

⁴ Antropocentrismo: Teoría con fundamento en el ser humano como centro de todo accionar. (Ávila, El derecho de la naturaleza: fundamentos, 2010)

⁵ Biocentrismo: visión que pretende ver al mundo en su totalidad, y al ser humano inserto en el medio natural, teniendo en cuenta que el primero es dependiente de este último y no al revés. (Diegués, 2000)



práctica jurídica, salvaguardando los derechos de la naturaleza, así como de las personas que puedan resultar afectadas en la producción de un daño ambiental.

Por consiguiente, la Constitución de Montecristi expone mecanismos efectivos que permiten garantizar una correcta protección ambiental; en este marco, emerge constitucionalmente la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental, correspondiéndole al gestor de la actividad demostrar la inexistencia de daño potencial o real.

El presente estudio realiza un análisis sobre esta institución, siendo exigible partir de nociones doctrinales tanto sustantivas como procesales, que permitirá tener un conocimiento suficiente al momento de introducirnos a la implicación jurídico-procesal de la inversión de la carga de la prueba en el contexto práctico ecuatoriano.

1.2 LA PRUEBA

1.2.1 ETIMOLOGÍA Y CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PRUEBA.

Como lo hace notar Hernando Devis Echandía, a diferencia de lo que acontece con gran parte de instituciones y conceptos jurídicos, que incumben solo a determinada rama del derecho, como la civil, la penal, o la totalidad existentes, la concepción de prueba no solo tiene relación particular con el derecho, sino como lo expresa dicho autor, “trasciende al campo general de este, para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano, e inclusive, a la vida práctica cotidiana” (Echandía, 1981)

Según la lingüística⁶, actualmente la palabra «prueba» vendría a ser una expresión polisémica (Rivera R. , 2011), es decir, es una palabra que presenta varias acepciones o significados, cuyo contenido como lo veremos, dependerá del campo humanístico en que se desenvuelva.

⁶ Lingüística: De acuerdo a la RAE es el “Estudio teórico del lenguaje que se ocupa de métodos de investigación y de cuestiones comunes a las diversas lenguas”.



Así pues, la RAE presenta varias nociones que se tienen como prueba, desde las matemáticas se acepta como «una operación que se ejecuta para comprobar que otra ya hecha es correcta», desde las ciencias médicas como «análisis médico», a través un enfoque deportivo como «una competición», y a partir de un enfoque general como «acción y efecto de probar», o como «indicio, señal o muestra que se da de algo».

Sin embargo, todas estas extensiones provienen etimológicamente de la palabra latina *probatio*, del cual parten verbos como *probare*, o *probus* (bueno, honrado, que te puedes fiar en él), es decir, se refiere a algo suficientemente comprobado y de lo que se puede fiar; así mismo a consecuencia nace el latín *probo*, adjetivo que se utiliza con el valor de honesto, honrado o virtuoso. (DEE, 2010). Históricamente por probar se entendía buscar lo bueno, lo real, lo auténtico, por tal motivo la prueba impone demostrar algo por lo que se tiene duda.

A partir de aquello, considerando que la prueba proviene del latín *probatio* y que se entiende como la verificación o demostración de autenticidad, se comprende porque comúnmente se emplean términos como: aprobar, probabilidad, probatorio, probable, etc. En el estudio que se ha propuesto, se adopta su etimología orientándola hacia la comprobación en el campo jurídico, pues en casi todas las ciencias se aplica este concepto con una connotación más o menos similar.

Así como sucede en el derecho, cualquier investigador en cualquier campo e incluso el artista, necesaria y precisamente deben probar los hechos, sus resultados, efectos y las causas de aquellos, procurando una reconstrucción del pasado, estudiar el presente, deducir los futuros (Dellepiane, 2011).

De esta manera, “todos los operadores de las diversas disciplinas científicas y sociales tienen que probar sus tesis o hipótesis. Probar en este sentido es convencerse y convencer a otros de la existencia o de la verdad de algo. Probar es, pues, producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas sobre la existencia o inexistencia de un hecho, o de la



verdad o falsedad de una proposición. Puede decirse también que probar es evidenciar algo, o sea, lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales” (Rivera R. , 2011)

En efecto, la noción de prueba se encuentra presente en toda clase de exteriorización humana, pero que, según el tipo de actividad o ciencia en la que se emplee, sufrirá variaciones técnicas, que serán objeto de observación para desatender toda noción ordinaria o vulgar que se tenga de la prueba.

1.2.2 LA PRUEBA TRASCIENDE AL CAMPO JURÍDICO.

Se ha observado, la noción de prueba puede ser analizada desde diferentes sectores de las ciencias naturales y sociales, pues presenta un carácter polifacético⁷; Silva Melero, aproxima la noción de prueba al campo jurídico, y plantea que la prueba procesal “no es más que un aspecto de la prueba general que, en el mundo de los valores, se nos ofrece de un modo polifacético, que unas veces se relaciona con el tráfico jurídico general; otras, afectando al dominio de la lógica, al de la investigación en las diferentes ciencias, y adquiriendo particular relieve en las investigaciones sociales y humanas” (Melero, 1963)

Con esto manifiesto, que en las ciencias en general, el problema de la prueba no es un problema distintivo en la ciencia del Derecho, en definitiva, el concepto probar vincula comúnmente a los conceptos de demostración y contrastación. Así trasciende al campo jurídico en el denominado derecho probatorio.

El Dr. Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico manifiesta que prueba “Es la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa, o de la realidad de un hecho; es también la persuasión o convencimiento que se origina en otro y

⁷ Polifacético: Que presenta varias facetas o aspectos.



especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido” (Cabanellas, 1982)

Según el Vocabulaire Juridique, prueba es la demostración de la realidad de un hecho, estado, circunstancia u obligación, siendo responsable de su administración la parte que reclama este hecho o la obligación de la cual afirma ser acreedor.

Es evidente la trascendencia que la prueba ocupa en el mundo jurídico, pues no se requiere mayor esfuerzo para imaginar la importancia que representa; sin esta, los derechos que ostenta una persona frente a cualquier sujeto, sea de carácter público o privado, carecerían de eficacia o fueran aparentemente inexigibles.

1.2.3 LA PRUEBA JUDICIAL EN EL DERECHO PROBATORIO.

Un sector de la doctrina se ha ocupado por analizar la diferencia existente entre pruebas judiciales frente al derecho probatorio, si bien emergen por el mismo objeto de estudio -la prueba-, generalmente dicha distinción ocurre por la dimensión procesal que pertenece a cada una de ellas.

Al respecto, Antonio Rocha menciona que por derecho probatorio se entiende, una materia más amplia de la cual forman parte las pruebas judiciales, pero que en general comprende “la verificación social de los hechos” (Rocha, 1967), es decir, el derecho probatorio es el género, donde la prueba judicial constituye especie de tal género.

Por otro lado, los conceptos que la doctrina aporta sobre la prueba judicial resultan más apegados a la materialidad de la actividad probatoria en el campo jurídico, pues tiene aplicación solo en el proceso, es decir, a la controversia judicial. Carnelutti define a la prueba judicial como “el conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos”. (Carnelutti, 1995)



En definitiva, ambas son instituciones que emergen de las múltiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesalmente. Pero es en el derecho probatorio donde puede separarse tanto la parte sustancial de la parte procesal de esta rama del derecho, no así en las pruebas judiciales, porque su carácter es puramente procesal. (Echandía, 1981). La idea de conceptualizar estos criterios, es adecuado por la importancia de la dimensión procesal que aparece a consecuencia de la actividad probatoria, pues es herramienta fundamental dentro del proceso.

A partir de este punto, el estudio enfocará el análisis de la prueba observada únicamente desde la actividad jurídico-procesal, es decir, lo que generalmente atañe en la administración de justicia, sus órganos, la actividad procesal de las partes y al campo normativo existente, y consecuentemente tener una aproximación adecuada para emprender el tratamiento de la carga de la prueba.

1.2.4 GENERALIDADES DE LA PRUEBA JUDICIAL.

1.2.4.1 NOCIONES PREVIAS.

Empieza este breve apartado advirtiendo que, en diferentes sectores de la doctrina al abordar la noción de prueba en el campo jurídico-procesal, surge una dificultad por la diversidad de nociones del vocablo, pues se considera que la prueba judicial está conformada por una triple fisonomía.

De esta manera, unos hablan de la prueba procesal como actividad, como medio y como resultado. (Taruffo, 2010) Podemos identificarla en primer lugar, como una actividad pues se desarrolla al interior del proceso, mediante el cual las partes procesales aportan los antecedentes o fundamentos necesarios para sustentar sus alegaciones, en este sentido “la prueba aparece en un aspecto dinámico, integrada por una variedad de factores que se



encuentran en constante movilidad, con intervención de los litigantes y del juez, de todo lo cual se obtiene la determinación de los hechos” (Taruffo, 2010)

Asimismo, la prueba judicial aparece como una institución jurídica que requiere de elementos o herramientas que le sirvan de soporte, lo que en las legislaciones se lo ha denominada como “medios de prueba”, aquello “que utiliza el juez para determinar la materia factual del juicio” (Abellan, 2004).

Finalmente, la prueba constituye un resultado, es decir la conclusión a la que llega el juzgador en conclusión de los fundamentos incorporados al proceso. (Meneses, 2008)

Por otro lado, coincidiendo con la conceptualización estructurada de la prueba judicial, se afirma que pertenecen a esta triple fisonomía los medios de prueba, la prueba y objeto de la prueba. (Morón, 1993)

Constituyen como -prueba- el procedimiento de probar o acreditar los hechos afirmados, es decir, la actividad como manifestamos en el párrafo anterior. En tanto, el “medio de prueba” constituye el instrumento a través del cual se busca lograr la convicción sobre el acaecimiento de un hecho particular. (López, 1996) Y en tal sentido, se toma como último elemento el objeto de la prueba judicial, considerado como las afirmaciones, es decir, los hechos narrados y afirmados por las partes frente al juez.

De lo expuesto, se aclara este apartado a partir de una tercera consideración expuesta por Echandía, manifestando que por noción de prueba judicial se entiende conceptos tanto como a) los medios de prueba, que los define como elementos o instrumentos que sirven para llevar los hechos al conocimiento del juez, el cual sería el aspecto formal; b) las razones o motivos que fundamentan la proposición de la existencia o de la verdad de los hechos, es el aspecto esencial o sustancial, y c) el convencimiento o credibilidad que a través de ellos se produce en la mente del juez acerca de los hechos, el cual es el aspecto subjetivo. (Echandía, 1981)



En definitiva, se puede aceptar para el presente estudio la existencia de conceptos que son inherentes a la prueba judicial, al respecto si bien no son los mismos, coinciden naturalmente al considerar que está constituida necesariamente por instrumentos o medios de prueba, además que la prueba es ciertamente un conjunto de actividades integrada por los motivos o razones que sirven para llevar al juez sobre la certeza de los hechos, y que es consecuente a un resultado, la convicción que se genera en la mente del juzgador.

Sin profundizar, es conveniente distinguir la noción de prueba en un sentido estricto de la noción de medios de prueba. De esta forma, por prueba se entiende las razones o motivos que sirven para llevar al juez sobre la certeza de los hechos, también se la concibe técnicamente como “el procedimiento probatorio”, es decir la prueba es la totalidad del conjunto de actividades para acreditar los hechos; mientras que los medios de prueba, son los instrumentos que las partes suministran para probar esas razones o motivos, es decir, jurídicamente los medios de prueba forman parte tan solo de un acto procesal, así pues, puede que un medio de prueba al final del proceso, no contenga prueba o certeza de nada. (Meneses, 2008)

1.2.4.2 FINALIDAD DE LA PRUEBA JUDICIAL EN EL PROCESO.

Observa Carnelutti, que la expresión prueba en el lenguaje común es utilizada “como comprobación de la verdad de una proposición afirmada” (Carnelutti, 1995), y en un sentido jurídico, por probar podemos asimilar la comprobación, no de los hechos sino de las afirmaciones; pero en el mismo lenguaje común, la noción de prueba sufre una alteración en virtud de lo cual la prueba no simboliza solo comprobación, sino asimismo, el procedimiento o la actividad usada para la comprobación.

Jeremias Betham manifestó, que “el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas” (Betham, 1959). Al respecto, “el juez está en un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas, detrás de él, el enigma del pasado, y adelante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba y agrega: “La prueba es el corazón del



problema del juicio, del mismo modo que este es el corazón del problema del pensamiento”.
(Carnelutti, 1995)

Por consiguiente, la administración de justicia sería inconcebible sin la prueba, el juez a través de esta se pone en contacto directo con la realidad del caso concreto que se ventila, de esta manera, si el juez no conoce con certeza las características y circunstancias consecuentes del proceso le va a ser imposible aplicar la ley.

La idea por finalidad de la prueba ha evolucionado constantemente y ha ido tomando otros conceptos, su conceptualización clásica gira en torno al convencimiento del juez de los hechos; no obstante, contemporáneamente se le atribuye un enfoque más garantista, interconectado con otros derechos, constitucionalmente se habla de un derecho constitucional a la prueba. Al respecto el Código Orgánico General de Procesos⁸, en su artículo 158, determina que *“La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”*.

No cabe duda, que la finalidad de la prueba está intrínsecamente relacionada a la concepción del proceso, y se menciona *“Dos son los enfoques fundamentales en el derecho procesal contemporáneo: a) el cognoscitivismo racional garantista, fundado en que en el proceso se debe administrar justicia, por tanto, uno de los principales propósitos es establecer la verdad y que ésta sea rasgo esencial de la decisión (Ferrajoli, 1995); b) el garantismo procesal, puesto que reducen las garantías a la actividad de las partes dentro del proceso, y afirman que el objetivo principal del proceso judicial es resolver el conflicto entre las dos partes del caso concreto”* (Rivera, 2011)

Como se desarrolló en el epígrafe anterior, el convencimiento del juez es considerado como una de las nociones conceptuales de la prueba, ese aspecto subjetivo; me permito considerar que en cualquier proceso, la naturaleza finalista de la prueba no sería únicamente el convencimiento del juez, ya que en mayor proporción el desarrollo probatorio es produce

⁸ Artículo 158. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial N° 506



por el interés de las partes, las partes procesales ostentan la prueba y son quienes acuden a la administración de justicia para hacer efectivos sus derechos subjetivos, por lo tanto, la finalidad de la prueba sería también el medio para buscar la declaratoria de esos derechos subjetivos o a su vez extinguirlos o modificarlos, no confundo tal manifestación con el derecho de acción sino puntualizo que aquella actividad probatoria va más allá del convencimiento del juzgador, es decir, también forma parte de una noción garantista de las partes y de la sociedad, para alcanzar la justicia anhelada.

1.2.4.3 PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA JUDICIAL.

Devis Echandía sostiene que, al existir una unidad general de la institución de la prueba judicial en las diferentes ramas del derecho, es posible unificar los principios generales de las pruebas, sin embargo, principios como la oralidad estarán en desacuerdo con esta noción de unidad, pero aquello dependerá únicamente por su regulación legislativa, es decir, por su política legislativa, más no por razones de naturaleza o función. (Echandía, 1981)

A continuación, se hará una exposición de los principios que según Echandia no pueden desconocerse de una teoría general de la prueba judicial, que indudablemente servirá más adelante para comprender la esfera de la actividad probatoria de los sujetos procesales.

Tabla 1 :Principios generales de la prueba judicial

PRINCIPIO	CONCEPTUALIZACION
1. P. de la necesidad de la prueba	Hace referencia a que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso
1. P. de eficacia jurídica y legal de la prueba	Si la prueba es admitida al proceso debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez al convencimiento o la certeza sobre los hechos, y el juez libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia o inexistencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados.



2. P de la unidad de la prueba	Significa este principio que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez como un todo.
3. Principio de la comunidad de la prueba	Establece que la prueba no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que sólo a éste beneficie.
4. P. del interés público de la función de la prueba	Siendo el fin de la prueba llevar la certeza a la mente del juez para que pueda fallar conforme a justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso, como lo hay en éste, en la acción y en la jurisdicción.
5. P. de la lealtad y probidad o veracidad de las pruebas	No debe usarse la prueba para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaño.
6. P de la contradicción de la prueba	Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla.
7. P. de igualdad de oportunidades para la prueba	Las partes deben disponer de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, persigan o no contradecir las aducidas por el contrario.
8. P. de la publicidad de la prueba	Debe permitirse a las partes conocer las pruebas, y en su efecto, intervenir en su práctica, y objetarlas de ser el caso.
9. P. de la formalidad y legitimidad de la prueba	Este principio tiene dos aspectos: con arreglo al primero, para que la prueba tenga validez se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley; el segundo exige que se utilicen medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla.
10. P. de la legitimación de la prueba	Exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para aducirla.
11. P. de la preclusión de la prueba	Es la formalidad de tiempo y oportunidad para practicar la prueba.
12. P. de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba	Es el contacto directo en audiencia del juez con los sujetos procesales.



13. P. de la imparcialidad	La dirección del debate probatorio por el juez impone necesariamente su imparcialidad frente a las partes procesales.
14. P. de la originalidad de la prueba	Significa que la prueba en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar.
15. P. de la concentración de la prueba	Debe procurarse practicar la prueba de una vez, en una misma etapa del proceso.
16. P. de la libertad de la prueba	Es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes.
17. P. de la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba	Pertinencia: el hecho que se pretende demostrar con la prueba debe tener relación directa con el hecho investigado. Conducencia: es la idoneidad legal que tiene la prueba para demostrar determinado hecho asunto de la controversia. Utilidad: refiere a que con tal prueba pueda establecerse un hecho materia de controversia.
18. P. de licitud de la prueba	Este principio se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba, tal prueba carecerá de valor jurídico.
19. P. de la obtención coactiva de los medios materiales de la prueba	Tal principio permite al juez el allanamiento de inmuebles, el acceso a los archivos públicos y privados, e imponer ciertas coacciones a las partes y testigos para que comparezcan al proceso.
20. P. de la evaluación o apreciación de la prueba	Cualquiera que sea el sistema legislativo que rijan, la prueba debe ser objeto de valoración en cuanto a su mérito para llevar la convicción al juez.
21. P. de la carga de la prueba	Es la carga de una de las partes de suministrar la prueba de ciertos hechos, siendo también una regla de conducta para el juzgador, en virtud de la cual puede fallar de fondo cuando falta la prueba del hecho.
22. P. de la oralidad en la práctica de la prueba	Es un principio aceptado por la doctrina, pues el sistema oral favorece la inmediación, la contradicción y la mayor eficacia de la prueba.
23. P. de la no disponibilidad de la prueba	Significa que no le corresponde a la parte ningún derecho a resolver si una prueba que interese a los fines del proceso debe ser o no aducida.
24. P. de la gratuidad de la prueba	El Estado debe satisfacer el servicio público de justicia de manera gratuita, sin gravar económicamente a las partes por la recepción y práctica de los medios probatorios.



Fuente: Elaboración propia a partir de: (Echandía, 1981)

De la lectura de los principios expuestos, se concluye que es posible hablar de una teoría general de la prueba judicial, y que las nociones doctrinarias de la prueba así como sus principios, funcionan como cimiento en la comprensión de la actividad probatoria en la mayoría de las ramas que traduce el derecho, así como en el derecho ambiental, que si bien por su naturaleza legislativa sufre mutaciones, de todas formas no inobserva estas nociones generales.

1.2.5 NOCIÓN DEL ACTO PROBATORIO EN EL DERECHO AMBIENTAL.

En el Derecho Romano, existe un antiguo aforismo que expresa “a quien afirma, incumbe la prueba” (*affirmanti incumbit probatio*), proveniente del principio latín *onus probandi*, conocido como -la carga de la prueba-, institución jurídica central del presente estudio.

Tal expresión señala que, la obligación de probar incumbe a quien alega un hecho o reclama un derecho. (DEJ, 2020) Aquellas locuciones han sentado las bases del tratamiento procesal en las diferentes ramas del derecho.

En el derecho ambiental la situación procesal es compleja, con el reconocimiento del denominado “paradigma ambiental”, sin duda como lo expresa Néstor Cafferatta, se ha producido una variación en la cultura jurídica en general, pues se ha puesto en revisión, en cambio y en ebullición todas las estructuras clásicas del derecho. (Cafferatta, 2010)

En el derecho ambiental ecuatoriano, el campo probatorio no es la excepción a la ruptura de las nociones tradicionales, pues gran parte de la demostración o comprobación de los hechos afirmados son asumidos por la parte accionada, es decir, a diferencia de lo que normalmente acontece en la actividad probatoria, la parte demandada es quien debe asumir la carga probatoria de las afirmaciones expuestas por el actor, produciéndose una inversión de la mencionada carga de la prueba.



Una vez revisado consideraciones muy generales sobre la prueba en el ámbito jurídico procesal, corresponde en el siguiente punto analizar brevemente la institución de la carga de la prueba, campo de estudio proveniente de la prueba judicial, y en posterior continuar con mayor amplitud la dinámica de la carga probatoria, sus implicaciones y desenvolvimiento en el derecho ambiental ecuatoriano.

1.3 LA CARGA DE LA PRUEBA.

1.3.1 NOCIONES PREVIAS

La historia de la carga de la prueba se ha caracterizado por ser la historia de la búsqueda de una regla general que determine quién debe asumir las consecuencias de no probar una afirmación. (Aroca, 2012)

Generalmente, el concepto de carga probatoria se atribuye a una de las reglas concretas del *onus probandi*, de esta manera es común definirla como “aquel que alega un hecho debe probarlo”, a tal punto de haberse institucionalizado esta regla en generalidad de legislaciones.

En el derecho romano, la carga probatoria correspondía por igual a ambas partes. En el periodo clásico existieron normas que asignaban indistintamente la carga en cada caso, con un criterio práctico de equidad, o le dejaban esa tarea al juez a la manera de árbitro.

Posteriormente, en el derecho Justiniano, surgieron principios generales y, en particular, el fundamental que ponía a cargo, a quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho como base de su acción o excepción la prueba de él, ya fuera actor o demandado. (Lessona, 1928). En un principio, le correspondía probar únicamente a quien afirmaba un hecho, más



no a quien lo negaba, posteriormente se aceptó la idea que, quien plantea una excepción también debía probarla.

En nuestra legislación, el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, en lo primordial establece:

“Art. 169.- Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.

La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

(...) En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado.

También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley”

Como se puede observar, el COGEP⁹ reconoce algunas nociones que se han observado de la carga de la prueba; es preciso hacer algunas precisiones:

- a) Se asimila a la carga probatoria como una obligación de la parte procesales, tanto para la parte actora y la parte demandada, y como obligación se entiende que su incumplimiento acarrea consecuencias desfavorables o cualquier repercusión sancionatoria por el estilo;
- b) Esta regla es general para toda clase de procesos, y no se limita al campo del proceso civil, pues forma parte de la teoría general de la prueba;
- c) Más adelante en el mismo artículo, establece que no solamente le corresponde a las partes procesales probar sus afirmaciones o excepciones, sino que, cuando por ley la carga de la prueba se invierte, le puede corresponder a cualquiera de las partes demostrar cuestiones que no han sido afirmadas por esa parte procesal, siendo una excepción a la naturaleza del *onus probandi*. Consecuentemente la carga de la prueba le incumbe a ambas a partes según la naturaleza de sus afirmaciones o según el caso concreto materia del proceso.

⁹ Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial N. 506.



1.3.2 LA CARGA DE LA PRUEBA COMO OBLIGACIÓN JURÍDICA.

Como se pudo notar, el COGEP toma la carga de la prueba como una obligación para el sujeto procesal que afirma un hecho o plantea excepción, no obstante, la doctrina ha procurado estudiar la noción de la “obligación” como parte de la naturaleza procesal de la carga probatoria.

Echandía, resuelve este problema en base a los siguientes términos.

En la carga de la prueba, no se puede hablar de obligación, pues el sujeto procesal que afirma un hecho o plantea excepción se encuentra en absoluta libertad para escoger su conducta y ejecutar o no el acto que la norma contempla, no obstante, quien no ejercite dicha actividad probatoria cuando la norma imponga hacerlo, inobservándola, puede acarrear consecuencias desfavorables en la sentencia, pero no acarreará ninguna sanción jurídica ni pecuniaria por el estilo. Lo cual deduce, esa inobservancia es perfectamente lícita al no estar prohibida en la ley.

Así tácitamente lo regula nuestra legislación, pues no hay norma que otorgue al juez facultad para imponer coercitivamente a las partes procesales la demostración sobre la veracidad de sus afirmaciones, más aún, no existe norma que sancione a la parte procesal que no lo haga.

En la obligación propiamente dicha, por otro lado, el sujeto se encuentra sometido a una sujeción jurídica y consecuentemente a una coacción que le arrebató su libertad de conducta; tampoco se puede considerar a la carga de la prueba como un derecho para la otra parte, pues de ninguna manera podría obligar al otro sujeto a que lleve a cabo esa actividad probatoria o exigir su cumplimiento.

Por consiguiente, lo que existe es una conveniencia práctica de observar la carga, pues aquel que no pruebe un hecho afirmado obtendrá una resolución en contra, pero aquello no constituye una obligación jurídica respecto al juez o la otra parte; esta conveniencia, puede ser asimilada en otros términos como aquel interés de quien ostenta la carga de la prueba,



el interés propio de conseguir el mejor beneficio posible en sentencia, y aquel beneficio puede conseguirlo incluso con su misma inobservancia.

En consecuencia, “podemos definir la carga como un poder o una facultad, de ejecutar, libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables” (Echandía, 1981)

En el caso del derecho ambiental, nuestra legislación prevé que la parte demandada o técnicamente el gestor de la actividad es quien asume la carga de la prueba sobre el daño ambiental, presupuesto que tutela no solo el interés de la parte actora, sino también de la naturaleza. Esto pone de manifiesto que la carga de la prueba no tutela exclusivamente un interés propio, sino otro ajeno, inclusive, en la doctrina se ha manifestado que la carga no beneficia al adversario, siendo notablemente contrario en estos asuntos, pues le interesa al orden público que se ejecute este acto.

1.3.3 REGLAS SOBRE CARGA DE LA PRUEBA. LA CARGA DE LA PRUEBA COMO REGLA DE JUZGAMIENTO.

Partiendo del hecho que, si en un proceso judicial en el que le corresponda el interés de la carga de la prueba a un determinado sujeto procesal, en el caso que este no la ejercitare, traerá una sentencia desfavorable en su contra.

A manera de ejemplo, en un juicio laboral de reclamo por el cumplimiento de obligaciones patronales le corresponde al trabajador demostrar la calidad de trabajador, en el caso que no logre hacerlo, el juez debe tener pleno conocimiento de cómo resolver dicha controversia jurídica. La regla de la carga probatoria no incumbe por lo tanto solo a las partes procesales,



sino también tiene cierta relevancia respecto al juzgador, por lo que, la noción de la carga distingue dos aspectos de suma importancia:

- a. Es una regla dirigida al Juez porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión.
- b. Es una regla dirigida a las partes pues señala cuáles son los hechos que les interesa probar para no verse afectados con una decisión en su contra.

Para la doctrina estos dos aspectos son considerados como finalidad de la carga probatoria. “Es por ello que la carga de la prueba no puede comprender solo respecto de la posición que las partes tengan frente a ella, sino fundamentalmente, frente al rol que cumple el juez como regla de juicio al momento de expedir sentencia”. (Perez, 2012)

En función de esta regla de juicio, la carga de la prueba no impone una obligación, sino que establece a quién le interesa probar un hecho, a fin de evitar tener una sentencia desfavorable sobre ese hecho.

En efecto, para que el juzgador pueda adoptar una decisión fundamentada, debe tener cierto grado de convicción o certeza acerca de las circunstancias que han sido afirmadas por las partes procesales, para ello, es necesario que las partes aporten con todos los medios, elementos, y actividades probatorias suficientes, so pena de recibir una decisión adversa sobre el fondo del asunto si no lo hace. (Gomez, 2001)

De lo expuesto, la doctrina explica el antecedente de esta regla de juicio en la siguiente manera; en un principio, el juez podía enfrentar dos clases de dudas: jurídicas (cuál es la norma aplicable al problema jurídico) y las fácticas (cuales son los hechos que sustentan al juicio), así anteriormente, el juez gozaba de amplias facultades decisorias respecto la materia probatoria, y en el caso de tener dudas fácticas, podía aplicar el *non liquet*¹⁰ (no queda claro),

¹⁰ Non liquet: expresión latina que significa “no esta claro”, o que algo es oscuro o poco inteligible, equivalía a la inhibición de un veredicto.



de modo que el juzgador se excusaba de dictar sentencia. Esta dualidad de dudas desapareció paulatinamente en virtud del sistema de la carga de la prueba, de lo cual todas las causas que lleguen a conocimiento del juzgador deben ser resueltas, prohibiéndose el *non liquet*. (Carvajal, 2012)

De esta manera, instituciones constitucionales como la seguridad jurídica toman forma, ya que esta regla judicial, permite y ordena al juez decidir de fondo aún a falta de prueba o certeza sobre los hechos. Pues el deber de resolver aún en los casos en que la valoración de la prueba no permitió determinar si los hechos que conforman el objeto de la prueba existen o no existen, es inherente o connatural a la función jurisdiccional. (Valentin, 2014)

En el caso del derecho ambiental ecuatoriano, al estar de por medio intereses jurídicos constitucionales y nociones ambientales contemporáneas como la irreversibilidad del daño, la esfera del juzgador debe ir más allá de limitar su sentencia a la espera de una actuación positiva de las partes procesales.

1.3.4 LA DINÁMICA DEL ONUS PROBANDI.

Hecho referencia que, dentro de un proceso judicial las cargas probatorias le sirven de pauta al juez en el caso que no se hayan presentado medios probatorios suficientes sobre los hechos controvertidos, y al momento de hacer una valoración conjunta de la prueba, estas le indican las consecuencia de quien soporta el interés de ofrecer medios probatorios respecto de un hecho.

“Sin embargo, como es lógico, la ley, al ser general y abstracta, no puede ponerse en cada situación específica de cada caso concreto, y, es posible, que en un determinado momento, las cargas probatorias deriven en un supuesto de indefensión, que ciertamente vulneraría la tutela jurisdiccional efectiva, es decir, la ley podría equivocarse”. (Perez, 2012)



Jorge Peyrano reconoce tal situación de la siguiente manera “Hasta tiempos no demasiado distantes, el tema no se prestaba a mayores sutilezas. Básicamente, las reglas de la carga probatoria seguían siendo estáticas (...) Pero, ya más modernamente, la praxis alertó a la doctrina respecto de que dichas bases resultaban a veces insuficientes o bien inadecuadas (...). En otras palabras, se empezó a reparar en que ni eran bastantes ni contaban con la flexibilidad que sería de desear” (Peyrano, 2008)

De esta manera, la doctrina ha desarrollado una institución jurídica que ha sido denominada como “las cargas probatorias dinámicas”, aquellas enseñan que, dependiendo el caso concreto o por la naturaleza de la materia, estas cargas probatorias son invertidas, trasladándose a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de ofrecerla, aún cuando determinado hecho o circunstancia no la haya alegado. Por lo tanto, la carga dinámica de la prueba es una excepción al principio general de la carga de la prueba, según la cual, quien alega prueba. Este principio se plantea como una solución para aquellos casos en los que el esclarecimiento de los hechos depende del conocimiento de aspectos técnicos o científicos muy puntuales que solo una de las partes tiene el privilegio de manejar. (Consejo de Estado, 2011)

1.4 LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA A NIVEL DE LA DOCTRINA.

1.4.1 SU ORIGEN Y CONCEPTUALIZACIÓN.

Históricamente el *onus probandi* ha sido conceptualizada por el principio, según el cual, al actor le corresponde probar los hechos constitutivos que afirma y al demandado los hechos impositivos, extintivos y/o modificativos que opone. (Avendaño, 2016) Lo último, en nuestro medio ordinario, vendrían a ser conjuntamente las excepciones y afirmaciones.

En el epígrafe anterior se hizo mención a dos precisiones de vital importancia, concurrentes en todo proceso judicial: primero, la carga de la prueba es un indicador determinante de cuál de las partes ha de aportar los actos probatorios de los hechos que se interesa probar para



no verse afectado con una decisión en su contra; el otro dirigida como regla al juzgador, que le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, y que en base a la finalidad de la prueba establecido en el COGEP, sería “la fijación del umbral de convicción o confianza requerido para dar por acreditada una circunstancia en que se basa una pretensión”. (Pomar, 2001) Aquellos aspectos del *onus probandi* no puede dejar de ser observados en las cargas probatorias dinámicas, pues permanecen latentes; la dinámica de la carga no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino la complementa o perfecciona. (Peyrano, 2004)

Previo adentrar a la naturaleza teórica de esta institución, se menciona en primer término, que las cargas probatorias dinámicas son el cambio que implica que, la carga de probar determinado hecho recae sobre la parte procesal que está en mejores condiciones fácticas de hacerlo, por encontrarse la contraparte o quien afirma un hecho en una imposibilidad o extrema dificultad de ejercer dicho ejercicio probatorio.

“La carga probatoria dinámica supone entonces que el *onus probandi* se encuentra sobre aquél que se encuentra en mejor posición para probar determinados hechos que dificultosamente pueden ser demostrados por quien los alegó”. (García, 2004) Tomando en cuenta, es una regla de aplicación excepcional procedente solo cuando la equidad lo hace imperioso, ameritando un trato diferenciador.

En nuestro continente, la carga dinámica de la prueba surgió como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica por mala praxis en Argentina¹¹, gracias a las construcciones teóricas formuladas por Peyrano. (Donaires, 2014) Sin embargo, para varios autores, el origen de esta teoría data del año 1823 al ser expuesta por Jeremías Bentham en su famosa obra “tratado de las pruebas judiciales”, al cuestionarse con respecto al problema de la carga de la prueba lo siguiente:

¹¹ Caso judicial: Pinheiro, Ana Maria y otro con Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Argentina. 10 de diciembre de 1997



“Entre las partes contrarias ¿a cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba? Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil de contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos. [...] Se dirá, es a la parte que inicia el juicio, que formula la alegación, a la que corresponde probar la veracidad de la misma. Tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia ha demostrado que cuanto más se la ha querido seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido para crear dificultades que para resolverlas”

Cuando se le atribuye posteriormente la palabra “dinámica”¹² termino recogido, aceptado y utilizado en la teoría de esta institución jurídica, hace referencia tanto al desplazamiento de quien soporta la carga probatoria por las diversas situaciones jurídicas, como la tendencia en el derecho probatorio por superar el estatisismo¹³ (consideración dinámica del derecho), del principio de quien alega prueba. Desplazamiento reconocido a través de la doctrina o pronunciamientos jurisprudenciales.

Continuando, para Peyrano “más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla” (Peyrano, 2004), además sostiene que esta teoría flexibiliza la aplicación del *onus probandi*, en todos aquellos

¹² Término empleado por Peryano en su obra “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, inspirado de las nociones de James Goldschmidt.

¹³ Pedro Donaires considera que hubo una visión excesivamente estática, y rígida en cuanto la fijación doctrinaria de las reglas de la carga de la prueba; más adelante dichas reglas tradicionales serían insuficientes para resolver conflictos jurídicos. (Donaires, 2014)



supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad.

Otra apreciación coincidente a las anteriores es la de Bermúdez, aquel menciona que esta institución “es una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud de quien le resulta más fácil suministrarla. Aquello indica que la carga de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo” (Bermudez, 1997) Coincidente, pues al momento de conceptualizarla, concuerdan al momento de apreciar que es una regla que puede pertenecer a ambas partes, no habiendo previsibilidad normativa, y puede depender por lo tanto del caso concreto.

Podemos asumir de mejor manera tal actuación del juez, bajo los presupuestos de que, ante un marcado desequilibrio entre las partes su objetivo es dar prevalencia a la verdad, e invoca la equidad, distribuyendo la responsabilidad de probar tales hechos entre las partes en atención a un criterio de favorabilidad de la posición de cada parte respecto de la tarea de desahogar la prueba en cuestión, sin consideración al efecto jurídico procesal que una u otra parte persigan. (Diaz, 2015)

De esta manera, los más fieles a los tradicionales postulados sobre la dinámicas de las cargas probatorias, se venían desarrollando bajo la esfera de que el desplazamiento del *onus probandi* es según las circunstancias del caso, cuyo mérito, puede recaer en cabeza de quien este en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas. Sin embargo, la regulación normativa y la propia doctrina han desarrollado estas nociones.



1.4.2 CRITICAS A LA CONCEPTUALIZACIÓN TRADICIONAL.

1.4.2.1 CRITICAS GENERALES.

Varias precisiones en menor desacuerdo se han hecho de esta modificación judicial, generalmente desvirtuándola a través de una perspectiva *sociológica jurídica*¹⁴, siendo las siguientes:

- a) Una primera critica, parte de los sistemas procesales que confieren al juez la potestad, ya sea de oficio o a petición de parte, para determinar a quién le corresponde la carga probatoria, de aquello emerge la crítica que se sustenta por el reconocimiento de un criterio subjetivo del juzgador, al ser quien determina el desplazamiento de la carga probatoria. En un sistema como el antes descrito, quedaría el desplazamiento a criterios subjetivos y a discrecionalidad del juzgador, consecuentemente, el problema según la doctrina se presenta cuando el juez sin más conocimiento de la causa que las pretensiones materializadas en el escrito de la demanda y contestación, realiza el desplazamiento, pudiendo ser la apreciación del juez distante a lo que sucede en la realidad. (Vargas, 2009).

Aquello se puede enfrentar permitiendo controlar a las partes procesales la actuación del juez, es decir controlar cómo el juez ha llegado a dar por cierta una determinada hipótesis de hecho, y de otra manera, advirtiendo al protagonismo de la capacidad del sistema procesal la creación de principios o pautas que impongan la satisfacción de un estándar de certeza, correlativamente, la permisión al juez de indagar en situaciones de dificultad probatoria permitiéndole observar quien se encuentra en mejores posiciones de probar. Se propone entonces, que adicional al filtro fáctico que asume el juez comentado en un inicio, la corroboración sobre la existencia de una mejor posición probatoria, basado en los siguientes criterios (Diaz, 2015):

¹⁴ Definición: Oscar Correas define a la sociología jurídica como una ciencia que se ocupa en las causas y los efectos de las normas jurídicas. (Correas, 1993)



- En virtud de su cercanía con el material probatorio
- Por tener en su poder el objeto de prueba
- Por circunstancias técnicas especiales
- Por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio,
- Por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte
- Entre otras circunstancias similares

Es decir, es necesario una mayor precisión normativa.

b) Bajo la misma óptica, otro problema que se podría presentar y se considera conlleva vulneración a la seguridad jurídica, es el hecho que, una vez desplazada la carga probatoria una de las partes se va a encontrar ante la imposibilidad de probar, o en otro caso, sometida a la aceptación de la información fáctica aportada por la contraria. (Vargas, 2009)

c) La doctrina tradicional sostiene que la teoría de las cargas probatorias dinámicas tiene como base y es entendida a través de un principio procesal de solidaridad y colaboración en materia probatoria, incluso a las cargas probatorias dinámicas se le han denominado también como *visión solidarista de la prueba, principio de solidaridad, o principio de efectiva colaboración entre la partes.*

La razón de estas denominaciones se las puede comprender perfectamente a partir de lo que señala Diego Palomo: “se ha señalado que una de las contribuciones más importantes de Klein¹⁵ en el tema de la adquisición del material de prueba y la fijación de los hechos siempre en la búsqueda de la justa decisión de la controversia, está referida especialmente al desarrollo del deber de cooperación de las partes del proceso y su obligación de información recíproca, lo que incide en la dimensión ética

¹⁵ En: Trocker, N, "La concezione del processo di Franz Klein e Tattuale evoluzione del diritto processuale civile europeo", Rivista Il Giustoprocesso civile, vol. I, 2012, pp. 55 y ss.



del comportamiento de las partes y del proceso mismo. En este esquema la colaboración, la buena fe y lealtad procesal, la moralización del proceso y el llamado solidarismo toman la palabra buscando dejar atrás la idea del proceso como una contienda entre partes parciales enfrentadas ante un tercero imparcial, y en el afán de la búsqueda de la verdad objetiva impone la redefinición del principio de buena fe procesal para dar lugar a un deber de colaboración entre todos los que intervienen en el proceso, incluyendo deberes asistenciales del juez, y los deberes de veracidad e integridad de las partes” (lo subrayado me pertenece) (Palomo, 2013); esta lógica se soluciona al ser comprendida a través de un cambio de paradigma en el sistema procesal en el que existe una participación activa del juez, y una cooperación eficiente entre las partes para conseguir una sentencia justa.

Sin embargo, bajo este umbral de la solidaridad se presenta una tercera crítica, que a mi criterio no deja de ser distante a lo que generalmente acontece en nuestra administración de justicia. Teniendo en consideración que si bien tanto la finalidad del juez como de las partes es obtener una sentencia, no es menos cierto que cada una de las partes pretende de esa sentencia algo distinto, pues sus intereses particulares aspiran lo más favorable; incluso puede que las partes afirmen ante el juez, ya sea en la contestación o la demanda, hechos distantes a la realidad e inclusive inexistentes, siendo una verdadera contienda, entonces, se cuestiona ¿cómo se alcanza ese sentido de colaboración entre las partes?, “se puede hablar de colaboración en la buena fe de todas las acciones adoptadas a lo largo del proceso (no actuar con malicia, no crear dilaciones perjudiciales innecesarias), pero no se puede hablar de colaboración en cuanto a aportar medios confirmatorios.” (Vargas, 2009)



1.4.2.2 EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO Y LA PREVISIBILIDAD NORMATIVA.

Quizás la crítica más sobresaliente y desarrollada a partir de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, es la que considera, encierra vulneración al derecho a la defensa y particularmente el principio de contradicción.

Primero debemos tomar en consideración dos aspectos tradicionales de esta teoría:

- La materialización de un juez decisor sobre la carga de la prueba, en otras palabras, la aceptación de un reforzado protagonismo judicial;
- El momento procesal que le faculta al juez para desplazar la carga probatoria, en referentes normativos se estima que la invocación judicial de esta institución puede principiar antes de su parte resolutive. Así lo contempla el artículo 167 del Código General del Proceso de Colombia¹⁶: “(...) según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar” (lo subrayado me pertenece).

Al asimilar que el juez solo puede desplazar la carga de la prueba una vez que el proceso este ya iniciado, emergen dudas de su garantismo a los principios procesales, pues las partes podrían encontrarse ante una verdadera sorpresa de definición judicial de última hora (Palomo, 2013); por lo tanto, ante esta falta de comunicación oportuna, y siendo lógico en muchos casos, en efecto no se les permitiría a las partes ejercer eficazmente su derecho a la defensa probatoria, pues dicha comunicación debería ser anterior a que se produzca la prueba. (Romero, 2018)

Esta crítica ha sugerido dos cuestiones:

- La primera de orden local (depende del modelo procesal nacional) plantea que el juez debe dar aviso del desplazamiento en la audiencia preliminar, sin embargo, más allá de la implicación procesal por los diferentes tipos de procesos y que además

¹⁶ Artículo 167 del Código General del Proceso de Colombia. Ley 1564 de 2012.



obedecen a distintas ramas del derecho, esta cuestión no es aceptada considerándose un absurdo, pues “tomando en cuenta el puñado de derechos procesales fundamentales, toda persona debe saber con antelación al juicio cuáles son las cargas en materia probatoria” (Palomo, 2013); esta propuesta no responde ante el estado de indefensión que se puede generar, incluso, puede presentarse el caso que el juez no advierta los motivos para formular el desplazamiento en la audiencia preliminar, y ya más avanzado el proceso se percate de aquel “error” cuando ya sea tarde. La propuesta en referencia, para varios autores, no constituye la respuesta legislativa más adecuada, lo que conduce al segundo planteamiento.

-Es indispensable reconocer la necesidad de esta institución jurídica por la evidente desventaja probatoria que se puede encontrar una parte frente a otra, se sugiere debe haber una correcta previsión normativa que advierta a las partes sobre los especiales refuerzos probatorios que deben encarar (Murillo, 2013), es otras palabras, se recomienda la regulación legal de la doctrina, que impida el ajuste de la decisión a las circunstancias del caso (Donaires, 2014), es decir, la normativa debe advertir en qué casos procede la aplicación de esta institución, ya sea por la naturaleza de la rama del derecho, o los casos particulares que hayan sido identificados aunque aquello resulte un desafío. Me permito considerar que el adoptar este segundo modelo, sería muy complejo para las partes afirmar que se ha vulnerado su derecho a la defensa, pues desde un inicio tendrían conocimiento del gravamen probatorio que soportan, y con justa razón aplicarse la regla de juzgamiento del *onus probandi*, además que en nada se vulneraría la seguridad jurídica al tener las partes la certeza de la aplicación normativa. Correlativamente, el juzgador ya no podrá hacer una valoración subjetiva y en extremos casos actuar con arbitrariedad.

En síntesis personal respecto a esta crítica, considero que el sistema procesal debería adoptar un modelo ecléctico, en mayor medida preestablecer normativamente los



casos en que se invierte la carga de la prueba, asimismo, la posibilidad que las partes manifiesten inequidad de su ejercicio probatorio, pudiendo los jueces en esos casos desplazar la carga de la prueba, aunque esto último bajo criterios formales.

A partir de estas críticas, no se debe dejar de prestar mérito a la naturaleza de las cargas probatorias dinámicas, pues existen indudablemente situaciones que merecen un trato diferenciador, siendo el desequilibrio entre las partes la envergadura que exige que se distribuyan las cargas probatorias a efecto de garantizar un derecho de defensa ejercido en igualdad de condiciones para las partes. En definitiva, la doctrina que advierte ciertas dificultades de las nociones tradicionales, la estima justificada y plenamente objetiva, cuando se pueda prestar plena confianza a la objetividad de la justificación del juez (la decisión sobre el desplazamiento), evadiendo al máximo tal subjetivismo y la imprevisibilidad de sus decisiones judiciales, además cuando haya criterios suficientes de certeza para valorar la situación de desequilibrio, de lo contrario, aquello sumando al interés particular de las partes en el proceso, sin duda, no puede ser garantizado absolutamente por la norma, siendo a mi criterio, necesario una previsión normativa. (Díaz, 2015)

Finalmente, la legislación ecuatoriana no obedece completamente estas teorías tradicionales, en referencia, el código general de procesos¹⁷ no advierte la posibilidad de que el juzgador determine a quien corresponde este gravamen ni en qué momento procesal se debe desplazar la carga probatoria, siendo esto previsto normativamente, tanto así que constitucionalmente en el caso del derecho ambiental se consideró plasmar esta institución jurídica como mandato constitucional, estableciendo que “la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”¹⁸, siendo de aplicación directa y no a criterio del juzgador, tampoco observando el caso concreto; no es necesario explicar con mayor palabras la falta de armonía a las consideraciones teóricas clásicas de las que se ha hecho mención.

¹⁷ Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506 de 22-may-2015.

¹⁸ Artículo 397. Constitución de la república del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.



1.4.3 CARACTERES DE LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA.

En virtud de las anotaciones anteriores, y más allá de nuevas consideraciones que se tenga sobre esta institución, los caracteres que se han identificado¹⁹ de esta teoría corresponden los siguientes:

- a) La teoría tradicional del *onus probandi* constituye el género, donde las cargas probatorias dinámicas configuran una especie.
- b) Esta teoría reconoce la vigencia de las reglas clásicas del *onus probandi* como principio general, y corresponde acudir a esta teoría complementaria, de forma excepcional cuando la aplicación de la primera arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas o inequitativas.
- c) En el caso excepcional que se estime su aplicación (llamada subsidiaria), importan un desplazamiento del *onus probandi* conforme a las especiales circunstancias del caso, o de la rama jurídica en la que se regule.
- d) El elenco de las mismas es amplio y variado, siendo la más difundida y usada aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para ejercer el acto probatorio respectivo.
- e) Modernamente, justifican la adjudicación dinámica consecuente a la facilidad probatoria y disponibilidad de los medios probatorios en que se encuentre la parte que originariamente no le correspondía la carga subjetiva de la prueba.

¹⁹ Caracteres expuestos por Abraham Luis Vargas en su obra “Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos” (Vargas, 2009)



- f) Se ha manifestado que son aplicables “de oficio” (lo que no obsta a que las partes “insten” o argumenten en su favor). En legislaciones como la colombiana, en su Código General del Proceso²⁰ más específicamente en su artículo 167, establece que “(...) según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”. (lo subrayado me pertenece), por su obviedad, no puede dejar de ser considerado la posibilidad que sea solicitado a petición de parte.
- g) Esta teoría ha encontrado aplicación en diversas ramas del derecho.

1.4.4 EL DESEQUILIBRIO DE LAS PARTES COMO PUNTO DE PARTIDA EN EL DERECHO AMBIENTAL.

Un repetido aforismo jurídico reza: “Tanto vale no tener un derecho como tenerlo y no poder probarlo”. El tema de la dificultad probatoria en el contexto judicial, ha constituido todo un objeto de estudio para quien pretende comprender las razones de porque en la práctica, se ha generado ocasiones en que, la prueba de los hechos invocados para obtener un reconocimiento jurisdiccional de un derecho puede resultar particularmente dificultosa, compleja o difícil de obtener, arriesgando la posibilidad de una tutela jurisdiccional efectiva al generar indefensión.

Estos estudios, tienen como objetivo identificar las diversas situaciones en las que podemos estar frente a una dificultad probatoria, Iván Ampuero postula textualmente las siguientes (Ampuero, 2015):

- a) Por la existencia de hechos que por su naturaleza compleja, resultan prácticamente difícil de acreditar; se trata por regla general, de hechos que el legislador ha previsto

²⁰ Artículo 167 del Código General del Proceso de Colombia. Ley 1564 de 2012.



para producir una consecuencia jurídica pero que carecen de materialidad y exteriorización (hechos síquicos como las intenciones, hechos negativos como la ausencia de una característica o cosa) o que resultan extremadamente difíciles de establecer mediante prueba directa (hechos íntimos, complejos, hechos antiguos, hechos futuros, hechos técnica o científicamente complicados).

- b) Es posible identificar casos en que el hecho no deja huellas o estas son febles, débiles o imprecisas, de manera que solo es posible alcanzar corroboraciones periféricas no concluyentes. La dificultad aquí provendrá de la ausencia de información fiable y precisa que permita una confirmación suficiente del postulado fáctico.
- c) La dificultad probatoria puede ser provocada por la lejanía y relación de las partes con los medios de prueba y con el dominio acerca de los hechos que constituyen el objeto del litigio. Esto ocurre, particularmente, cuando las fuentes de prueba son conocidas o están a disposición de la parte que no tiene la carga de probar un hecho, o cuando se ignora el dato fáctico que debe ser alegado. Este caso se presenta como una situación de desequilibrio en relación a la posibilidad de aportar los medios de prueba relevantes e idóneos para la determinación de la verdad. Una de las partes cuenta con la información respecto del hecho que se debe acreditar, mientras la otra, al tiempo de carecer de esa información, tiene la carga de probarlo.

De antemano, se podría considerar que en el caso del derecho ambiental la dificultad probatoria se encuentra contenida en el primer y tercer indicados, pues al existir incertidumbre y complejidad científica del daño y al ser el gestor de la actividad quien dispone de los medios de prueba considerados relevantes e idóneos, existe un desajuste entre quien plantea la demanda y el gestor de la actividad.

En esta rama del derecho, se ha tomado como partida el desplazamiento del *onus probandi*, sin embargo, será objeto de estudio determinar si es el desequilibrio probatorio la única razón de esta inversión, considerando que hay tesis que atribuyen a la teoría del riesgo como criterio de reparto de la carga probatoria; aquella tesis plantea brevemente "la conveniencia de trasladar a quien generó o tenía bajo su control el riesgo potencialmente productor del daño, el riesgo derivado de la incerteza sobre la existencia de los hechos fundantes de la



causalidad y de la culpa, es decir, dar lugar a una inversión del onus probandi, o, para ser más preciso, a una alteración de la regla ordinaria de distribución" (Steve, 1999)

La necesidad de incorporar diferentes herramientas como la inversión de la carga probatoria donde subyace una relación desigual y dificultad probatoria, ya sea como en el derecho laboral (relación trabajador-empleador), el derecho de consumidores (relación consumidor-empresario), o como en el caso particular del cirujano que debe demostrar su sujeción a la *lex artis medica*, etc, llevó al legislador a incorporar esta noción dentro de las normas reconocidas en la Constitución del 2008 referentes al tema ambiental, pues sin duda, la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental elimina una de las barreras que obstaculiza el acceso a la justicia ambiental como es el costo de la prueba y la exigencia técnica de probar el daño ambiental.

La situación de indefensión en que se encuentra la naturaleza, correlativamente a la responsabilidad social y ambiental de protegerla, posiciona a la sociedad en la obligación de manejar y comprender estas nociones jurídicas, más aún, de quienes conforman la administración de justicia, ya sea directa o indirectamente, pues más allá de los valores literarios reconocidos en la Carta Magna, se debe distinguir a esta como un verdadero sujeto de derechos, que con equidad, está sujeta a una máxima protección judicial.

Es por más, que el presente estudio tendrá como finalidad aportar crítica constructiva acerca del alcance garantista de los derechos de la naturaleza, respecto a las instituciones objeto de análisis.



CAPÍTULO II

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA A LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA EN MATERIA AMBIENTAL.



2.1 LA CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI RECONOCE DERECHOS A LA NATURALEZA.

2.1.1 LA NUEVA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.

En el 2008, el estado ecuatoriano ponía en vigencia su vigésima Constitución; el texto no prestaba mucho aliento pues no era algo novedoso en la historia ecuatoriana, desde el retorno a la democracia en 1979 se vivieron muchos episodios dentro de un claro patrón de inestabilidad política, a la cual añadiremos además una institucional y económica, y no solo en Ecuador sino se puede hablar en todo Latinoamérica en el contexto político regional; en el territorio ecuatoriano esta crisis política en mayor grado inicio con la caída del presidente Abdalá Bucaram en el año de 1997. (Pérez, 2009)

Rafael Correa en su discurso de posesión en enero del 2007 reiteró su decisión de convocar a una Asamblea Constituyente, pretensión adoptada bajo una lógica similar, realizar una profunda reforma al sistema político ecuatoriano, con ello se busca poner fin al ciclo de inestabilidad que afecto a Ecuador desde mediados de la década de los noventa. (Pachano, 2010) Sin embargo, la promesa de liderar una reforma política no es atributo especial del ex presidente Rafael Correa, desde la sociedad civil la influencia de los movimientos sociales fueron sin duda un determinante clave para apresurar esta reforma Constitucional, pues es el resentimiento social quien finalmente incorpora en la agenda política, demandas que históricamente han sido relegadas. (Peña & E, 2012)

De esta forma, la Constitución de Ecuador del 2008 puede ser estructurada alrededor de tres elementos: los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, los derechos de la naturaleza, y el principio del buen vivir. (Bonilla, 2019) Quizás la forma más adecuada para abordar este proceso constituyente y la incorporación de conceptos inéditos relacionados



con la protección del medio ambiente y el nuevo modelo de desarrollo o *sumak kawsay*, es a través del método dialéctico²¹, como bien lo hace Julio Peña.

Brevemente, la Constitución de Montecristi tiene algunas novedades que son propias a los movimientos y luchas sociales de los ecuatorianos y de los andinos, como la Pachamama, el *Suma Kawsay*, la Plurinacionalidad y la democracia comunitaria, (Avila, 2012) conjuntamente reivindicado los derechos de la naturaleza. Aquello se debe en primer término, a la ascendiente influencia y el rol protagónico de los movimientos de izquierda en respuesta a un modelo institucionalizado de políticas neoliberales, y que más allá de analizar su modelo de Estado, sin duda marco una fragmentación frente a la emergente lucha histórica de las nacionalidades indígenas, pueblos y movimientos sociales; Julio Peña precisamente sostiene que “Son justamente estos frentes los que han contribuido activamente en el proceso de reconfiguración política (...) los movimientos ecologistas e indígenas en pro de la defensa de sus territorios han acordado –como uno de sus principales puntos en común– en la necesidad de recuperar una relación más armoniosa con la naturaleza y sus valores de uso (diversidad natural, cultural, paisajística, etc.), insertando al debate político la urgencia de transitar hacia una lógica alternativa o biocéntrica, en la cual se comprenda al conjunto de los valores ecológicos como elementos vitales del entramado de la vida” (Peña & E, 2012)

Al mismo tiempo, la aprobación del proyecto constituyente, paradigmáticamente constituyó un diseño fiel a las características propias del cambio hacia un constitucionalismo latinoamericano, el primer ejemplo materializado de lo que se ha denominado *constitucionalismo de transición*²². (Martínez, 2009) Sin olvidar la atribución lógica del neoconstitucionalismo europeo, el estado ecuatoriano se convertía en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y así lo estableció en su primer principio “Art. 1.- El

²¹ En el marxismo, es el término que designa al estudio que intenta explicar los fenómenos de la naturaleza y la sociedad, partiendo de los procesos que atraviesa una sociedad a lo largo de su historia

²² Rubén Martínez Dalmau, considera que un *constitucionalismo de transición* “implica la existencia de constituciones rígidas y flexibles al mismo tiempo; rígidas, porque no pueden modificarse en su sustancia sin el consentimiento directo del pueblo, y no (sólo) por medio de sus representantes; flexibles, porque podrán ser modificadas cada vez que el pueblo así lo decida, incluso de forma directa y sin la aprobación del poder constituido como requisito. (Martínez, 2009).



Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.”²³

2.1.2 ECUADOR ES UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS.

Como resultado del reconocimiento de este texto de vanguardia²⁴, desde el 2008 el Ecuador fue catalogado como un Estado constitucional de derechos y justicia, ya no vivimos en un Estado de legalidad, sino de constitucionalidad, es decir “el salto desde el Estado legalista decimonónico hasta el Estado constitucional contemporáneo” (Salazar, 2011), la Constitución pasa a ser la principal fuente de derecho. La incidencia de este Estado constitucional, reconoce ciertos aspectos y rasgos propios de la doctrina neoconstitucionalista²⁵, siendo deber aproximar varios de ellos al presente estudio .

El primer rasgo que aborda la doctrina, es que, la *norma primigenia* es la Constitución, pues en palabras de Luigi Ferrajoli, el constitucionalismo denomina a un modelo político cuyo rasgo distintivo será con la existencia de una *lex superior* a la legislación ordinaria (Prieto, 2011), viniendo a ser la Constitución la jerárquica superior. Así lo reconoce nuestra Constitución en su disposición 425²⁶, cuando establece el orden jerárquico de aplicación de las normas y comienza mencionando la Constitución como primera, y en su artículo 11 numeral 4²⁷, cuando proclama “*Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*”. Complementariamente a esta supremacía constitucional, encontramos un rasgo estructural ligado a esta, la *rigidez constitucional*; aquel principio refiere a “la no modificabilidad de los principios, de los derechos y de los

²³ Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

²⁴ Término empleado por Miguel Carbonell para referirse a la Constitución de Montecristi (Carbonell, 2020).

²⁵ Según Raymundo Gil Rendón, el neoconstitucionalismo “El Neoconstitucionalismo alude a una nueva visión del estado de derecho que parte del constitucionalismo, cuya característica primordial es la primacía de la Constitución sobre las demás normas jurídicas y que vienen hacer la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales.

²⁶ Artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

²⁷ *Ibidem*. Artículo 11 numeral 4.



institutos en ella previstos si no es mediante procedimientos de revisión agravados, y al control jurisdiccional de la constitucionalidad respecto de las leyes ordinarias reñidas con aquella”. (Ferrajoli, 2006)

Otro aspecto medular y característico del neoconstitucionalismo, se desarrolla en función de la *fuerza vinculante*; viniendo a ser la Constitución “el derecho supremo de un país al que deben sujetarse y someterse el resto de los poderes que conforman al Estado, siendo por ello posible el control de constitucionalidad” (Carrillo, 2010)

Interesa además lo referente al principio de la *aplicación directa e inmediata de la Constitución*; la materialización de los derechos y principios consagrados en ella, al respecto este se encuentra reconocido en el numeral 3 del artículo 11 constitucional²⁸, sin embargo, preferentemente al ámbito que atañe, el COFJ²⁹ se ha encargado de desarrollar este postulado, y establece en su artículo 5: “*Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente*”. De aquel aspecto sobresaliente, bien se puede afirmar nuevamente que el constitucionalismo condujo a un cambio en la aplicación tradicional del derecho, al respecto debemos retomar el salto del estado de legalidad, donde la -ley- era considerada fuente primordial del Derecho siendo aplicable solamente aquellas normas que presentaban un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, de este modo la nueva lógica constitucional pretende rebatirlo, y entre sus características encontramos que sus normas, tanto reglas como principios, son de aplicabilidad directa; frente a este postulado se plantean soluciones a controversias jurídicas entorno a su efectiva aplicación. (Medinaceli, 2013)

Otro punto interesante que obedece el constitucionalismo, y consecuente a la aplicación directa, es la *eficacia jurídica* de las normas constitucionales, al respecto Gustavo

²⁸ Artículo 11 numeral 3. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

²⁹ Artículo 5. Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009.



Medinaceli, manifiesta que “en síntesis, la eficacia de las normas jurídicas viene a ser la capacidad de alcanzar los objetivos previamente fijados como metas, en última instancia es la realización de los dictámenes jurídicos apuntados por el constituyente o legislador (...) en ese sentido, la eficacia proporciona rendimiento a la aplicabilidad, exigibilidad o ejecutoriedad de la norma, como posibilidad de su aplicación directa” (Medinaceli, 2013), aquello considero fundamentalmente que la efectividad de las normas debe ser medida hacia quienes administran justicia, los jueces, sin embargo, también engloba para quienes deben sujetarse a la norma constitucional, como el gestor de la actividad o los particulares en materia ambiental, pues son quienes en primer momento no la aplican, y como consecuencia, no hay una conducta positiva de eficacia.

Estos postulados introducidos propiamente de la doctrina, permiten encaminar el presente trabajo a los más altos parámetros constitucionales, en específico para concluir al final del estudio, si la garantía constitucional de la inversión de la carga probatoria en materia ambiental, y complementariamente las demás instituciones que se efectivicen en virtud de la primera, han sido ejercidas por quienes deben observar y garantizar su cumplimiento.

2.1.3 LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS.

La introducción en el debate de los derechos de la naturaleza, y posteriormente su reconocimiento en el bloque constitucional, catapulto al Ecuador en su más alto nivel hacia lo internacional, varios son los estudios a nivel mundial que sobresaltan y parten respecto al reconocimiento en la Constitución de Montecristi, y no es por menos, el Ecuador es el primer país en el mundo que reconoció como sujeto de derechos a la naturaleza; sin duda la historia seguirá tomando al pueblo ecuatoriano como ejemplo mundial, pues “es la sociedad la que elabora la Constitución” (Acosta, 2010) .



Sin embargo, no es nada incierto que el reconocimiento de derechos a la naturaleza trae varias implicaciones; romper con lo tradicional y habitual constituye todo un reto, siendo el más alto deber como sociedad, ajustar nuestro pensamiento, orientar las políticas públicas hacia una nueva forma de entender el mundo, y concebir los derechos hacia otra lógica, en palabras del maestro uruguayo Gudynas, transitar del antropocentrismo al biocentrismo.

Entonces, surgen las interrogantes, ¿En qué se fundamentan los derechos de la Naturaleza? ¿Quién se opone a este reconocimiento? ¿Cómo entendemos a la Naturaleza como titular de derechos? Rubén Martínez Dalmau, en su aporte académico “Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos”, observa como ha sido posible dotarle de derechos y recoge las respuestas a sus más comunes críticas.

En síntesis, para sostener que este reconocimiento principia de una constante evolución de los derechos, hace hincapié en que los derechos a lo largo de la historia han sido una construcción intelectual humana, y que estos mismos han evolucionado a partir de varios factores, ejemplificando los derechos de libertad que nacen a partir de las revoluciones liberales, así como la creación de tribunales constitucionales e internacionales posterior a la II Guerra Mundial; concluye que el reconocimiento de derechos es un proceso paulatino y evolutivo. En el caso del tema ambiental, pone en primer orden el nacimiento en 2001 de la denominada *Earth Jurisprudence*, organización internacional cuyo objetivo fue comenzar a establecer las herramientas para un sistema de justicia de la Tierra; posteriormente el reconocimiento de derechos a la Naturaleza en la Constitución de Montecristi, apertura el debate de la ampliación constitucional del concepto sujeto de derechos hacia sujetos no humanos; manifiesta: “El avance en el reconocimiento de la titularidad de la Naturaleza como sujeto de derechos es uno de los pilares de la transición ecológica y de la búsqueda de una relación armónica entre el ser humano y la Naturaleza. Implica necesariamente un cambio de paradigma en el pensamiento jurídico.” (Martinez, 2019)

Menciona que, desde la positivización en nuestra Constitución del 2008, surgieron argumentos que critican tal reconocimiento, a la vez han sido cabalmente contestadas por defensores del cambio de paradigma, en este sentido, Ramiro Ávila los engloba y se encarga



de desvirtuar las críticas más comunes provenientes de la doctrina; resumidos por Rubén Martínez, de tal manera:

Tabla 2: Respuestas a las críticas comunes que niegan a la naturaleza como sujeto de derechos.

Principales críticas hacia la conceptualización de la Naturaleza como titular de derechos	Respuesta de Ramiro Ávila para desvirtuarlo
La dignidad la Naturaleza no es un fin en sí misma, porque los fines son siempre dados por los seres humanos; (la Naturaleza no puede ser digna);	El ser humano puede ser un medio para que la Naturaleza cumpla sus fines, por lo que se aplicaría el principio de la dignidad;
El derecho subjetivo (el diseño normativo se basa en el reconocimiento de la capacidad del ser humano en exigir un derecho, patrimonial o fundamental, ante los tribunales; el status jurídico se refiere a personas, colectividades o grupos de personas; la Naturaleza no podría ser titular de derechos subjetivos);	El concepto de derecho subjetivo evoluciona hacia la expansión y mayor integración de sujetos protegidos;
La capacidad (la Naturaleza no puede manifestar su voluntad ni obligarse con otro ser, por lo que no podría tener capacidad como titular de derechos);	La capacidad ya está reconocida a personas jurídicas, que son entes ficticios; no hay ninguna razón por la que no puede entenderse la capacidad de la Naturaleza por vía de la representación;
La igualdad (la Naturaleza no puede ser considerada igual ni puede ejercer su libertad en el marco del contrato social, por lo que el Estado no puede ser funcional a su protección.	El contrato social del liberalismo clásico puede ser ampliado hacia un contrato con representación de seres no humanos.

Fuente: Elaboración propia a partir de (Martinez, 2019) y (Ávila, 2010).

Sobre la doctrina tradicional se niega la posibilidad que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos, menos aún ejercerlos; otro aspecto para deslegitimizar su titularidad de derechos, podría provenir por la naturaleza de su responsabilidad, pues reconocer a un sujeto que no



es responsable ni culpable por un acto que él mismo ha cometido rompe con la relación entre sujeto de derechos, capacidad y responsabilidad, argumento rebatido por Zaffaroni, pues considera: “el argumento de que no es admisible el reconocimiento de derechos porque no puede exigirlos (ejercer las acciones, hacerse oír judicialmente) no se sostiene, porque son muchos los humanos que carecen de capacidad de lenguaje (...) o que nunca lo tendrán (...) y, sin embargo, a nadie se le ocurre negarles este carácter” (Zaffaroni, 2011). De esta manera, puesto que los derechos son una constante construcción humana, propia de la evolución, no hay inconvenientes al reconocer la titularidad de derechos a la Naturaleza. (Martinez, 2019)

Se incorporan estas nociones al estudio realizado, por dos razones, la primera es que al tratarse de un principio que nace de la emergente materia del derecho a la naturaleza, se debe analizar a partir de las bases que constituyen los cimientos de este nuevo conocimiento, y siendo la inversión de la carga probatoria en materia ambiental reconocida conjuntamente con los derechos de la naturaleza, también aplica en la óptica de la ruptura tradicional en el derecho, y por segundo, al ser un principio establecido constitucionalmente, que implicaría efectos “contrarios” a los intereses del demandado o al gestor de la actividad, y además que tal institución no se encuentra desarrollada plenamente en otros cuerpos normativos, es parte del salto a este nuevo paradigma ambiental, reconocer porque es de interés dotar de estas teorías y principios a la naturaleza, así por ejemplo, el tema de la igualdad mencionada por Ramiro Ávila es trascendente, reconocer que la naturaleza también está en plena igualdad ante la ley, justamente implica aplicar este trato diferenciador visto en el capítulo anterior, y en efecto instituciones como la carga de la prueba, sitúan a la naturaleza en una verdadera situación de igualdad.



2.1.4 EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL ECUADOR Y SU PRINCIPAL NORMATIVA CONSTITUCIONAL VIGENTE.

2.1.4.1 PROCESO DE INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA.

La Constitución de Montecristi adoptó entre sus mandatos varios derechos, garantías y principios ambientales, sin embargo, no es la primera Constitución en el Ecuador que incorpora temas relevantes a la naturaleza, anteriormente otras constituciones ya habían reconocido ciertos aspectos de importancia, la adopción de instituciones del derecho ambiental obedece según Raúl Brañes al proceso denominado *constitucionalismo ambiental latinoamericano*³⁰.

Un punto clave para partir con esta evolución constitucional, es tener en claro la distinción entre el derecho al ambiente de los derechos de la naturaleza, “La diferencia radica en que el derecho ambiental tiene un carácter marcadamente antropocéntrico, pues concibe la protección de la naturaleza como un medio para garantizar los derechos humanos. En contraste, los derechos de la naturaleza se basan en el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, lo que implica concebir su bienestar como un fin en sí mismo, independiente de las valoraciones subjetivas, y se expresa en otra forma de hacer justicia” (Cruz, 2013), es decir el cambio de expresión de un derecho ambiental, a propiamente, los derechos de la naturaleza implica ese giro biocéntrico, la naturaleza deja de ser considerado como un medio para garantizar fines o derechos humanos.

La siguiente tabla, representa la contribución académica de Hugo Echeverría, quien tomó parte en el desarrollo de la evolución normativa constitucional respecto a los derechos de la naturaleza, describiéndola de la siguiente manera:

³⁰ Raúl Brañes, en su obra “El acceso a la justicia ambiental en América Latina y la legitimación procesal en los litigios civiles de naturaleza ambiental en los países de la región”. (Brañes, 2001)



Tabla 3: Evolución normativa de los derechos de la naturaleza en el Ecuador.

Constitución	Institución incorporada
<p>1983</p>	<p>“En Ecuador, el constitucionalismo ambiental encuentra su punto de partida formal en la reforma constitucional de 1983³¹, que reconoció -por primera vez en la historia constitucional nacional- derechos propiamente ambientales” (Echeverría, 2019), en este caso, el texto constituyente reconoció el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.</p> <p>Sobre el reconocimiento constitucional de este derecho, para Julio Cesar Trujillo fue entendido como un derecho “inherente a la persona, por el solo hecho de ser de naturaleza humana”. (Trujillo, 1994)</p>
<p>1996</p>	<p>La codificación de la Constitución Política de 1996, incluyó entre sus aspectos ambientales:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Ratifica el derecho de las personas a vivir en un ambiente libre de contaminación³²; -Extiende el régimen de derechos constitucionales a toda la población.³³ A través de esta reforma, se reconoció la naturaleza jurídica supraindividual de los derechos ambientales, que albergan intereses difusos, caracterizados por Gozaíni como “derechos híbridos, que poseen un alma pública y un cuerpo privado, que trasciende el derecho subjetivo particular y extiende el campo de la protección pública”. (Gozaíni, 2014); - El texto constitucional extiende el ámbito de garantía constitucional al ambiente ecológicamente equilibrado.³⁴ Para Patricio Hernández esto significó una revisión del enfoque netamente antropocentrista de la reforma constitucional de 1983, “que no [podía] restringirse a la protección del ambiente en función del medio inmediato del ser humano, sino en función del objeto de protección que señala la ciencia de la ecología, esto es, el equilibrio ecológico” (Hernandez, 2005); -Finalmente, de conformidad al Principio 10 de la Declaración de Río, la norma constitucional sentó la base normativa de la tutela judicial efectiva en asuntos ambientales.³⁵
	<p>La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998³⁶, sistematizó los avances constitucionales de las reformas de 1983 y 1996, en función del concepto de desarrollo sustentable, transversal a la norma suprema, en tal virtud:</p>

³¹ Artículo 19 numeral 2 de las Reformas a la Constitución Política de la República del Ecuador de 1983.

³² *Ibidem*. Artículo 22, numeral 2.

³³ *Ibidem*. Artículo 44.

³⁴ *Ibidem*. Artículo 44.

³⁵ *Ibidem*. Artículo 48.

³⁶ Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998.



1998	<ul style="list-style-type: none">-Mantuvo la declaratoria de interés público ambiental³⁷;-Ratificó el carácter supraindividual de los derechos ambientales, a los que categorizó como derechos civiles³⁸, pero también colectivos³⁹;-Incorporó expresamente la defensa del patrimonio natural y la protección ambiental como uno de los deberes primordiales del Estado⁴⁰;-Ratificó los fundamentos de la tutela judicial efectiva en asuntos ambientales en términos análogos a los del texto de 1996⁴¹;-Incorporó, en el catálogo de los derechos colectivos, normas especiales de reconocimiento de derechos y garantías a los pueblos indígenas y afro-ecuatorianos, entre los que destacan derechos de contenido ambiental⁴²;-Sirvió de base normativa para la promulgación de la Ley de Gestión Ambiental, que reguló la acción por daño ambiental; y la Ley reformativa al Código Penal del Ecuador, que tipificó delitos ambientales.
2008	<p>La Constitución de la República del Ecuador del 2008⁴³, mantuvo en su texto constitucional:</p> <ul style="list-style-type: none">-La estructura jurídica fundada en el deber estatal de protección del patrimonio natural⁴⁴;-La declaratoria de interés público ambiental⁴⁵;-El reconocimiento y garantía de derechos ambientales a las personas⁴⁶ y la población⁴⁷. Los derechos constitucionales de los pueblos también se ratifican⁴⁸ y se los extiende a las comunas, comunidades y nacionalidades indígenas;-En materia de tutela ambiental efectiva, la Constitución mantiene un enfoque amplio, permitiendo a cualquier persona el ejercicio de las acciones legales para obtener la tutela judicial efectiva.⁴⁹ <p>Entre lo más novedoso del texto constitucional encontramos:</p> <ul style="list-style-type: none">-La sistematización de los principios de derecho ambiental⁵⁰;-La incorporación de normas de carácter procesal ambiental⁵¹;-Y, el reconocimiento y la garantía de derechos a la naturaleza.⁵²

Fuente: Elaboración propia a partir de (Echeverría, 2019).

³⁷ Ibídem. Artículo 86.

³⁸ Ibídem. Artículo 23 numeral 6.

³⁹ Ibídem. Artículo 86.

⁴⁰ Ibídem. Artículo 3 numeral 3.

⁴¹ Ibídem. Artículo 87 y 91.

⁴² Ibídem. Artículo 84.

⁴³ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449: 20/10/2008

⁴⁴ Ibídem. Artículo 3 numeral 7

⁴⁵ Ibídem. Artículo 14 y 400.

⁴⁶ Ibídem. Artículo 66 numeral 27.

⁴⁷ Ibídem. Artículo 14.

⁴⁸ Ibídem. Artículo 57.

⁴⁹ Ibídem. Artículo 397 numeral 1.

⁵⁰ Ibídem. Artículo 395, 396, 397, 398.

⁵¹ Ibídem. Artículo 396, 397 numeral 1.

⁵² Ibídem. Artículo 10, 71 y 72



2.1.4.2 LOS PRINCIPIOS AMBIENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI.

A la par del otorgamiento a la naturaleza del status de sujeto de derechos, la Constitución del 2008 consagro varios principios ambientales; estos principios tienen como antecedente internacional a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo en 1972 y la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro en 1992, estas conferencias tuvieron como objetivo establecer un conjunto de principios que marquen la base y generen respuesta en la construcción de la normativa en materia ambiental, pues son los principios las directrices para la aplicación del derecho, como este debe ser interpretado, y a la vez orientador en la creación de políticas públicas.

Siendo así, el pleno de la Asamblea Constituyente, estableció los principios ambientales que se encuentran diversamente enmarcados en nuestra estructura constitucional ambiental, aprobados en el siguiente contexto⁵³:

Tabla 4: Principios ambientales consagrados en la Constitución del Ecuador de 2008.

PRINCIPIO	DESARROLLO	NORMATIVA
A) Principio de sustentabilidad.	El Estado garantiza un modelo de desarrollo ambientalmente sustentable, equilibrado, respetuoso de la diversidad cultural, conservando la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, asegurando la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.	Artículo 395 numeral 1.

⁵³ Acta 076 de la Asamblea Constituyente. 04 de julio de 2008. Pág. 238-240.



B) Principio de precaución.	En caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas	Artículo 396 inciso 1.
C) Principio de prevención.	El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño	Artículo 396 inciso 1.
D) Principio de transversalidad.	Las políticas de gestión ambiental respetarán este principio y serán de obligatorio cumplimiento del Estado, los gobiernos seccionales autónomas y en general todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional	Artículo 395 numeral 2.
E) Principio de participación.	El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades pueblos y nacionalidades afectados, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.	Artículo 395 numeral 3.
F) Principio de responsabilidad.	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. La responsabilidad también recaerá sobre las autoridades y/o funcionarios encargados o responsables de realizar el control ambiental.	Artículo 396 inciso 3.
G) Principio de reparación	Todo daño al ambiente además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de reparar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.	Artículo 396 inciso 2.



H) Principio de prevalencia.	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	Art. 395 numeral 4.
I) Principio de imprescriptibilidad.	Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales son imprescriptibles.	Art. 396 inciso 4.
J) La ley regulará la aplicación de los principios ambientales precedentes.	El Código Orgánico del Ambiente recoge estos principios ambientales y consagra demás principios.	No se llegó a establecer en el texto final.

Fuente: Elaboración propia a partir de la Acta 076 de la Asamblea Constituyente. 04 de julio de 2008.

De los señalados, solo los que respectan al de sustentabilidad, a la transversalidad, al de participación y prevalencia, fueron incluidos y contenidos en el artículo 395 de la Constitución⁵⁴, que titula sobre los principios ambientales, es decir, los demás no fueron considerados como tales al momento de la redacción final, siendo incorporados tácitamente como garantías ambientales. Sin embargo, en virtud de que el pleno es el máximo órgano de decisión de la Asamblea Constituyente⁵⁵, todos aquellos deben ser considerados como principios ambientales, aún más cuando así fueron tratados en las sesiones de la mesa constituyente, y al momento de la votación fueron votados como principios ambientales.

GARANTÍAS AMBIENTALES.

A los derechos y principios acompañan garantías constitucionales de carácter ambiental, que deben ser asegurados por el Estado como parte de su obligación de tutela ambiental; en virtud de los planteamientos expuestos en la Asamblea Constituyente⁵⁶, estas garantías buscan lo siguiente: La legitimación activa y genérica de cualquier persona natural o jurídica para acudir ante las autoridades y jueces para reclamar justicia ambiental. En ese sentido, la

⁵⁴ Artículo 395. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

⁵⁵ Artículo 5 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente

⁵⁶ Acta 040 de la Asamblea Constituyente. 29 de abril de 2008. Pag.27.



Constitución de Montecristi establece garantías como la legitimación activa abierta y la inversión de la carga de la prueba.

El camino brevemente desarrollado, condujo al objetivo de este trabajo, que tiene como objetivo analizar minuciosamente la garantía ambiental constitucional de la inversión de la carga de la prueba, siendo a partir de este punto, donde se hace mayor énfasis a esta institución jurídica procesal.

2.2 EL ESPÍRITU DE LA NORMA. LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA EN LA CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI.

2.2.1 PUNTO INTRODUCTORIO.

Como ya lo referimos, la Constitución de Montecristi tiene como antecedente un proceso constituyente, la Asamblea Constituyente, esta asamblea convocada para la redacción del nuevo texto constitucional estuvo integrada por 10 mesas, entre ellas la mesa número 5 de Recursos Naturales y Biodiversidad, hay que tomar en cuenta que anterior al debate, cada mesa llevó a cabo un proceso de socialización y propuesta nacional, con diferentes sectores y agrupaciones sociales, producto de ello y con ayuda de asesores de mesa se redactó el proyecto borrador llevado a discusión.

Este subcapítulo aplicará el método exegético⁵⁷ a partir de las actas de la Asamblea Constituyente, en específico estudio, todo lo que se dijo acerca de la inversión de la carga de la prueba, aquello canaliza una interpretación objetiva de la intención del legislador al momento de reconocer esta institución jurídica procesal. El análisis se llevará con el mayor respeto a quienes formaron parte de este proceso, en principal en nombre de todos los colectivos que lo miraron atentamente, más distinguidos, menos opacados.

⁵⁷ Método exegético: es un método de interpretación que se utiliza en el estudio de los textos legales y que se centra en la forma en la que fue redactada la ley o regulación por parte del legislador. Se estudia mediante el análisis de las reglas gramaticales y del lenguaje. Extraído de la página web Lifeder.com



2.2.2 DIAGNÓSTICO NACIONAL.

En el primer debate de la mesa 5, y como inicio al acto histórico se tomó lectura al informe de mayoría, se menciona que la propuesta del nuevo marco ambiental, sin disyuntiva, fue redactado con influencia y fruto de las discusiones, propuestas y demandas traducidas de los grupos sociales y expertos establecidas en seis foros nacionales, con afluente participación de organización sociales, barriales, de jóvenes, mujeres, organizaciones campesinas, afro e indígenas, municipios, ONGs, empresas privadas, gremios profesionales, entre otros sectores de más de quince provincias, movilizados y participativos.

La necesidad de adoptar nuevos cambios a los importantes avances implantados en la Constitución de 1998, un texto reiterado en ese momento como progresivo en material ambiental, obedece a varios factores disfuncionales para la promesa ambiental, tanto de carácter político, institucionales, económicos e históricos; La palabra “diagnóstico” fue impresa para aseverar esos factores, a mi criterio, considerados por quienes suscribieron el informe como un tema imprescindible para abordar la nueva propuesta ambiental.

Comienza este apartado haciendo relevancia al proceso histórico-territorial, mencionan:

“Durante la colonia fueron los valles interandinos las mayores fuentes de sobreexplotación de tierras, agua y bosques con el afán de satisfacer los requerimientos del sistema económico colonial. Con el advenimiento de la República y la incorporación del país al mercado mundial a fines del siglo XIX la frontera agrícola se expande hacia las cuencas media y baja del río Guayas, para a mediados del siglo extenderse hacia el resto del Litoral. Y el último cuarto del siglo XX fue testigo de los procesos de colonización hacia las zonas fronterizas y especialmente, la Amazonia Nororiental, que se transformó en el principal escenario de la extracción hidrocarburífera. Todos estos procesos derivaron en profundos cambios en los entornos naturales, depredación extensiva o intensiva de bosques, erosión de suelos, degradación de fuentes hídricas y la presencia de elementos contaminantes de distinto tipo, que han afectado la salud y la calidad de vida de generaciones enteras en las distintas regiones del país”.

Continúa el informe haciendo referencia a la urgencia pasada de incorporar instituciones de carácter ambiental en la agenda pública y política del país, esto se ve reflejado en la inclusión paulatina en los textos constitucionales, comenzando en la de 1983 con las precisiones que mencionamos en la tabla 2; la de 1996 concluyendo en una falta de claridad de las



competencias y autoridades nacionales para expedir normas, falta de claridad en el control de la gestión ambiental, y desconocimiento del usuario de las normas, las instituciones y los procesos legales ambientales; finalmente la de 1998, marcando la importante presencia política y social de los diversos actores, como el movimiento ecologista o los movimientos de campesinos, indígenas y afroecuatorianos, para incidir y viabilizar los contenidos de esta Constitución, de esta norma se hace referencia a que fue hito importante en el campo de las políticas ambientales y de los derechos individuales y colectivos, posibilitando una fuerte institucionalización de la agenda ambiental, la proliferación de normas, leyes y reglamentos, y el crecimiento institucional-gubernamental en temas ambientales.

Sin embargo, de estas transiciones normativas, aluden que en ninguna de ellas hubo un cambio evidente en el mejoramiento ambiental, aquello se aprecia en la expansión de las fronteras agrícolas, viales, petroleras y mineras, incluso en ese entonces, la deforestación representaba la tasa más alta de Sudamérica en relación territorial; manifiestan que las respuestas a la crisis ambiental han sido diversas, pero que no han sido efectivas por varios aspectos: la tendencia dominante ha sido la intervención tecnocrática y reformista (política de costos ambientales en la producción, y establecimiento de valores económicos para los bienes y servicios ambientales); iniciativas fundamentadas en 2 ejes: la privatización de áreas estratégicas y la descentralización de la gestión ambiental; conflictos de responsabilidades y competencias entre los consejos provinciales y municipales, por una ineficiente descentralización de la gestión ambiental, realizados vía decretos ejecutivos. Todo aquello, mencionan, pone en evidencia “la fase ecológica del capital” que refieren es la respuesta adaptativa que ha tenido el capitalismo frente al deterioro de su fuente principal de reproducción que es la naturaleza, insertándola en la lógica del mercado. De lo expuesto empeñan, se debe a la falta de decisión política por el Estado para garantizar un modelo sustentable, un modelo que asegure el equilibrio entre lo social, lo económico y lo ambiental, que asegure que las estrategias políticas y económicas para salir de la pobreza no descuiden la capacidad de la naturaleza para mantenerse; la naturaleza ya no puede ser tratada como un tema sectorial.



De esta manera breve, fue presentado los ejes históricos, normativos procesal e institucional y económicos, posicionando a los asambleístas en el más alto deber con la naturaleza, afirmando que el nuevo proyecto constitucional, se asienta sobre un modelo de “buen vivir”, de equidad, justicia y sustentabilidad, que replantea el sistema de territorialización del desarrollo considerando los límites ambientales, la descentralización entendida ahora como base de la creación y fortalecimiento de las capacidades locales y regionales, y en definitiva garantizar la sustentabilidad ambiental. Es así que se le presenta a la mesa y a la ciudadanía, la necesidad de replantear o redefinir las interrelaciones sociedad-naturaleza, economía-sociedad o naturaleza, ambiente y cultura, entre otras.

Este punto fue redactado en estricto apego a lo expuesto en la Asamblea Constituyente⁵⁸.

2.2.3 LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA PRESENTADA AL DEBATE.

Solo partiendo de lo anterior podemos entender que, el borrador del nuevo articulado incluye como es mencionado *“innovaciones claves en materia constitucional ambiental, que constituyen en algunos casos, excepciones generales a las reglas de Derecho”*⁵⁹, en este sentido, la inversión de la carga de la prueba fue presentada a la mesa por primera ocasión como una *innovación jurídica necesaria*, de tal manera que, en esencia, de todo el articulado ambiental presentado a debate se puede distinguir ciertos mecanismos como lo es esta institución, y presentan: *“la reversión de la carga de la prueba en contra del agente que cause un daño ambiental, lo cual fundamenta la responsabilidad objetiva o de riesgo en materia ambiental”*, presentándose su primer fundamento, la responsabilidad objetiva o de riesgo.

Aquí es necesario acercarse a la teoría. Saúl Uribe menciona que la doctrina se refiere a la responsabilidad objetiva o por riesgo como igual, a su criterio no es cierto porque el riesgo

⁵⁸ Acta 040 de la Asamblea Constituyente. 29 de abril de 2008. Pag.8-18.

⁵⁹ Acta 040 de la Asamblea Constituyente. 29 de abril de 2008. Pag.19.



no es el único criterio objetivo de imputación, debiendo ser analizadas por separado. (Uribe, 2016).

La responsabilidad objetiva ambiental, es reconocida en el artículo 396 inciso 2 constitucional: *“la responsabilidad por daños ambientales es objetiva”*. Brevemente, en la doctrina esta institución es una excepción a la regla general basada en la responsabilidad subjetiva o por culpa, por consiguiente, en materia ambiental se parte de la presunción de la responsabilidad del agente, es decir se presume su culpabilidad porque objetivamente se le hace responsable del daño, teniendo la víctima que demostrar únicamente el daño y el nexo causal, como resultado, al demandado le corresponde la carga de la falta de culpa y de la inexistencia de causa; invirtiéndose la carga de la prueba. (Crespo, 2008)

Por lo argumentado de Saúl Uribe, lo preciso sería determinar en que se sustenta esta atribución objetiva de la responsabilidad al agente, y en el caso particular ambiental sería a consecuencia de la teoría del riesgo, así, por ejemplo, la sentencia ya mencionada de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador acepto por primera vez la responsabilidad objetiva en materia ambiental, e invirtiendo la carga de la prueba en el sentido de *“quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito ”* (Daños y Perjuicios, 2002)

En este contexto, la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por riesgo, vendrían a ser a inentendibles e imprescindibles recíprocamente de la inversión de la carga de la prueba.

Continuando, el informe de mayoría presenta a los assembleístas los principios ambientales propuestos a debate, cada uno con su breve explicación; interesa aquello porque la inversión de la carga de la prueba solo podía ser entendida a través de estos principios, incluso esta institución estuvo en primer momento inserta al principio de Precaución y fundamentada en el principio de Prevalencia, siendo apremiante revisar sus conceptos y fundamentos.



PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Este principio fue abordado por la Asamblea Constituyente con mucha precisión, atendiendo de alguna manera el contexto social de nuestro país. En tal virtud, este principio fue propuesto como artículo, de la siguiente manera “El Estado adoptará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño. La carga de la prueba sobre el daño potencia o real, recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”, los fundamentos relativos a la inversión expresan lo siguiente:

- Este principio se aplica cuando es necesario tomar una decisión u optar entre alternativas, en una situación en que la información técnica es insuficiente o existe un nivel significativo de duda en las conclusiones del análisis técnico. En tales casos, el principio precautelatorio requiere que se tome la decisión que tiene el mínimo riesgo de causar, directa o indirectamente, daño al ecosistema.
- Recalcan lo que Betancourt señala: “(...) El conflicto entre la seguridad jurídica y la inseguridad e incertidumbre científicas es fuente de problemas. Porque el Derecho le pide a la ciencia algo que ésta no puede dar: la causa y el causante, o sea, la individualización de la causa productora del daño para a continuación individualizar al responsable que deba asumir las consecuencias jurídicas del daño. Frente a esta exigencia, la ciencia responde con sus dudas: no existe la certeza científica. No es posible afirmar con el mismo carácter que una solución mitiga o elimina los impactos. Estas ideas quedan puestas de manifiesto de manera dramática a la vista de los problemas de la lluvia acida y del calentamiento del planeta. Existen indicios de cuáles son las causas productoras de estos fenómenos; pero estas causas interactúan con otras en una cadena de causas hasta producir el indicado fenómeno”.
- La precaución es necesaria cuando dos circunstancias se presentan a la vez: falta de certidumbre científica y la amenaza de daño al ambiente o a la salud humana, animal o vegetal.

Tomando en consideración lo expuesto sobre la certidumbre científica, y en efecto, la dificultad por individualizar al responsable, y la causa directa al hecho, concluye:



“Para la aplicación de este principio, no se puede exigir a la comunidad afectada que demuestre los efectos o daños ambientales, pues de partida su situación de precariedad impide que esté en capacidad de disponer de recursos económicos o de conocimientos científicos para hacerlo. De ahí la importancia de mencionar en el artículo que la carga de la prueba recaerá sobre el gestor de la actividad”.

PRINCIPIO DE PREVALENCIA

La excepción a la presunción de inocencia del gestor de la actividad, o el demandado, es un tema controvertido en la inversión de la carga de la prueba ambiental; este es superado por el informe de mayoría a través del principio *indubio pro natura*⁶⁰ o principio de prevalencia.

En este contexto, manifiestan que el principio de prevalencia está relacionado con el principio de precaución, en el sentido que, existiendo dudas tanto en la aplicación de una determinada norma como en la evidencia científica, “es necesario favorecer a la naturaleza realizando una presunción a su favor, en razón del interés de la sociedad, y por el hecho de que no es posible mantener un riesgo que podría afectar no solo a un individuo, sino a todo el conglomerado social. Se debe establecer la presunción de inocencia a favor del ambiente. Desde esta perspectiva, se debe revertir la carga de la prueba en contra del demandado, es decir, rompe con el antiguo principio de que se presume la inocencia hasta que se pruebe lo contrario, pues en materia ambiental, la responsabilidad objetiva sería la excepción. El demandante no estará obligado a probar el nexo causal lo que recaerá en el demandado. Este principio elimina una de las barreras que obstaculiza el acceso a la justicia ambiental como es el costo de la prueba y la exigencia técnica de probar el daño ambiental”.

Este apartado fue realizado a través de lo expuesto en la Asamblea Constituyente.⁶¹

⁶⁰ Locución latina que expresa el principio jurídico de que, en caso de duda se favorecerá a la naturaleza.

⁶¹ Acta 040 de la Asamblea Constituyente. 29 de abril de 2008. Pag.21;22;23;25



Anticipo, este punto resulta clave pues constituyen las razones y fundamentos sobre el cual se apoyó la inversión de la prueba para su reconocimiento constitucional, además como mencionamos, su inclusión se debe en gran parte al proceso de socialización de la mesa previo a la redacción del articulado (borrador) y consecuentemente la presentación a debate en el primer informe de mayoría.

Me permito identificar críticamente cuestiones que son apreciadas en esta primera instancia, y que necesariamente deben resaltarse:

-La reversión de la carga de la prueba en materia ambiental se fundamenta en la responsabilidad objetiva y en la responsabilidad por riesgo.

-La inversión de la carga de la prueba es comprendida a través del principio de precaución, pues la falta de certidumbre científica en el ámbito ambiental, dificulta individualizar la causa productora del daño, y por segundo, la identificación del responsable.

-De lo anterior, una comunidad afectada no podría asumir la carga probatoria y demostrar los efectos o daños ambientales, pues tal vez no dispondría de capacidad económica por su situación de precariedad, y además falta de conocimiento científico para hacerlo. En otras palabras, la inversión evita el obstáculo de costo de la prueba y la exigencia técnica de probar el daño ambiental.

-La inversión de la carga exceptúa la presunción de inocencia del gestor de la actividad o demandado, en virtud del principio de prevalencia.

-El principio de prevalencia o pro natura, considera a la naturaleza como un verdadero sujeto de derechos, y en ese sentido, favorece a la naturaleza haciendo una presunción a su favor en razón del interés de la sociedad.

Nota: Los subcapítulos 2.2.2 y 2.2.3, fueron realizados a partir del primer informe de mayoría presentado en el primer debate referente a los textos constitucionales “De la Naturaleza y el Ambiente”; informe suscrito por los assembleístas: Jorge Calvas, Mario Játiva, Rosanna Queirolo, Mónica Chuji, Sofía Espín, Denise Coka, Gorki Aguirre, Rolando Pachana, Manuel Mendoza, Dionisio Cando, Abél Ávila, César Grefa.



2.2.4 APOYO, SUGERENCIAS, EN OPOSICIÓN.

Presentada la inversión de la carga de la prueba a debate, varias cuestiones fueron las que se puntualizaron de esta institución, constituyéndose un verdadero tema controvertido y a discusión.

Tabla 5: Criterios del debate constituyente sobre la inversión de la carga probatoria ambiental.

PRIMER DEBATE	CRITERIOS A FAVOR:
	<p>A. Ávila Abel.- Menciona que el principio de precaución a la par de la inversión de la carga de la prueba, le da a la naturaleza su derecho como sujeto a no ser violentada. En el sentido que, pese a no haber evidencia tangible del daño, se lo presume; y si se hace o quiere hacer una actividad utilizando los recursos naturales, y se presume que hay daño, la carga de la prueba recae en quien vaya a usar o quien utilice el recurso natural. ⁶²</p> <p>A. Sofía Espín.- Referente al tema de precaución, considera que revertir la carga es fundamental “Cuando, obviamente, hay una duda, hay incertidumbre de lo que va a pasar cuando talamos un bosque, cuando desviamos un rio, cuando instalamos una fábrica que contamina o manipula el ambiente, obviamente ¿Quién es el que tiene que demostrar que eso va a hacer un daño ambiental profundo e irreversible?, ¿son las comunidades pobres o es la transnacional y la empresa privada que tiene recursos? Ellos son los que tienen que demostrar que eso que van a hacer, no produce un daño, entonces, es también consagrar un derecho a las colectividades, es también consagrar un derecho a los humanos”.</p>
	CRITERIOS EN CONTRA:
	<p>A. Diana Acosta.- Manifiesta que la frase “daño potencial” (la carga de la prueba sobre el daño potencial o real, recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado” debe ser eliminada, y la institución procesal de la carga probatoria remitida al capítulo pertinente, por lo siguiente:</p> <p>- Describe como peligroso y además un error de tipeo haber puesto “el daño potencial”, cita la definición de la RAE sobre el término potencial (RAE: potencial significa algo que puede suceder o existir, y que está en contraposición con lo que existe), refiere esto quiere decir, que sin haber contaminación por parte de la empresa o compañía, es decir sin cometer y existir ningún daño, se la va a juzgar porque alguna persona creyó que iba a contaminar pero aún no ha contaminado. De lo expuesto argumenta que no hay lógica alguna, y agrega vulneraría derechos humanos fundamentales</p>

⁶² Acta 040 de la Asamblea Constituyente. 29 de abril de 2008. Pag.95-96.



como la presunción de inocencia establecida en la Declaración de Derechos Humanos. Menciona que lo potencial no se puede sancionar y que es jurídicamente inaceptable, teniendo que ser eliminado.

- Sostiene que el tema de la inversión de la carga, no debe estar inmersa en el capítulo propuesto porque es un tema procesal, debiendo ir en el capítulo pertinente; plantea que debe haber una inversión de la carga probatoria, en virtud: de la celeridad procesal, no se obstruya la justicia ni se obstaculice su acceso, y para que no haya un nexo causal que probar, lo cual considera demasiado exagerado pero que es necesario en ciertos procesos como en los delitos sexuales, por lo tanto manifiesta que no se puede dar preferencia a la naturaleza, que si bien tiene mucha importancia, pero nunca puede estar por encima de un ser humano. En definitiva, considera que la inversión se remita a su capítulo pertinente, y que se lo haga en cosas importantes como son los derechos fundamentales del ser humano, aquellos grupos vulnerables donde sería más sensato.⁶³

SUGERENCIAS:

A. Rosanna Queirolo.- Sugiere que la última parte del artículo referente al principio de precaución “La carga de la prueba sobre el daño potencia o real recaerá sobre el gestor de la actividad o del demandado”, debe trasladarse al segmento de los artículos de garantías ambientales, en específico a la parte final del literal a) sobre la garantía de acceso a la justicia ambiental; pues tiene directa relación con este tema.

Fuente: Elaboración propia a partir del Acta 040 de la Asamblea Constituyente. 29 de abril de 2008

En relación al primer encuentro, la mesa 5 en debate interno recibió algunas recomendaciones y observaciones, en este sentido, acogió la recomendación de reubicar “la reversión de la carga de la prueba” en el artículo 2 de Garantías Ambientales. Manifestando “La justificación para elevar a nivel de garantía constitucional la reversión de la carga de la prueba en materia ambiental es porque generalmente las comunidades potencialmente afectadas por impactos ambientales carecen de medios económicos para probar el daño producido o por producirse, en justicia el presunto causante del daño ambiental debe probar la ausencia de su irresponsabilidad y la inocuidad⁶⁴ del hecho demandado”⁶⁵. (lo subrayado me pertenece).

Contemplándose de la siguiente manera:

⁶³ Acta 040 de la Asamblea Constituyente. 29 de abril de 2008. Pag. 98-100.

⁶⁴ La inocuidad es la incapacidad para hacer daño.

⁶⁵ Acta 071 de la Asamblea Constituyente. 28 de junio de 2008. Pag. 98-99.



“Art 2. El Estado garantizara el derecho de sus habitantes de manera individual y colectiva a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a través de:

- a) El acceso a los órganos jurisdiccionales y administrativos, por parte de cualquier persona natural o jurídica sin perjuicio de su interés directo y a obtener de ellos la tutela en material ambiental incluyendo las medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. **La carga de la prueba sobre el daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”**.

Tabla 6: Criterios del debate constituyente sobre la inversión de la carga probatoria ambiental.

SEGUNDO DEBATE	CRITERIOS EN CONTRA:
	<p>A. Pablo Lucio.- Considera que siendo la razón de esta institución fundamentalmente económica, es decir que las comunidades no tiene los medios económicos para poder emprender esas acciones legales; propone que no se revierta la carga de la prueba y mantenerla en su noción tradicional, pero establecer que las personas y comunidades que no tuviesen mecanismos legales y económicos para hacerlo, sea el Estado quien los provea. Aquel planteamiento lo hace en virtud de que, en la nueva propuesta de texto constitucional se consideró crear la Defensoría del Ambiente (finalmente no se llegó a crear este organismo).⁶⁶</p> <p>A. Rafael Esteves.- Describe que el principio general en derecho es el que demanda prueba lo que está demandando, con la reversión de la carga de la prueba, lógicamente sería el demandado quien prueba lo que se demanda; menciona que es delicado reconocer la reversión de la prueba, teniendo en considerando que de fondo se ha analizado que en el tema ambiental el que demanda no tiene recursos para hacerlo, indica sin embargo, que es inaceptable por ser contradictorio, ya que existe una defensoría pública que obliga al Estado auspiciar a un ciudadano, grupo de ciudadanos o pueblos a plantar una demanda; “ya nadie en el país, según esta nueva Constitución, puede decir que no tiene recursos para accionar una reclamación”.⁶⁷</p>
	CRITERIOS A FAVOR:
	<p>A. Martha Roldos: Manifiesta increíble e injusto que el Estado sea el que tenga que “cubrirle” a las trasnacionales, como la petrolera y minera, las investigaciones que lo que ellos van a hacer allí, no dañen al ambiente; agrega que muchas de estas empresas trasnacionales tienen más dinero que el Ecuador, siendo ellas las que deben demostrar que lo que van a hacer no provoque un daño ambiental, no el Estado ni las comunidades.⁶⁸</p>

⁶⁶ Acta 071 de la Asamblea Constituyente. 28 de junio de 2008. Pag. 118-119.

⁶⁷ Acta 071 de la Asamblea Constituyente. 28 de junio de 2008. Pag. 123-124.

⁶⁸ Acta 071 de la Asamblea Constituyente. 28 de junio de 2008. Pag. 155.



Fuente: Elaboración propia a partir del Acta 071 de la Asamblea Constituyente. 28 de junio de 2008

Los argumentos expuestos constituyen en su integridad todo lo referente a la inversión de la carga de la prueba; finalmente, el articulado constitucional respecto a los principios ambiental en el proceso de votación obtuvo los siguientes resultados⁶⁹: Asambleístas presentes: **80**; Votos afirmativos: **78**; Negativos: **0**; En blanco: **1**; Abstenciones: **1**; en cuanto los textos constitucionales relativos a las garantías ambientales (aquí la reversión de la carga probatoria), obtuvo los siguientes resultados⁷⁰: Asambleístas presentes: **82**; Votos afirmativos: **79**; Negativos: **0**; En blanco: **2**; Abstenciones: **1**.

2.2.5 REFLEXIONES GENERALES.

Por último, es menester analizar cuál fue la intención del legislador al momento de reconocer la inversión de la carga de la prueba como garantía constitucional.

Primero debemos otorgar atención a los criterios contrarios a esta institución, sin embargo, los relativos a que el Estado deba ser quien provea la asistencia legal y económica a través de la defensoría pública, a mi criterio no son argumentos válidos pues el tema económico no es el único aspecto a observar, consideremos una supuesta no previsión de la inversión, el demandante tendría que demostrar la existencia del daño ambiental y además de eso la culpa del responsable, algo sumamente complicado y por no decirlo imposible, siendo el tema técnico otro aspecto a observar y que sostiene el desplazamiento de la carga. Otro criterio manifiesta absurdo el hecho de que el demandado sea obligado a probar la inexistencia del daño, aún cuando tal daño no exista, vulnerando así su presunción de inocencia; se podría responder a aquello justamente a través del principio de precaución, lo que se quiere es evitar un posible impacto ambiental, además que el demandado es el mejor facultado para probar que tal daño no existe.

⁶⁹ Acta 076 de la Asamblea Constituyente. 04 de julio de 2008. Pag. 238-240.

⁷⁰ Acta 078 de la Asamblea Constituyente. 07 de julio de 2008. Pag. 139-140.



A mi criterio, son varias las puntualizaciones que se pueden atribuir como intención del legislador al reconocer esta institución jurídica, me permito hacer las siguientes:

-La intención de incorporarla como innovación jurídica ambiental. Esta institución fue propuesta y reconocida como parte de las innovaciones en materia constitucional ambiental;

-La intención de ser observada como garantía constitucional. El Estado garantiza con esta institución el derecho de sus habitantes de manera individual y colectiva a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado;

-La intención de justificarla a través del principio de precaución. Parte de su fundamento obedece por la falta de certidumbre científica ambiental;

-La intención de evitar el obstáculo de costo de la prueba y la exigencia técnica de probar el daño ambiental. En el país ecuatoriano es común que los potenciales afectados sean miembros de comunidades precarias, que no disponen capacidad económica y además falta de conocimiento científico para hacerlo;

-La intención de favorecer a la naturaleza realizando una presunción a su favor. Se excepciona la presunción de inocencia del demandado, en razón del interés de la sociedad, considerando que no es posible mantener un riesgo que podría afectar no solo a un individuo, sino a todo el conglomerado social;

-La intención de crear un mecanismo judicial efectivo. Quien demanda no queda en estado de desequilibrio o desventaja ante las variables que podrían presentarse;

-La intención de garantizar protección de derechos tanto a la naturaleza como a las personas. Constituye una herramienta para que la naturaleza sea protegida y no violentada, y a la vez



una garantía para las personas que acuden a la administración de justicia para demandar un daño ambiental.

-La intención de que sea fundamentada en nociones teóricas de la doctrina civil. Debe ser reflexionada a través de cuestiones doctrinarias provenientes de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo.

2.3 LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.

Se ha podido observar que, el legislador al momento de ubicar la carga de la prueba en material ambiental dentro de la Constitución, se la reconoció como garantía constitucional, más no como principio ambiental, este punto observará el alcance de esta institución según la doctrina.

Para empezar, Luigi Ferrajoli llama garantía a “toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendido por “derecho subjetivo” toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”, así distingue garantías positivas (consisten en la obligación de su cumplimiento) y garantías negativas (obligación de la omisión) según la expectativa garantizada, es decir los derechos subjetivos. Aquellas son las *garantías primarias* o sustanciales, que básicamente siguen siendo derechos, pero a partir de estas podemos distinguir otras segundas, las *garantías secundarias o jurisdiccionales*, que son las obligaciones por parte de los órganos jurisdiccionales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando se constate la violación de las garantías primarias. (Ferrajoli, 2000)

De lo expuesto, Pisarello lo sintetiza de la siguiente manera. “Las garantías primarias serían garantías legales y las secundarias jurisdiccionales. Las garantías primarias comprenderían las obligaciones que, en materia de derechos fundamentales, las normas imponen al legislador (e indirectamente a la administración). Las secundarias por su parte, estarían constituidas por los deberes que, también en relación con los derechos, las normas encomiendan a los órganos jurisdiccionales. La relación entre unas y otras garantías sería de



subsidiariedad. Osea, que las garantías secundarias operarias solo en caso de insuficiencia o incumplimiento de las garantías primarias. Ambas serian, en suma, deberes a cargo de los poderes públicos, esto es, garantías institucionales”. (Pisarello, 2001)

Es primordial separar la noción derecho de la noción de garantía, cuando hablamos de derechos, hacemos referencia a los derechos fundamentales que pertenecen universalmente a todos, y adquieren la calidad de derecho constitucional cuando son reconocidos en la Constitución, así por ejemplo el derecho a la vida; en cuanto a garantía, es un mecanismo de protección y es consecuente a la existencia de los derechos, es decir, aporta a la efectividad de su ejercicio.

En este contexto, la inversión de la carga de la prueba es plasmada como garantía constitucional de la siguiente forma:

Gráfico 1: Descripción de la inversión de la carga probatoria como garantía.

Art. 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. 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. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

Derecho constitucional

1. Permitir a 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, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.

Garantía Constitucional primaria

Fuente: Elaboración propia a partir de la Constitución de la República del Ecuador 2008.

De tal manera, la institución de la carga de la prueba es una garantía primaria, constituyéndose en un derecho para la parte actora y en general del interés público que se cumpla con tal presupuesto; no es una garantía secundaria, pues siendo estas escudos



protectores de las garantías primarias, son otras las existentes (como la acción de protección o la acción por incumplimiento). Además, teniendo en consideración que quien asume el gravamen de la carga probatoria no está obligado a cumplirla porque su inobservancia es perfectamente lícita; la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental, a mi criterio es una garantía primaria de carácter positiva, porque para garantizar y prevenir el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, corresponde la obligación:

- Del gestor de la actividad la obligación positiva de asumir el interés respecto a la carga probatoria, debiendo observar su cumplimiento, más no está obligado a cumplirlo.
- La obligación positiva del Estado de cumplirla legislativa y jurisdiccionalmente.

Luigi Ferrajoli sostiene, que en ausencia de garantías (obligaciones de cumplimiento u omisión de deberes correspondientes a los derechos constitucionalmente establecidos), no hay laguna (como lo sostienen otros doctrinarios), sino la propia inexistencia de esos derechos establecidos. (Ferrajoli, 2006) De esa forma explica la importancia de las garantías, y resulta lógico, si un derecho no tiene garantías, fácilmente el derecho podría ser vulnerado o complejamente efectivizado, por lo tanto, no es suficiente proclamarlo, es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su tutela.

TIPOS DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN DEL 2008

De la Constitución de Montecristi⁷¹, se ha podido identificar cuatro tipos de garantías constitucionales: las garantías normativas reguladas en el artículo 84⁷², las garantías de políticas públicas en el artículo 85⁷³, las garantías jurisdiccionales promulgadas a partir del artículo 86⁷⁴, y las garantías institucionales contenidas en varias instituciones señaladas en la Constitución. A continuación, su conceptualización.

⁷¹ Constitución de la República del Ecuador del 2008. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

⁷² *Ibidem*. Artículo 84.

⁷³ *Ibidem*. Artículo 85.

⁷⁴ *Ibidem*. Artículo 86.



Tabla 7: Tipos de garantías constitucionales según la CRE.

Tipo de Garantía	Conceptualización
Garantías Normativas	“Cualquier autoridad del Estado que tenga facultades para normar, como el Parlamento al dictar leyes, el presidente al dictar reglamentos, los consejos municipales al dictar ordenanzas o los ministros al emitir una resolución, está obligada a adecuar esa norma a la Constitución y a desarrollar, en lo que se pueda y corresponda, los derechos”. (Ávila, 2010) Así por ejemplo, la principal garantía normativa es el conocido principio general de Supremacía de la Constitución.
Garantías Institucionales	Son los mecanismos de protección que la Constitución otorga, no ya a los derechos fundamentales de las personas, sino a determinadas organizaciones o instituciones valiosas desde el punto de vista del constituyente, a las que asegura un núcleo o reducto indisponible para el legislador. Ejemplo, el reconocimiento del Estado laico. (Montaña, 2011)
Garantías de políticas públicas	En Ecuador, según el artículo 85 constitucional, la formulación, ejecución y evaluación de políticas y servicios públicos debe orientarse necesariamente a la eficacia del plan nacional del buen vivir, y todos los derechos. Por garantías políticas, cualquier autoridad que realice algún plan, programa o proyecto, de igual modo, debe adaptar sus decisiones hacia la realización de los derechos (Ávila, 2010)
Garantías jurisdiccionales	Son un conjunto de instrumentos procesales que dentro del sistema jurídico estatal cumplen la función de la tutela directa de los derechos constitucionales, logrando la tutela efectiva de los derechos. Ejemplo, la acción de protección. (Montaña, 2011) La LOGJCC ⁷⁵ en su artículo 6, establece la finalidad de las garantías jurisdiccionales, estableciendo como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

Fuente: Elaboración propia a partir de la Constitución de la República del Ecuador 2008.

⁷⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009



De lo expuesto no cabe elucubrar si la inversión de la carga de la prueba pertenece a alguna de estas categorías, pues no cumple con la esencia de estas, sin embargo, son señaladas para excluirlas de aquellas, además de estar interrelacionadas con el estudio realizado, en especial con las garantías jurisdiccionales.

En consecuencia, por el carácter de esta institución, y por la forma en como fue debatida y promulgada en el texto constitucional como herramienta en el proceso, esta noción jurídica constituye una garantía constitucional procesal.

Al respecto, puede leerse la entrevista 2 de los anexos en el presente proyecto de investigación.

El diccionario español jurídico, define a las garantías procesales como un “conjunto de derechos públicos reconocibles a los justiciables por la Constitución con la finalidad de asegurar las condiciones necesarias para el logro de un proceso justo” (DEJ, 2020)

La conceptualización de las garantías constitucionales genéricas pueden precisar el concepto de garantía procesal, en efecto, se denomina como garantías genéricas las que están “dirigidas a los poderes públicos, limitando ese poder como medida de protección de derecho, como ocurre con la reserva de ley y con el núcleo esencial, e incluso algunas dirigidas directamente a los jueces, como son las exigencias de motivación de las resoluciones” (Oyarte, 2016) también, se define como *garantías procesales genéricas* “aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal” (Coria, 2006)

Considerando que la actividad probatoria se desenvuelve durante todo el proceso, no se puede restringir los efectos de esta garantía constitucional de la inversión de la carga



probatoria a determinados momentos o actos procesales, sino que su fuerza garantista incumbe a la totalidad del juicio.

En virtud de lo promulgado en la Constitución del 2008, esta garantía ambiental debe ser observada en amparo y existencia de garantías genéricas y procesales, como la garantía del debido proceso, o la tutela judicial efectiva. Así por ejemplo, se podría declarar la vulneración del debido proceso o la eficacia del mismo, en virtud del artículo 76 numeral 1 de la Constitución⁷⁶ con relación al reiterado 397 numeral 1:

“Art. 76.- 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: 1.- Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.”

Por último, es importante señalar, que el derecho constitucional que busca proteger la inversión de la carga probatoria del daño ambiental, es de titularidad del ser humano, es decir, es un derecho ambiental y no un derecho propio de la naturaleza, diferencia que ya se ha expuesto anteriormente.

Los derechos ambientales constitucionalmente reconocidos son entre otros el ambiente sano y ecológicamente equilibrado, mientras que los derechos de la naturaleza son el respeto integral a su existencia; mantenimiento y regeneración de ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; así como el derecho a ser restaurada. (Bustamante, 2018)

En conclusión, la inversión de la carga probatoria en materia ambiental no es un estándar, una directriz, o un principio. Es una garantía procesal, primaria y de carácter positiva, constituyéndose en un derecho individual y colectivo, y una obligación positiva para los sujetos inmersos a su observación. Simplemente, es un derecho como tal y una garantía procesal.

⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.



CAPITULO III.

LA TEORÍA DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA POR
DAÑOS AMBIENTALES



3.1 NOCIONES GENERALES DEL DAÑO AMBIENTAL.

3.1.1 NOCION PREVIA DEL DAÑO AMBIENTAL

El camino abordado por los teóricos para encontrar la definición de daño ambiental ha sido bastante complejo, pues aquello constituye una reforma a la noción tradicional del daño, y siendo el derecho ambiental un nuevo derecho, asimismo se puede calificar a los daños ambientales como un nuevo tipo de daño (Cafferatta, 2009);

En términos universales, el daño entendido por sí solo, proviene del latín *damnum* y sugiere el efecto de dañar, a la vez dañar proviene del latín *damnāre*, que es condenar y en segunda acepción abstracta es causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia⁷⁷.

En un sentido amplio, Cabanellas sostiene que Daño “es todo perjuicio o menoscabo, que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes, y que sus causas pueden ser el dolo, culpa, negligencia, o caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o causalidad entre el autor y el efecto” (Cabanellas, 1982)

Tradicionalmente, la naturaleza no ha ocupado menor espacio en la dogmática jurídica relativa al derecho de daños, de la definición de Cabanellas, podemos observar que la responsabilidad civil ampara jurídicamente los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales. Siendo dos los tipos de daños que doctrinariamente se estudian y reconocen en el derecho civil:

Daño Patrimonial: Es aquel daño que recae sobre un objeto, ya sea de forma directa sobre el propio objeto o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona titular del mismo y siempre que sea susceptible de comercio entre los hombres. Es daño

⁷⁷ Definición de “daño” y “dañar” Extracto del Diccionario de la lengua española.



patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados y daño patrimonial indirecto, el daño emergente o lucro cesante. Aquellos daños son susceptibles de apreciación económica. (Maciá, 2010)

Daños Extrapatrimoniales: “Se los puede concebir como aquel conjunto de bienes jurídicos que se caracterizan por ser carentes de apreciación económica, son valores de naturaleza subjetiva, que tienen como principal peculiaridad la ausencia de valoración pecuniaria, sin embargo, pese a no poder ser cuantificados económicamente poseen una gran trascendencia social, cultural y moral”. (Abarca, 2011)

Cuando recurrimos a la responsabilidad civil derivada de estos 2 tipos de daños, patrimoniales y extrapatrimoniales, remite pensar de qué forma los daños producidos a la naturaleza encajan dentro de esta clasificación dual. La respuesta la encontramos en la naturaleza bifronte⁷⁸ del derecho ambiental.

Al respecto, Goldeman y Cafferatta señalan que el daño ambiental “no solo es el daño que recae sobre el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de impacto ambiental, son los que se refiere también al perjuicio que el medio ambiente afectado ocasiona colateralmente a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una (reparación, el resarcimiento de un perjuicio patrimonial o extra patrimonial que se le ha causado).” (Goldeman & Cafferatta, 2001)

De aquello podemos colegir la existencia de dos tipos de daños provenientes de la naturaleza que debemos diferenciar, al respecto René Bedón menciona esta doble esfera de daños

⁷⁸ Alsina, J. B. (1995). Derecho ambiental: fundamentación y normativa. Abeledo-Perrot. “El daño ambiental es un daño de naturaleza bifronte, con incidencia individual y colectiva al mismo tiempo: un mismo hecho afecta en sus derechos subjetivos a una y a varias personas a la vez, y además, afecta bienes propios, particulares de cada individuo, y bienes comunes o compartidos por una generalidad indeterminada de individuos”.



derivados de un evento ambiental dañoso: El daño ambiental per se, que se lo ha definido como impacto ambiental, es decir el que afecta exclusivamente a la naturaleza y ambiente, sin consideración a otra titularidad individual o colectiva de derechos, y por segundo, el daño civil ambiental o daño ambiental continuado, que afecta los intereses y derechos individuales y colectivos, por ocasión del evento ambiental. (Bedón, 2010)

Cuando tratamos estas dos categorías de daños: “daños ecológicos puros” es decir, los daños provocados al medioambiente, y “daños civiles ambientales” que afectan la salud o los bienes de las personas por una afección ambiental, es primordial diferenciar según Cassagne⁷⁹, que los primeros son regulados por el Derecho Público, mientras que los segundos se encuentran regidos por el Derecho Civil o Privado. Más adelante observaremos como el reconocimiento constitucional de la responsabilidad objetiva y de la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental, dio vuelta al sistema de la responsabilidad civil tradicional.

Una segunda diferencia se puede apreciar a partir del numeral 27 del artículo 66 de la CRE, que reconoce:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

(...) 27. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”⁸⁰.

Daniela Ochoa, se asemeja a la clasificación de los daños ambientales, que la doctrina los acepta también como “daños ambientales personales” y “daños ambientales ecológicos puros”. La distinción se presenta en el carácter colectivo de los daños ecológicos puros, y el carácter individualista de los daños ambientales personales:

⁷⁹ Cassagne, J. (2005). El daño ambiental colectivo. IUS ET VERITAS, 15(30), 309-318. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11808>

⁸⁰ Artículo 66 numeral 27. Constitución de la República del Ecuador del 2008. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

- a) Los daños ambientales personales, o daño civil ambientales, son los que se ocasionan en la esfera individual de un sujeto determinado, afectando intereses individuales o derechos subjetivos, como el patrimonio.
- b) Los daños de carácter colectivo, no afectan a la esfera individual de una persona determinada, sino al interés público en general. En nuestro marco jurídico, el interés colectivo por el derecho a vivir en un ambiente sano. (Ochoa, Caso “Chevron-Texaco” y “daño ecológico puro”, 2019)

Gráfico 2: El daño ecológico puro como daño colectivo



Fuente: Elaboración propia a partir de (Ochoa, Caso “Chevron-Texaco” y “daño ecológico puro”, 2019)

En consecuencia a los aportes teóricos revisados en el presente epígrafe, el presente trabajo aborda temas pertinentes y relacionados únicamente con el daño ambiental propiamente dicho, impacto ambiental, o lo que se ha llamado como daño ecológico puro, sin perjuicio de que estos daños puedan repercutir en otros derechos individuales.



3.1.2 CONCEPTUALIZACION DE DAÑO ECOLOGICO PURO.

En efecto, al hablar del daño al ambiente, se tiene que Ambiente proviene del latín ambiens, -entis, que significa “que rodea o cerca”, en segunda acepción es: condiciones o circunstancias físicas, sociales, económicas, etc., de un lugar, de una colectividad o de una época. Medio ambiente en un sentido biológico se describe como el conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo.

Una aproximación a su definición, la derogada Ley de Gestión Ambiental definía al daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos”⁸¹; actualmente, el Código Orgánico del Ambiente no promulga una definición de daño ambiental.

Para efectos legales, la legislación Chilena⁸² establece en su ordenamiento jurídico un concepto de daño ambiental similar, y la define como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.

La ley General del Ambiente de Argentina define daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos⁸³.

Con relación a la teoría, se define al daño ecológicamente puro, a “aquel que tiene que ver con la lesión de los componentes del medio natural y sus interacciones, (...) en suma, se trata de una alteración de la capacidad funcional de los ecosistemas”. (González, 2006)

⁸¹ Ley de Gestión Ambiental. Registro Oficial Suplemento 418 de 10-sep-2004. Estado (Derogado).

⁸² Artículo 2 de la Ley sobre bases generales del medio ambiente. Ley 19300. Promulgada el 01 de marzo de 1994.

⁸³ Artículo 27. Ley General del Ambiente Argentina (No. 25.675)



Jesús Conde Antequera explica: “Será un daño ambiental aquel que se causa a bienes, elementos o recursos integrantes del medio ambiente como bien jurídico colectivo, que carecen de un titular específico” (Antequera, 2004). En el caso ecuatoriano si pertenecen a un titular específico, a la Naturaleza o *Pachamama* como titular de ese derecho.

De esto último, no estamos ante un típico caso de daño civil que podría ser resarcido pecuniariamente, sino por el contrario, deviene un deber de remediar a la naturaleza. (Bedón, 2010) Frente a aquello nace una verdadera problemática, como lo señala Albert Ruda González: “falta un método comúnmente aceptado para llevar a cabo la valoración de recursos naturales. Suelen manejarse criterios antropocéntricos, que no reflejan el valor ecológico de los recursos en cuestión”

Como aporte, Beatriz Silva comparte diferentes conceptualizaciones; “El daño ambiental es producido por conductas humanas que contaminan o degradan el medio ambiente. La degradación ambiental se entiende como la disminución o el desgaste de los elementos que componen el medio ambiente, como lo serían a manera de ejemplo, la tala de un bosque o el desecamiento de un manglar. Ahora bien, por contaminación entendemos la presencia en el medio ambiente de uno o más contaminantes, o combinación de ellos, en concentraciones tales y con un tiempo de permanencia tal, que causen en dicho ambiente características negativas para la vida humana, la salud y el bienestar del hombre, la flora y la fauna, o produzcan en el hábitat de los seres vivos, aire, agua, suelos, paisajes o recursos naturales en general, un deterioro importante”. (Silva, 2012)

3.1.3 EL IMPACTO AMBIENTAL Y EL RIESGO PERMITIDO.

En nuestro medio, de impacto ambiental puede entenderse como el efecto producido en el ambiente y los procesos naturales por la actividad humana en un espacio y un tiempo determinados (Wathern, 1988).



Asimismo, se puede decir que el impacto ambiental “implica los efectos adversos sobre los ecosistemas, el clima y la sociedad debido a las actividades, como la extracción excesiva de recursos naturales, la disposición inadecuada de residuos, la emisión de contaminantes y el cambio de uso del suelo, entre otros” (Perevochtchikova, 2013).

En efecto, un estudio de impacto ambiental “sirve para identificar, predecir e interpretar el impacto ambiental, así como para prevenir las consecuencias negativas que determinadas acciones, planes, programas y proyectos pueden tener en la salud humana, el bienestar de las comunidades y el equilibrio ecológico”. (Vidal & Franco, 2009) (lo subrayado es propio).

El CODA en su artículo 179 establece como obligación para los gestores de actividad elaborar un estudio de impacto ambiental, previendo lo siguiente:

“Art. 179.- De los estudios de impacto ambiental. Los estudios de impacto ambiental deberán ser elaborados en aquellos proyectos, obras y actividades que causan mediano y alto impacto o riesgo ambiental para una adecuada y fundamentada evaluación, predicción, identificación e interpretación de dichos riesgos e impactos.”⁸⁴

Por consiguiente, nuestra legislación establece varios mecanismos para prevenir un insostenible impacto ambiental, considerando que es necesario contar con instrumentalización necesaria para la toma de decisiones.

Como resultado, el artículo 181 del mismo Código⁸⁵ establece como finalidad del plan de manejo ambiental lo siguiente:

“Artículo 181.- De los planes de manejo ambiental. El plan de manejo ambiental será el instrumento de cumplimiento obligatorio para el operador, el mismo que comprende varios subplanes, en función de las características del proyecto, obra o actividad. La finalidad del plan de manejo será establecer en detalle y orden cronológico, las acciones cuya ejecución se requiera para prevenir, evitar, controlar, mitigar, corregir, compensar, restaurar y reparar, según corresponda”.

⁸⁴ Código Orgánico del Ambiente. Artículo 179. Registro Oficial Suplemento 983 de 12-abr.-2017

⁸⁵ *Ibidem*. Artículo 181.



Debemos considerar que todas las actividades humanas, de forma general y abstracta, representan un riesgo al medio ambiente, más aún cuando dicha actividad es de escala considerable, frente a aquello actúa el principio de prevención ambiental. Esta prevención del riesgo constituye como lo observamos, una forma de intervención administrativa propia del derecho público, estableciendo obligaciones de prevención específicas para cada supuesto.

La observancia de aquellas herramientas, serán fundamentales para determinar en sentido negativo el incumplimiento de los parámetros previamente autorizados por la autoridad nacional competente, es decir aquel umbral del riesgo ambiental permitido que no podrá sobrepasar por quienes se encuentran sometidos a su ejecución.

Como resultado, la regulación normativa ambiental crea estándares técnicos que son recogidos en normas, los cuales determinan la existencia de un riesgo permitido cuando una actividad se ubica bajo dichos estándares. En sentido opuesto, toda actividad que no se alinea al estándar regulatorio establecido generará un daño ambiental.

“Dicho de otro modo, el “daño ambiental” surgirá cuando se lleven a cabo actividades que impliquen un deterioro del ambiente en cuanto tal, entendido como bien de titularidad colectiva, y que para que dicho daño sea relevante ha de tener una cierta gravedad, pues si es insignificante o tolerable (la tolerabilidad excluye la ilicitud) de acuerdo con las condiciones del lugar, no se podría hablar en estricto rigor de un “daño ambiental” ni surgirá pues, la responsabilidad”. (Ochoa, 2019)

No obstante, lo expuesto en este epígrafe rige para quienes se sometan a esta regulación administrativa, pero aquello no implica la exclusión de actividades o efectos dañinos al ambiente provocadas por particulares que no se encuentren sometidos a estas normas administrativas.



3.1.4 CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO AMBIENTAL.

Varias son las características atribuibles a esta conceptualización de daño ecológico, constituyendo la base determinante para establecer varios de los principios ambientales consagrados, como el de imprescriptibilidad, responsabilidad, precautorio, reparación, etc.

De acuerdo con Aquilino Vázquez García, el daño ambiental posee una serie de características específicas, a saber: es irreversible; es acumulable; es difuso, tanto por la forma de exteriorizarse, como por la forma en que se determina la relación causa-efecto; es colectivo; es consecuencia de los procesos tecnológicos; carece de espacialidad determinada; y se presenta en dos ámbitos al afectar los derechos subjetivos de individuos determinados. (Vázquez, 2004)

- **Es de interés colectivo;** puede presentar una pluralidad de autores, víctimas o de ambos, pudiendo afectar a comunidades de individuos e incluso rebasa fronteras.
- **Es irreversible;** por sofisticado que sea el sistema de reparación que se utilice la flora y la fauna nunca volverán a su estado anterior. La doctrina reconoce dos supuestos en las cuales la reparación del daño ambiental es imposibilitada debido a la irreversibilidad ambiental, siendo: (i) Es irreversible porque el daño ambiental ocasionado es física o técnicamente imposible de reparar; (ii) El daño ambiental ocasionado, aun siendo posible de reparar materialmente, su reparación resulta excesivamente onerosa en comparación a los beneficios que se pueden obtener de aquella.⁸⁶
- **Es acumulable;** la contaminación tiene efectos acumulativos y sinérgicos que hacen que ellas se sumen y se acumulen entre sí. Los daños ocasionados no son visibles

⁸⁶ Mosset y Donna, Daño ambiental, 146-147.



únicamente en el momento del daño, sino que las consecuencias negativas se prolongan en el tiempo, es decir tiene sus efectos a futuro.

- **Es difuso;** no solo por la dificultad que entraña identificar los agentes que lo causan, sino también, por la determinación de los sujetos que se encuentran legitimados para entablar acciones judiciales o administrativas ante los órganos competentes. (Peña M. , 2013)
- **Carece de especialidad determinada;** “no existe una especificación técnica que determine en que área específica de la ciencia podemos integrar a los daños ambientales, pues sus connotaciones son de diversa índole”. (Guaranda, 2010)
- **Es consecuencia de procesos tecnológicos,** dado que la ciencia y la tecnología han desarrollado procesos que constituyen intervenciones del ambiente, particularmente para facilitar la explotación de los recursos naturales y mejorar su aprovechamiento. (Rivera F. , 2017)

3.2 FUNDAMENTOS DE LA INVERSION DE LA CARGA PROBATORIA EN MATERIA AMBIENTAL A NIVEL DE LA DOCTRINA.

La doctrina ha identificado dos fundamentos generales que justifican la existencia y aplicación de la inversión de la carga probatoria en material ambiental, el principio de precaución ambiental y la responsabilidad objetiva, que además derivan otras tesis de estudio como: el daño potencial e irreversible, la incertidumbre científica del daño, la presunción de la culpa, y la teoría del riesgo.



3.2.1 EL PRINCIPIO DE PRECAUCION EN EL DERECHO AMBIENTAL.

La relación del principio de precaución con la institución de la carga de la prueba es profundamente relevante, considero que este principio actúa como un mecanismo de protección de primera línea, pues permite enfrentar en un nivel nacional y mundial, las problemáticas socio-ambientales.

Beatriz Arcila, define al principio de precaución como “un elemento estructural del derecho ambiental, que está dirigido a evitar los daños graves o irreversibles que pueda sufrir el medio ambiente, imponiendo medidas preventivas en aquellos eventos donde no hay certeza sobre la afectación que el desarrollo de una actividad pueda causar en los recursos naturales”. (Arcila, 2009)

Dos son elementos que podemos recoger de aquella definición:

-Primero se debe considerar como ya se ha mencionado, que una de las características del daño ambiental es su irreversibilidad, es decir la naturaleza por tal afección no puede ser recuperada a su estado anterior por lo tanto debe evitarse la prolongación de ese daño, tales como la afección sobre especies endémicas⁸⁷.

-La falta de certeza o incertidumbre en el daño ambiental constituye el siguiente fundamento, Roberto Berizonce describe, para que el principio de precaución opere debe configurarse 2 elementos (Berizonce, 2013): a) la existencia de una situación de incertidumbre científica b) la magnitud del daño, que debe ser grave e irreparable (irreversible).

a) Debe configurarse un riesgo potencial que provenga de la peligrosidad misma de la cosa. La incertidumbre presupone que, exista por lo menos sospechas científicamente fundadas de que el riesgo es real y no imaginario o infundado⁸⁸.

⁸⁷ Especies de flora y fauna que pertenecen a una zona geográfica determinada.

⁸⁸ Roberto Andorno. El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico en la era tecnológica. 2002. Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, D, 1326.



b) Bajo la perspectiva del daño grave e irreversible, deberá acreditarse la especial gravedad de los daños temidos (es la magnitud del daño superior al nivel aceptado), así como de su carácter irreversible, actual o futuro. Es decir, se trata también de evitar riesgos potenciales, es decir por la presunción de que a futuro no habrá degradación del medio ambiente por la incertidumbre científica que existe acerca de los daños derivados.

En hipótesis, la decisión de invocar o no el principio de precaución es una decisión que se ejerce cuando la información científica es insuficiente, poco concluyente o incierta, y cuando hay indicios de que los posibles efectos sobre el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pueden ser potencialmente peligrosos e incompatibles con el nivel de protección elegido.⁸⁹

Consecuentemente, el principio de precaución juega un papel muy importante respecto a la inversión de la carga de la prueba.

El legislador consciente de que los daños son en gran parte irreversibles, promulgó el principio de precaución en la Constitución de Montecristi, y por otro lado coloca el gravamen de la carga probatoria sobre el gestor de la actividad o el demandado, permitiendo que de buena fe sea este mismo quien de forma oportuna identifique su inexistencia.

Ya que, considerando la complejidad científica para determinar la certeza del daño, algo latente en todos los procesos ambientales, no puede ser la parte accionante quien tenga que probar su existencia, siendo el gestor de la actividad quien debe aportar con esa evidencia científica que demuestre que el medio ambiente no se está siendo alterado negativamente o que se han tomado las medidas preventivas necesarias para evitar el daño.

A mí criterio, si colocamos al principio de precaución en el centro de estudio, la inversión de la carga probatoria vendría a ser: a) una especie de medida que el legislador estableció para

⁸⁹ Comissió Europea. Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución. En: Revista de Derecho Ambiental (2000) núm. 25, p. 95-126.



conseguir el fin precautelatorio, y a la vez b) una medida que permite ejercitar el principio de precaución. Concretamente, la inversión permite identificar esa incertidumbre científica o el potencial riesgo dependiendo de la actividad que se desarrolle (aquello con los medios probatorios que se aporten), en caso de identificarlo, positivamente actuaría como medida que permite precautelar los derechos de la naturaleza y aplicar o no el principio de precaución, pues si el actor fuese quien deba demostrar la existencia del daño, con poco éxito lo podrá hacer y en muchos casos sería imposible, dejando sin valor al principio de precaución.

Si colocamos a la institución de la inversión de la carga de la prueba en el centro de estudio, el principio de precaución es uno de los fundamentos que permite entender porque la carga de la prueba es invertida, pues quien se encuentra en posesión de la información técnica, probatoria y científica es el gestor de la actividad.

3.2.2 LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AMBIENTALES.

Ya se ha manifestado que la Constitución de Montecristi reconoció por primera vez en su artículo 396⁹⁰, que la responsabilidad por daños ambientales es objetiva. El constituyente, conjuntamente con la inversión de la carga probatoria los promulgó como mecanismos procesales innovadores que hacen efectivos los derechos de la naturaleza.

El reconocimiento de la responsabilidad objetiva pone de manifiesto un cambio en el régimen de responsabilidad ambiental; a partir del siglo XIX los primeros códigos civiles europeos, se elaboraron bajo el dogma “no debería haber responsabilidad sin culpa” (Kubica, 2015), sin embargo, por el carácter dinámico del derecho, en materia ambiental como en otras ocurre lo contrario al prescindirse de esta.

⁹⁰ Artículo 396 inciso 2. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.



Manuel Ossorio define a la responsabilidad objetiva como una “Tendencia relativamente moderna que se aparta del fundamento forzoso en culpa o dolo para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios” (Ossorio, 2009)

Este sistema de responsabilidad constituye una excepción a la regla general basada en la responsabilidad subjetiva o por culpa. La excepción se manifiesta cuando se presume la culpa del demandado siendo en el caso ambiental el gestor de la actividad, por lo tanto, la responsabilidad ya no se centra en determinar la culpa de este, sino en determinar la existencia del daño o la potencialidad de un riesgo. (Crespo, 2008)

Parte de la doctrina emprende el estudio de la inversión de la carga de la prueba como consecuencia directa de la responsabilidad objetiva. De ahí que, en el debate de la asamblea constituyente se manifestó que la inversión de la carga probatoria fundamenta la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo.

3.2.2.1 Antecedente previo a la constitucionalización de la responsabilidad objetiva ambiental.

Anterior al reconocimiento de la responsabilidad objetiva en la Constitución del 2008, hubo ya en el 2003 un trascendente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia. La sentencia sobre el recurso de apelación por la acción de indemnización de daños y perjuicios interpuesto por el Comité "Delfina Torres Vda. De Concha", en contra de PETROECUADOR, y sus filiales, constituye el primer antecedente ecuatoriano sobre la inversión de la carga probatoria en materia ambiental.

De la sentencia en referencia se pudo extraer lo siguiente, brevemente el actor en el libelo de la demanda describe la preocupante situación de 200 familias que conforman el comité, detallan tal sector se ubica a dos kilómetros de la Refinería Estatal de Esmeraldas y toda la infraestructura petrolera, que no solo ellos sino todos los habitantes de la ciudad fueron gravemente afectados por los daños ambientales y humanos que ocasiona la Refinería, que los mismos no mantienen los niveles de seguridad que aconseja la técnica para



preservar a los habitantes y al medio ambiente de daños irreparables, manifiestan el permanente derrame de petróleo y productos hidrocarburíferos, y que además fueron severamente afectados por un incendio en la Refinería en 1997, y la ruptura del oleoducto y poliducto en 1998; el incendio destruyó varias casas, y por demás, muertes humanas, alteración del ecosistema, contaminación de las riveras, muerte de especies marinas, y que en el sector que presenta la demanda, el olor de gases y derivados del petróleo es permanente. Por otro lado, los demandados excepcionaron entre lo más sobresaliente al tema de estudio: negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; mencionan “En el término de prueba presentaré todas las pruebas que me asisten y, principalmente, las periciales, instrumentales, testimoniales y demás que servirán para que se deseche la demanda y para probar lo que se exponen esta contestación. Usted se servirá tomar en cuenta, para la sentencia, a quien le corresponde la carga de la prueba”. (Daños y Perjuicios, 2002)

La primera pretensión en la demanda es que se condene a los demandados, por responsabilidad civil extracontractual al pago de perjuicios ocasionados, por lo que en el punto vigésimo de la sentencia se hace el análisis trascendental. Mencionan:

“El artículo 2256 del Código Civil contempla, como analizamos más adelante, la responsabilidad civil extracontractual por actividades riesgosas o peligrosas, en que la culpa se presume, lo cual releva a la víctima de aportar los medios de prueba de la negligencia, descuido o impericia; correspondiendo entonces demostrar al demandado que el hecho acaeció por fuerza mayor, caso fortuito, por intervención de un elemento extraño o por culpa exclusiva de la víctima (...) La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. Esta teoría ha ido imponiéndose en forma creciente, particularmente en la jurisprudencia, tal como sucede en las sentencias dictadas por las cortes supremas de Francia, Argentina y Colombia. Nosotros coincidimos plenamente



con esta posición, y ésta es la razón por la cual la adoptamos como sustento del presente fallo, en vista de que la producción, industria, transporte y operación de sustancias hidrocarburíferas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad”. (Daños y Perjuicios, 2002)

De esta forma, se visibiliza la responsabilidad objetiva en los casos ambientales en razón de la actividad riesgosa, y por la imposibilidad de la víctima asumir la carga de la prueba, prescindiendo de la determinación de culpa del demandado, posteriormente, la Constitución del 2008 reconocería la misma dentro de su estructura ambiental constitucional.

3.2.2.2 ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO

Debemos tomar en consideración, que la comisión de un daño genera una obligación de reparación por el sujeto que la causó, así tenemos el deber de reparación civil, que lo señala el artículo 2229 del Código Civil inciso primero:

“Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparada por esta”⁹¹

La responsabilidad en términos generales puede definirse como “la necesidad efectiva, o eventual, en que se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio. La necesidad puede ser efectiva, si la responsabilidad ha surgido por la realización del hecho, o eventual si el hecho no se ha realizado aún, pero de realizarse el sujeto debería responder”. (Corral, 2004)

Las obligaciones, antecedente inmediato de la responsabilidad pueden provenir tanto: a) del desarrollo de una relación jurídica (contratos), b) de un hecho voluntario de una persona que se obliga (cuasicontratos), c) de delitos y cuasidelitos, d) de la ley. Así lo regula nuestra legislación en el artículo 1453 del Código Civil⁹², que obedece al sistema jurídico romano-germánico.

⁹¹ Artículo 2229. Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.

⁹² *Ibidem*. Artículo 1453.



De esta manera, la doctrina contemporánea distingue dos grandes fuentes de las obligaciones, el acto jurídico y el hecho jurídico, fuentes de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad contractual es la que proviene de la existencia de una relación jurídica preestablecida, es decir de la existencia de un contrato entre las partes o una relación jurídica contractual, siendo los daños debidos a su incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

La responsabilidad extracontractual o aquiliana, es la que se genera sin existencia de un vínculo jurídico previo, es decir a falta de una relación jurídica contractual entre la víctima y el autor del daño, proviniendo de un hecho dañoso que la víctima no tiene por qué soportarlo.

La responsabilidad por riesgo, según Saúl Uribe, es la aplicación de la teoría del riesgo a la responsabilidad civil extracontractual, manifiesta que aquella puso en jaque a la “culpa” como fundamento de la responsabilidad civil. (Uribe, 2016)

Expone Uribe, el origen de la teoría del riesgo nace de los postulados expuestos por Louis Josserand y Raymond Saleilles ante la dificultad del trabajador por conseguir indemnización por los accidentes laborales, siendo en materia laboral el lugar en que por primera vez se desarrollan estos postulados. En un primer momento, el trabajador víctima de un accidente laboral debía demostrar la culpabilidad del patrono, pues de no hacerlo no obtenía indemnización; Louis Josserand intenta encontrar solución a tan compleja circunstancia, y se apoya en un articulado que consagraba la responsabilidad del guardador (deber de protección, en este caso el patrono al trabajador) sobre una cosa cualquiera, y propone prescindir de toda idea de culpa; continúa Raymond Saleilles, y apoya el postulado de prescindir de la noción culpa, y la sustenta bajo *el riesgo*, “El que crea una fuente de daño, así el que explota una fábrica, debe reparación si los riesgos se concretan. El exclusivo hecho del perjuicio compromete su responsabilidad; es la contrapartida que obtiene de la empresa”⁹³. (Uribe, 2016)

⁹³ Maezeaud, Henry y León y Tunc, André. Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1963.



Nace en el mundo jurídico la responsabilidad objetiva, no obstante a la época, fueron varios los detractores de esta teoría, generalmente partidistas de la culpa como único fundamento de la responsabilidad civil, sin embargo, en la actualidad esta teoría ha sido aceptada y concretada en actividades específicas como en el derecho ambiental, que en el caso ecuatoriano se ha reconocido constitucionalmente, o permitiéndose una aplicación abierta sujeta a las circunstancias del caso concreto, haciendo de la responsabilidad por riesgo una responsabilidad común y no una excepción a la regla general de la responsabilidad subjetiva. (Uribe, 2016)

3.2.2.3 PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Para la determinación de la responsabilidad subjetiva, deben cumplirse 4 elementos correlativos que configuran la obligación de reparar un daño ocasionado: el hecho, el daño, la culpa y la relación de causalidad.

EL HECHO.- Para que haya responsabilidad es necesario la comprobación de un hecho, su existencia, para aquello se deben configurar 2 elementos, uno material que es la exteriorización del acto (pues no es suficiente el simple pensamiento de irrogar daño), y un elemento interno en referencia a la participación de la voluntad del sujeto.

EL DAÑO.- El elemento constitutivo y central de la responsabilidad es la existencia y determinación del daño. De esta forma “el daño” y la “responsabilidad” son dos conceptos jurídicos imprescindibles e inversamente proporcionales, pues si no existe daño no se activará la responsabilidad, y tampoco habrá responsabilidad sin daño. (Ochoa, 2019)

LA CULPA.- Como se mencionó, la doctrina tradicional sostiene que no existe responsabilidad sin culpa, pues para que una acción sea jurídicamente reprochable esta debe ser efectuada con dolo o culpa, teniendo la víctima que demostrarla. Entendido por culpa como “un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas



circunstancias externas que el autor del daño⁹⁴ y por dolo como “la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”⁹⁵

EL NEXO CAUSAL O RELACION DE CAUSALIDAD.- Se entiende como “la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado”⁹⁶ siendo este hecho generador la causa directa del daño producido o que se vaya a producir.

En la responsabilidad objetiva, solo dos son los requisitos necesarios para la configuración de la responsabilidad, bastando únicamente la comprobación del daño y el nexo causal.

En efecto, en el derecho ambiental se presume la culpa del demandado y se prescinde de esta, no cabiendo importancia probatoria en demostrar su culpa, y tampoco de la existencia de la voluntad del demandado o el gestor de la actividad por generar el daño ambiental.

Al respecto el artículo 11 del CODA, establece:

“Art. 11.- Responsabilidad objetiva. De conformidad con los principios y garantías ambientales establecidas en la Constitución, toda persona natural o jurídica que cause daño ambiental tendrá responsabilidad objetiva, aunque no exista dolo, culpa o negligencia”⁹⁷.

La demostración de la responsabilidad en materia ambiental, según Ricardo Crespo “se centra exclusivamente en la ocurrencia de un daño o de la producción de un riesgo que causa un perjuicio o peligro no solo a la víctima sino a toda la sociedad”. (Crespo, 2008)

La teoría manifiesta, que el papel que juega la inversión de la carga de la prueba ambiental con relación a la responsabilidad objetiva, se fundamente en el sentido que, al presumirse la culpa del demandado o del gestor de la actividad, le corresponde a él demostrar la inexistencia de culpabilidad, ya sea por caso fortuito o fuerza mayor, por culpabilidad de un

⁹⁴ Mazeaud, H., Mazeaud, L., Tunc, A., Capitant, H., & y Castillo, L. A. Z. (1962). Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Ediciones Jurídicas Europa-América.

⁹⁵ Artículo 29. Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.

⁹⁶ Patiño, H. (2008). Responsabilidad Extracontractual y Causales de Exoneración; Aproximación a la Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. Rev. Derecho Privado, 14, 193.

⁹⁷ Artículo 11. Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 983 de 12-abr.-2017

tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. No obstante, en el momento oportuno expresare mi crítica con respecto a la manifestación de que la responsabilidad objetiva es causa directa y fundamento de la inversión de la carga probatoria.

Con respecto a los elementos de la responsabilidad, con el reconocimiento de la inversión de la carga probatoria y la responsabilidad objetiva, el actor únicamente debe demostrar la relación de causalidad, pues la carga probatoria sobre la inexistencia del daño la soporta el demandado o el gestor de la actividad.

Gráfico 3: Requisitos que configuran la responsabilidad.



Fuente: Elaboración propia.

La determinación del daño y la relación de causalidad en materia ambiental.

No corresponde profundizar cada una de estas instituciones con respecto a la materia ambiental, ya que el tema de estudio no se centra en la responsabilidad jurídica, aquello



comprende una inmensidad teórica de conocimiento de la cual la inversión de la carga probatoria ambiental es distante.

- La teoría civil manifiesta que se está frente a un daño, cuando este sea personal, directo o inmediato (teniendo que existir una víctima ligada directamente del causante y del hecho que lo produjo), debe haber certeza (este daño debe ser cierto en su existencia y cuantía), debe ser antijurídico (lesione un interés jurídicamente protegido), y debe ser intolerable (deber superar cierto umbral de gravedad). (Ochoa, 2019)

Para el presente estudio, trataremos como daño ambiental a la conceptualización de daño ecológico puro, entendido a esta como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”⁹⁸

Para la configuración del derecho de la naturaleza a su restauración, es necesario determinar que el daño es real o potencial.

- En el proceso ambiental, la relación de causalidad exige determinar el vínculo entre los daños y el sujeto contaminante identificado, es decir, que los efectos dañosos tengan un origen y que este sea atribuible al operador (gestor de la actividad en el caso ecuatoriano) o demandado. (Ochoa, 2019)

En este aspecto, la normativa ecuatoriana consagra los siguientes artículos:

Artículo 396 de la 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”⁹⁹.

⁹⁸ Artículo 2 de la Ley sobre bases generales del medio ambiente. Ley 19300. Promulgada el 01 de marzo de 1994. Legislación chilena.

⁹⁹ Artículo 396 inciso 3. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.



Artículo 9, numeral 1 del CODA: *“Responsabilidad integral. La responsabilidad de quien promueve una actividad que genere o pueda generar impacto sobre el ambiente, principalmente por la utilización de sustancias, residuos, desechos o materiales tóxicos o peligrosos, abarca de manera integral, responsabilidad compartida y diferenciada. Esto incluye todas las fases de dicha actividad, el ciclo de vida del producto y la gestión del desecho o residuo, desde la generación hasta el momento en que se lo dispone en condiciones de inocuidad para la salud humana y el ambiente”*¹⁰⁰.

La complejidad que significa para el accionante, determinar en qué fase de dicha actividad se generó el impacto ambiental, así como la imposibilidad de individualizar al o los sujetos responsables de tal afección ambiental, permite según estos articulados demandar solidariamente a cualquier agente que participó en la actividad ambiental, sin tener tampoco necesidad de demostrar en que momento ocurrió el daño.

Bustamante menciona que, a la demanda por daños ambientales presentada en vía constitucional, debe acompañar un cierto grado de nexo causal, “que permita determinar la relación existente entre el acto u omisión vulneradora de derechos y el presunto responsable de la ocurrencia de este”. (Bustamante, 2018)

Rafael Oyarte es muy claro respecto a la relación de causalidad, manifiesta que la inversión de la carga probatoria no es absoluta: “es al demandante o peticionario a quien corresponde demostrar que el accionado está realizando actividades o incurriendo en hechos que implican un atentado a las normas en materia ambiental. Así por ejemplo, si se emputa a alguien que están vertiendo fluidos contaminantes al suelo o a las aguas, esa incriminación debe ser probada, no correspondiendo al inculpado *demostrar su inocencia* frente a esta clase de señalamientos . Pero, en cambio, una vez probado que el accionado realiza esos derrames, corresponde a éste demostrar que no causan daño real o potencial al medio ambiente” (Oyarte, 2016).

Es decir, es fundamental el rol que desempeña el actor dentro del proceso, pues es quien asume en primer momento la carga probatoria del daño ambiental, debiendo

¹⁰⁰ Artículo 9. Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 983 de 12-abr.-2017



demostrar que existe una mínima relación entre el gestor de la actividad y un probable daño ambiental, y en consecuencia, el gestor de la actividad deberá demostrar que tal daño no es real ni potencial.

3.3 LA RELACION DE LOS SUJETOS PROCESALES CON AL CARGA PROBATORIA AMBIENTAL EN EL CONTEXTO ECUATORIANO

3.3.1 LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN MATERIA AMBIENTAL

El camino trascendido ha sido importante, se ha observado varias instituciones jurídicas que convergen con el reconocimiento de la inversión de la carga probatoria ambiental, a partir de este punto se analizara que acontece en materia ambiental con relación a la doctrina antes descrita.

Escenario normativo

La primera ocasión que se reconoció normativamente esta institución, fue en la Constitución de Montecristi cuando establece: “(...) La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”¹⁰¹.

Aquella norma jurídica, al ser un mecanismo procesal efectivo que permite una correcta protección ambiental, fue pensada y promulgada como garantía constitucional de carácter procesal, constituyéndose en una verdadera innovación jurídica ambiental dentro del proceso.

Otros cuerpos legales la han adoptado a partir de su reconocimiento constitucional, otorgándose importancia procesal en el Código Orgánico General de Procesos y el Código Orgánico del Ambiente.

¹⁰¹ Artículo 397 numeral 1. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.



El COGEP, en su artículo 169 inciso quinto promulga: “En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado”¹⁰².

Por su lado, el CODA en su parte procedimental reconoce esta institución en su artículo 313 cuando establece: “Art. 313.- Inversión de la carga de la prueba. Para el procedimiento de las infracciones administrativas previstas en este Código, la carga de la prueba sobre la existencia del daño ambiental potencial o real, recaerá sobre el operador o gestor de la actividad, quien podrá utilizar todos los elementos probatorios legales para desvirtuarla”¹⁰³.

De lo expuesto se puede apreciar el valor consagrado al principio de jerarquía constitucional, es decir la armonía que debe existir entre las disposiciones comunes respecto de las constitucionales.

La legitimidad procesal

Hugo Echeverría y Sofía Suárez consideran que, el mayor obstáculo relativo al acceso a la justicia en materia ambiental, es la complejidad en torno a la legitimación procesal. (Echeverría & Suárez, 2013)

La legitimación, en pocas palabras constituye el derecho de acción que tienen los justiciables de activar el aparato jurídico estatal, para ello según la doctrina se deben cumplir dos presupuestos: a) La legitimación ad procesum, que está relacionada con “la capacidad general para comparecer en todo proceso”¹⁰⁴, y b) La legitimación ad causam, que es “la justificación que debe tener la parte para presentarse en un determinado trámite”¹⁰⁵

En este sentido, lo tradicional sería que quien acuda a la administración de justicia deberá justificar un interés directo sobre su pretensión, sin embargo, en el derecho ambiental ocurre lo contrario.

¹⁰² Artículo 169. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506 de 22-may-2015.

¹⁰³ Artículo 313. Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 983 de 12-abr.-2017.

¹⁰⁴ Juan Carlos Riofrío, El interés procesal, disponible en <http://www.uhemisferios.edu.ec/revis-tadederecho/index.php/iushumani/article/view/9>, p. 5.

¹⁰⁵ *Ibidem*.



Al considerarse a los derechos ambientales, como derechos difusos y de interés colectivo, la legitimación procesal es abierta, así lo establece el artículo 397 numeral 1 de la Constitución del Ecuador.

“(..)Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: 1.- Permitir a 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, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio”¹⁰⁶.

En este sentido, la actividad probatoria para determinar la responsabilidad por un daño ambiental por parte del accionante, la puede ejercer cualquier persona natural o jurídica, colectivo o grupo humano.

3.3.2 FUNDAMENTOS DEL DESPLAZAMIENTO PROBATORIO EN MATERIA AMBIENTAL AL NIVEL ECUATORIANO.

Criterios de la inversión de la carga probatoria.

Tenemos claro que el *onus probandi* implica que, quien afirme un hecho debe probarlo, no obstante, ante una común y marcada desigualdad e inequidad en que se pueden encontrar las partes procesales, la carga de la prueba se ve desplazada hacia la parte que esté en mejores condiciones de probar los hechos, aún cuando este no los haya alegado.

Los criterios para este desplazamiento son varios, el más difundido es aquel que hacer recaer la carga de la prueba sobre la parte que esté en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para ejercer el acto probatorio respectivo, aquello se sustenta en una noción de solidaridad y búsqueda de la verdad.

En tal virtud, el artículo 167 del Código General del Proceso Colombiano, enseña los umbrales que por su modelo de legislación el juzgador debe apreciar para revertir la carga probatoria:

¹⁰⁶ Artículo 397 numeral 1. Constitución de la república del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.



“Art. 167: (...) La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”¹⁰⁷ (lo subrayado me pertenece).

Asimismo, de Ampuero observamos 3 categorías de criterios para desplazar la carga (Ampuero, 2015):

- a) Por la existencia de hechos que por su naturaleza compleja, resultan prácticamente difícil de acreditar (hechos psíquicos, hechos íntimos, complejos, hechos antiguos, hechos futuros, hechos técnica o científicamente complicados de probar);
- b) Por la ausencia de información fiable y precisa que permita una confirmación suficiente del postulado fáctico.
- c) Por la lejanía y relación de las partes con los medios de prueba y con el dominio acerca de los hechos que constituyen el objeto del litigio.

El desequilibrio en materia ambiental ecuatoriana como motivo del trato diferenciador.

De lo analizado, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido la existencia de ciertas materias, o situaciones específicas que merecen este trato diferenciador, en el caso ambiental ecuatoriano, constitucionalmente se promulgo que la carga probatoria sobre la inexistencia del daño ambiental pertenece al gestor de la actividad o demandado.

Nuestra legislación no realiza un aporte o conduce a una respuesta expresa o directa, del porqué del desplazamiento en materia ambiental, sin embargo, las actas de la asamblea constituyente de Montecristi, constituyen en teoría la mejor fuente a la que se puede remitir para resolver esta interrogante.

Por el contexto social, jurídico, institucional y económico ambiental ecuatoriano, el legislador en debate identificó varias razones propias al caso ecuatoriano que llevaron a reconocer a

¹⁰⁷ Código General del Proceso de Colombia. Artículo 167. Ley 1564 de 2012.



esta institución, calificadas previamente como intenciones del constituyente, entre ellas se permite identificar los siguientes:

A) Incorporada como innovación jurídica ambiental.

Sostengo que esta prerrogativa debe entenderse como fundamento, y no como una simple característica, en el contexto de que la elevación de toda una estructura jurídica-ambiental en la Carta Magna del 2008, y de esta institución en especial, rompió con los esquemas tradicionales del derecho, presentándose a los operados de justicia y a las partes procesales como un nuevo derecho, en sus principios y garantías. Por lo tanto, la necesidad de cambiar nuestra visión sobre lo que se entendía por derecho ambiental, y a fin de que las partes se sujeten a un proceso ambiental desvalorado frente a otros derechos (allí el desequilibrio), es uno de sus fundamentos. Incluso gran parte de la doctrina tiende a invocar la ruptura del derecho tradicional al momento de reconocer esta institución.

B) Justificarla a través del principio de precaución.

Sin duda el aspecto más importante para atribuir el trato diferenciador se encuentra en este punto. Epígrafes anteriores se enfatizó la íntima conexión que la doctrina desarrolla entre el principio de precaución y la inversión de la carga probatoria.

Para la doctrina, la complejidad probatoria que significa determinar la certeza del daño, es causa suficiente para considerar al gestor de la actividad o el demandado como la parte más apropiada en demostrar que tal daño no existe, o que se han tomado las medidas preventivas necesarias para evitarlo.

Concuera la teoría de las cargas probatorias dinámicas al sugerir invertir la carga hacia la parte que:

- Se encuentre en mejores condiciones profesionales o técnicas para hacerlo;



- A la parte que se encuentre en cercanía con el material probatorio;
- Ante existencia de hechos que por su naturaleza compleja, resultan prácticamente difícil de acreditar para la parte que demanda.

C) Evitar el obstáculo de costo de la prueba de la exigencia técnica de probar el daño ambiental.

Este fundamento tiene directa relación con el anterior, anterior al reiterado reconocimiento constitucional, era la parte accionante quien debía aportar con los medios probatorios que demuestren la existencia del daño.

Fue entonces durante el debate constituyente, y en virtud a la reivindicación paralela de los pueblos indígenas y colectivos ecológicos, se pronunció que los afectados potenciales son miembros de comunidades de economía precaria, sin la capacidad económica para asumir el costo probatorio; habiendo encontrado un desequilibrio procesal y otro motivo para establecer este trato diferenciador. Este presupuesto fue la motivación que dio el constituyente para reconocer a la inversión ambiental de la carga probatoria como garantía constitucional.

D) Se fundamenta en la responsabilidad objetiva.

El constituyente del 2008¹⁰⁸, así como la doctrina, afirman que la inversión de la carga probatoria es consecuencia directa de la responsabilidad objetiva, en desacuerdo debo sostener humildemente, que la inversión de la carga de la inexistencia del daño es una institución autónoma y en nada se fundamenta al régimen de responsabilidad establecida.

Ricardo Crespo manifiesta “la inversión de la carga de la prueba es una consecuencia directa de la responsabilidad objetiva señalada en el artículo 398. Lo preciso hubiera sido que tanto

¹⁰⁸ Ver: Acta 040 de la Asamblea Constituyente. 29 de abril de 2008. Pag.19.; y (Crespo, 2008)



la referencia a la responsabilidad objetiva como a la inversión de la carga de la prueba consten en el artículo 399, que engloba el tema de la justicia ambiental”. Aquel hace referencia a la inversión del daño.

Con el reconocimiento de la responsabilidad objetiva ambiental, queda claro que el accionante ya no deberá demostrar la culpa del demandado, presumiéndose esta. Considero que la verdadera confusión radica en confundir una inversión de la culpa con una inversión probatoria del daño; en el caso de la responsabilidad objetiva, lo que se invierte según la doctrina es la culpabilidad, siendo el demandado a partir de los eximentes de responsabilidad quien debe probar que hubo caso fortuito o fuerza mayor, que la culpa provino de la víctima, o que se ocasiono por la culpa de un tercero. Por otro lado, el deber de la carga en la inversión del daño, no se refiere a probar que tal daño no se generó por su culpabilidad, sino que no tal daño no existe.

Recordemos que la justificación del desplazamiento probatorio se debe a la existencia de desequilibrio e inequidad entre las partes procesales:

-En el caso de la inversión de la culpa ambiental, el desequilibrio se presenta en la imposibilidad de la víctima en demostrar que hubo negligencia, descuido o impericia del demandado.

-En el caso de la inversión de la inexistencia del daño, el desequilibrio se debe por la dificultad probatoria de la víctima en determinar la certeza del daño, así como el costo económico inequitativo que esto representa.

Es una institución jurídica autónoma, porque podía haberse reconocido en la Constitución de Montecristi solo la responsabilidad objetiva, y en nada hubiese alterado la determinación del daño, en tal sentido hipotético, la víctima se encontraría en los siguientes términos “con la responsabilidad objetiva ya no debo demostrar la culpa sino solo el daño”, no siendo lógico que en consecuencia de la responsabilidad objetiva, se invierta también el daño.

En materia de derecho de consumidores también se reconoce la responsabilidad objetiva, sin embargo, la carga de la prueba sobre el daño sigue perteneciendo al consumidor y esta



no es invertida, siendo en materia ambiental una excepción a los presupuestos de la responsabilidad objetiva.

En definitiva, el fundamento del desplazamiento probatorio se debe a una situación de desequilibrio distinta de la cual se fundamenta la responsabilidad objetiva, siendo este reconocimiento propio en derecho ambiental, por elementos propios de esta materia, y no atribuible en este caso a instituciones de corte civilista.

E) Favorecer a la naturaleza realizando una presunción a su favor.

Ante el argumento que la presunción de culpabilidad vulnera el principio constitucional de la presunción de inocencia, en respuesta, se rebate que “es necesario favorecer a la naturaleza realizando una presunción a su favor, en razón del interés de la sociedad, y por el hecho de que no es posible mantener un riesgo que podría afectar no solo a un individuo, sino a todo el conglomerado social. Se debe establecer la presunción de inocencia a favor del ambiente.”¹⁰⁹

Sin embargo, por las mismas razones expuestas en el punto anterior, al ser aplicado el principio pro natura en razón de la presunción de culpabilidad, es decir se invierte la culpa en consecuencia de la responsabilidad objetiva, no puede ser considerada como fundamento de la inversión del daño.

Por lo tanto, reconoce el presente estudio 3 fundamentos de la inversión de la carga probatoria del daño en el contexto ecuatoriano:

- Fundamentada como innovación jurídica ambiental.
- Fundamentada a través del principio de precaución.
- Fundamentada en el obstáculo de costo de la prueba de la exigencia técnica de probar el daño ambiental.

¹⁰⁹ Acta 040 de la Asamblea Constituyente. 29 de abril de 2008. Pag. 25.



3.3.3 LAS PRESUNCIONES LEGALES

Al momento de invertir la carga de la sobre la -inexistencia- del daño, indirectamente se está haciendo una presunción en favor de la naturaleza o del actor, tomándose por verdadero que tal daño existe.

Rosenberg¹¹⁰ considera presunciones a todas las reglas relativas a la carga de la prueba. En este sentido, Palomo manifiesta que el mecanismo de las presunciones legales cumple el mismo fin de las cargas probatorias dinámicas, “facilitar la prueba a alguna de las partes generando las excepciones necesarias para hacer frente a una serie de situaciones en las cuales puede tener especial dificultad o imposibilidad para levantar la carga según la regla general” (Palomo, 2013).

Al respecto de una definición legal, podemos encontrarla en el artículo 32 del Código civil ecuatoriano¹¹¹.

Estas presunciones pueden ser bien legales o judiciales; siendo legales aquellas determinadas por la ley, como la presunción de existencia del daño ambiental, y las judiciales serán las deducidas por el juez a su sana crítica.

El mismo artículo¹¹² hace clara diferencia, lo que la doctrina ha denominado como presunciones *iuris tantum* o relativas, y presunciones *iuris et de iure* o absolutas. Siendo las primeras presunciones que admiten prueba en contra, y las segundas aquellas que no la admiten. Con estas presunciones, el legislador lo que pretende es la acreditación de un hecho, como absoluto o bien como relativo. (García, 2004)

En el caso de la presunción ambiental en referencia, constituye una presunción *iuris tantum*, porque el demandado o el gestor de la actividad, por imperio de la ley puede asumir el interés de desvirtuarla, es decir, se admite prueba en contra.

¹¹⁰ Leo Rosenberg. La carga de la prueba, E.J.E.A., Buenos Aires, 1972, p. 179.

¹¹¹ Código civil del Ecuador. Artículo 32: “Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. (...)” Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.

¹¹² *Ibidem*. Artículo 32.



En el derecho ambiental, se puede hablar de una doble inversión probatoria, tanto de la culpa como de la determinación del daño (Mejía, 2020)

-En el caso de la presunción de la culpa, *iuris tantum*, sobre el demandado recae el interés de ejercer la carga de su propia diligencia. Ricardo Crespo citando una sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, concluye que los eximentes de responsabilidad (sobre la culpabilidad) son: la fuerza mayor, la culpa de la víctima, y el hecho de un tercero. (Crespo, 2008) Al respecto, los artículos 307 y 308 del Código Orgánico del Ambiente son fundamentales.

-Toda vez que el accionante ha probado la relación de causalidad, al demandado se le admite prueba argumentativa y probatoria, excluyendo su responsabilidad si demuestra:¹¹³

- Que se ha ajustado estrictamente a los términos de la autorización (de tipo administrativa). Es decir, si el demandado (gestor) desarrolla una actividad con licencia ambiental, esta actividad deberá regirse a los límites del estudio de impacto ambiental en todas sus fases. Aún si la acción es judicial, la prueba pertinente es el permiso ambiental.
- Que el daño no estaba previsto en atención al estado de los conocimientos científico-técnicos.
- De aquellos daños que no fueron necesariamente sometidos a la aprobación de un estudio de impacto ambiental, es decir que no se determinó con antelación un umbral de gravedad, hablamos de daños producidos generalmente por particulares, estos serán desvirtuados si se prueba que tal daño no provocó una verdadera alteración al ambiente, que no es de gran envergadura o gravedad, aquello bajo criterios de tolerabilidad. (Ochoa, 2020)

“no sería en absoluto realista afirmar que cualquier alteración del medio natural por el hombre constituye un daño ecológico, de la misma forma que tampoco parece razonable en términos de justicia ecológica relegar al campo de la

¹¹³ Ochoa, D. (2019). Caso “Chevron-Texaco” y “daño ecológico puro”. Revista Aranzadi de derecho ambiental, ISSN 1695-2588, Nº. 43, 2019. Cita a Rodríguez Betancor.



responsabilidad por daños al medio ambiente únicamente los atentados con gran magnitud” (Gomis, 1996).

- Que tal daño no es potencial.

Es importante para el sujeto pasivo del conflicto judicial, considerar que, si bien se presume la existencia del daño, la ley le permite la admisión de prueba en contrario, considerando que si no desvirtúa los hechos que dieron lugar a la presunción (relación de causalidad), esta se presumirá como absoluta. Las presunciones *juris tantum*, cumplen una doble función “como eximente de prueba para la parte favorecida y como carga de prueba para la contraria” (García, 2004)

3.3.4 TEORIA DE LAS CARGAS PROBATORIAS Y EL DEBIDO PROCESO.

En la actualidad, y desde el momento en que se incorporó en la doctrina la teoría de las cargas probatorias dinámicas, ha sido tema de importante discusión determinar en qué momento procesal la carga debe ser invertida.

Tenemos conocimiento que, la forma en cómo estará reconocida procesalmente, dependerá de distintos sistemas: a) Un sistema procesal de previsibilidad normativa o jurisprudencial de la materia o del caso específico donde se va a invertir la carga probatoria, b) Un sistema en el que el juez sea quien desplace la carga probatoria en el caso concreto durante el proceso, a más de la previsibilidad normativa.

En el sistema procesal ecuatoriano, haciendo énfasis al derecho ambiental, no se admite la posibilidad de que el juzgador se pronuncie sobre la inversión de la carga probatoria durante el proceso, encontrándose establecida normativamente con anterioridad; a diferencia de sistemas procesales como el colombiano que faculta al juzgador desplazar la carga probatoria en cualquier momento hasta antes de dictar sentencia.

Según la teoría, con la previsibilidad normativa se pretende varias cuestiones, aplicables a la materia ambiental:



- Evitar la materialización de un reforzado protagonismo del juzgador.
- Evitar valoraciones subjetivas por el juzgador.
- Evitar un pronunciamiento judicial de última hora, que implique la vulneración al derecho a la defensa y particularmente el principio de contradicción del demandado.
- Garantiza la seguridad jurídica¹¹⁴ de las partes procesales

En el caso del derecho ambiental ecuatoriano, la inversión probatoria de la inexistencia del daño no únicamente se encuentra regulada normativamente, sino fue reconocida como una garantía constitucional de carácter procesal.

En consecuencia, este gravamen de la prueba, debe ser asumido desde el primer acto propositivo de la parte accionada, también vale considerar que la actividad probatoria no es únicamente aportar con los medios probatorios, sino incumbe a todas las diligencias que tengan por finalidad la convicción del juzgador, y respectivamente en materia ambiental, la demostración que no se está produciendo una afectación ambiental para precautelar los derechos de la misma.

Las reglas de la carga probatoria.

Se ha mencionado que la prueba judicial comprende todas las razones (no únicamente aportar los medios de prueba) que tienen por finalidad, el convencimiento del juzgador de los hechos mediante la comprobación de los mismos.

Este convencimiento, debe ser ejercido por quien tenga el interés respecto de la carga de la prueba, permitiendo identificar 2 reglas:

¹¹⁴ La seguridad jurídica: “Es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de dichas autoridades públicas deben observar las normas que componen el ordenamiento jurídico vigente, debiendo además sujetarse a las atribuciones que le compete a cada órgano”. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N. 023-13-SEP-CC, caso N. 1975-11-EP.



- a. Una regla dirigida a las partes procesales, pues es un indicador de los hechos que les interesa probar para no verse afectados con una decisión en su contra.

No obstante, la carga de la prueba no puede ser entendida como una obligación jurídica, puesto que, quien soporta este gravamen está en absoluta libertad de elegir su conducta, bien podría el demandado en los casos ambientales probar o no la inexistencia de daños ambientales, siendo licito su inobservancia, pero si la inobserva, acarreará consecuencias desfavorables en sentencia; lo que nos lleva a la segunda regla.

- b. Una regla judicial, le indica al juez cómo debe fallar cuando encuentre demostrada o no la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión.

En consecuencia, el juez decidirá de fondo aún a falta de prueba o certeza sobre los hechos, considerando que la carga de la prueba en materia ambiental es invertida y pertenece al actor demostrar la relación de causalidad, y al demandado la prueba del daño. En todo caso la falta de acaecimiento sobre la prueba del daño, no será motivo para que el juzgador declare sin lugar la demanda presentada, debiendo resolver en contra del demandado declarando la existencia del daño, pues tomada en un inicio como una presunción verdadera, deja de serlo.

La Corte Provincial de Justicia de Loja en el emblemático caso del Rio Vilcabamba vs GAD Provincial de Loja, fue muy claro en este sentido; el caso será analizado más adelante.

Vulneración al debido proceso

Al margen de la regla judicial, en este apartado quisiera proponer la facultad constitucional que tiene la parte actora, de promover una acción extraordinaria de protección ante una eventual y posible vulneración al debido proceso y derechos constitucionales.



A mi criterio, tal acción jurisdiccional podría prosperar y ser presentada, en contra de la sentencia que niegue la vulneración a los derechos de la naturaleza por la inexistencia de pruebas que demuestren el daño ambiental.

La norma constitucional que instituye esta acción, dispone:

“Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.”¹¹⁵

Asimismo, artículo 58 de la LOGJCC¹¹⁶, establece que el objeto de esta garantía jurisdiccional es la protección de los derechos constitucionales y el debido proceso.

Esta acción sería planteada, bajo la prerrogativa de que el juzgador únicamente debe rechazar una demanda sobre daños ambientales, por la existencia de prueba suficiente que tal daño no existe, pero no a falta de ella.

La Corte Constitucional, en uno de sus fallos manifiesta que esta acción procede: “cuando el fallo o auto impugnado, sea una sentencia o auto definitivo de iguales características, vale decir definitivo; esto es, que la violación por acción u omisión de derechos reconocidos en la Constitución, en la sentencia o auto definitivo, sea consecuencia directa de dicha sentencia o auto expedido por un órgano de la Función Judicial, violación que se deduzca manifiesta y directamente de la parte resolutoria de la sentencia, ya que esto es lo que realmente vincula y produce efectos reales”¹¹⁷

A mi entender, con la sentencia se violentará directamente a los siguientes derechos:

-En cuanto la norma constitucional del debido proceso, encontramos sustento en el primer numeral del artículo 76 constitucional, que expone: “Corresponde a toda autoridad

¹¹⁵ Constitución de la República del Ecuador 2008. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008

¹¹⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009

¹¹⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 007-09-SEP-CC, caso No. 0050-08-EP



administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.

-Con relación a lo anterior, los derechos expresamente vulnerados radican, primero en el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y segundo, a la garantía constitucional de las partes, a que la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado, ambos contenidos en el artículo 397 de la Constitución¹¹⁸.

En consecuencia, la vulneración a estos derechos, en este caso, se configura por una acción y no una omisión, pues en el artículo 397¹¹⁹ constitucional, establece expresamente que el “Estado se compromete” a garantizarlos.

El juzgador debe tener en cuenta, que el demandado debe aportar con todas las diligencias probatorias que demuestren la inexistencia del daño, y en el caso que no lo haga, la sentencia debe declarar que los derechos a la naturaleza han sido vulnerados, pues tales daños son existentes.

Esta garantía es útil, siempre y cuando la argumentación del accionante determine con claridad en qué medida la sentencia o auto impugnado vulneran un derecho constitucional, en este caso, el derecho a vivir en derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

¹¹⁸ Artículo 397. Constitución de la república del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

¹¹⁹ Constitución de la república del Ecuador. Artículo 397 numeral 1: “(...)Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: (...)La carga de la prueba sobre el daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”



3.4 LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA EN EL PROCESO JUDICIAL

3.4.1 LA VIA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

Oportunamente se anticipó, que el objeto de estudio y la orientación del presente trabajo, es analizar las implicaciones que giran en torno del daño a la naturaleza propiamente dicho, por lo que en este capítulo se hará especial énfasis sobre este tipo de daño.

De la naturaleza bifronte del derecho ambiental, se pudo colegir la existencia de dos tipos de daños provenientes de un evento ambiental dañoso:

- El daño ecológico puro que, en el caso ecuatoriano, es el daño a los derechos connaturales que le pertenecen a la naturaleza como sujeto de derechos;
- El daño civil ambiental o daño ambiental continuado, es decir, aquel que afecta indirectamente a derechos de los cuales somos titulares los seres humanos (daño patrimonial y extrapatrimonial).

La jurisprudencia ecuatoriana se ha encargado de marcar la diferencia procesal entre una acción por daños a la naturaleza, y una acción civil por daños ambientales.

En el proceso judicial seguido por Nelson Alcívar y otros, en contra de OCP Ecuador S.A.¹²⁰, la Sala Única de la Corte provincial de Nueva Loja realiza a cabo una diferenciación en cuanto a daño ambiental y daño patrimonial, en efecto resuelve:

“La acción ambiental para solicitar el resarcimiento de daños, no puede homologarse de ninguna manera a la acción civil de daños y perjuicios. Las dos protegen bienes jurídicos de relevancia totalmente diferentes”¹²¹ La acción ambiental: “protege un bien común

¹²⁰ Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Nueva Loja. Causa 218-2008-S-CSJNL, el 29 de Julio de 2009, dentro del juicio seguido por Nelson Domingo Alcívar Cadena y Ab. Ernesto García Fonseca, Procurador Judicial de los señores José Amaguay y otros; en contra de Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A.

¹²¹ *Ibidem*.



indispensable para la existencia misma de la humanidad, de ahí que tenga sentido que en la actual Constitución, no se tenga previsto un plazo para su prescripción”¹²². La acción para el resarcimiento de daños y perjuicios: “busca proteger el patrimonio de un individuo que siendo importante, no se compara con un bien que es de propiedad de todos, por esa razón, el plazo de prescripción de la acción civil de resarcimiento de daños es en cambio limitado”.

Este pronunciamiento judicial es muy importante, pues de esta manera se puede entender porque ambas acciones deben seguirse por separado, en virtud de lo que promulga el COGEP, en su artículo 38 inciso tercero, cuando establece:

“Art. 38.- Representación de la naturaleza. La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quien además podrá actuar por iniciativa propia.

(...) Las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este se ejercerán de forma separada e independiente.”

¹²³ (lo subrayado me pertenece).

“En caso de presentarse un daño ambiental, la población cuenta con alternativas en la vía civil así como en la vía constitucional, siendo el objetivo de la primera, obtener una indemnización económica; mientras que el objetivo de la segunda vía constituye la reparación de derechos vulnerados.” (Bustamante, 2018)

De esta manera, para garantizar los derechos de la naturaleza, la jurisdicción constitucional resulta la vía más idónea para emprender una acción ante los daños producidos, teniendo en consideración que, por su carácter de irreversible y de interés colectivo, interesa que estos sean conocidos y restaurados ágilmente.

¹²² *Ibídem.*

¹²³ Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may-2015



3.4.2. LA VIA CONSTITUCIONAL

Como es de conocimiento, la Constitución de Montecristi incorporo entre su normativa, una serie mecanismos de protección, que el legislador las ha denominado como garantías jurisdiccionales, éstas tienen por finalidad una verdadera protección y defensa de los derechos constitucionales.

Aquellas garantías se encuentran reguladas en la LOGJCC¹²⁴, siendo existentes, la acción de protección, el hábeas corpus, el hábeas data, la acción de acceso a la información pública, la acción por incumplimiento, la acción de incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y las medidas cautelares.

Cada una de ellas desempeña un diferente ámbito de protección respecto a los derechos constitucionales, en este sentido, Francisco Bustamante sostiene que “En el caso de los derechos de la naturaleza, al no existir un procedimiento claro en la vía ordinaria para protegerlos, la acción de protección es uno de los mecanismos para tutelar este derecho, al igual que las medidas cautelares autónomas” (Bustamante, 2018)

Sobre la Acción de protección, la LOGJCC¹²⁵ establece que esta garantía constitucional tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, que no estén protegidos por otra garantía jurisdiccional.

Como resultado, al no existir una garantía jurisdiccional que proteja directamente los derechos de la naturaleza, la acción de protección cumple con este rol de tutela. Sin embargo, uno de los puntos que se han tratado en controversias judiciales, como en el caso Rio Blanco, pesa sobre uno de los requisitos para presentar esta acción, la “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”¹²⁶

¹²⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 oct-2009.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.



Se ha observado la existencia de cuerpos legales, que reconocen y regulan controversias sobre temas ambientales, ya sea procedimientos establecidos en el COA o como normativa adjetiva establecida en el COGEP, no obstante, el legislador no ha plasmado que se debe agotar las instancias ordinarias, antes de acudir a la justicia constitucional, pero si ha establecido que, en cuanto a la vulneración de derechos, se debe analizar si la garantía jurisdiccional es la adecuada y eficaz para la protección de los mismos.

La acción de protección tiene que ser un método de protección de derechos, que tengan una afectación en el ámbito constitucional y no solo en el ámbito legal, ya que si toda vulneración se pudiera proponer en esta vía jurisdiccional, la misma se desnaturalizaría, volviéndose ordinaria, es por ello que la acción de protección si es subsidiaria¹²⁷ pero no es residual¹²⁸.

En cuanto a las medidas cautelares, el artículo 26 de la LOGJCC, establece que tienen por finalidad “evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos”¹²⁹.

En razón del principio de precaución, y del carácter irreversible del daño ambiental, esta garantía jurisdiccional resulta efectiva por su inmediatez, sin embargo, el otorgamiento de estas medidas, no declara la existencia de una violación de derechos, por lo que a mi criterio, una decisión ideal que puede tomar la parte accionante frente a un daño ambiental, es proponer una acción de protección, acompañada de estas medidas cautelares.

“Dada la indiscutible, elemental e irremisible importancia que tiene la Naturaleza, y teniendo en cuenta como hecho notorio o evidente su proceso de degradación, la acción de protección resulta la única vía idónea y eficaz para poner fin y remediar de manera inmediata un daño ambiental focalizado.” (Rio Vilcabamba, 2011)

¹²⁷ La Corte Constitucional define de la subsidiariedad de la acción de protección, “surge porque ante la inadecuación o ineficiencia de la justicia ordinaria, el legislador ha optado por considerar a la vía constitucional como el mecanismo último para resolver un conflicto que, pudiendo solucionarse en la vía ordinaria, no lo ha hecho por inadecuación o ineficacia de la misma o porque el asunto controvertido carece de vía en la justicia ordinaria”. Sentencia N°001-16-PJO-CC. 22 de marzo de 2016

¹²⁸ La Corte Constitucional define a la residualidad como la exigencia establecida a una persona, para que antes de acceder a la justicia constitucional, sea necesario agotar previamente todas las instancias de la justicia ordinaria

¹²⁹ Artículo 26. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 oct-2009.



3.4.3 EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

En el caso ecuatoriano, es sustancial el protagonismo que desempeña la función judicial frente al nuevo Estado Constitucional de derechos y justicia; más aún, esta labor debe ser repensada ante el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza.

La primera obligación que la Constitución de Montecristi atribuye a los operadores de justicia, está promulgada en su artículo 3 numeral 1, que al respecto ampara como deber primordial del Estado: “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

En el Estado Constitucional, el juzgador, garantista de derechos, asume nuevos desafíos y su función está lejos del rol estático que le precedía; el juez constitucional tiene un papel activo, ya no es un mero aplicador de la ley sino un garantista de la Constitución; el juzgador ya no es simple administrador de justicia, sino un creador de esta.

En virtud de aquello, es fundamental mencionar algunos pilares claves que la doctrina constitucional presenta como prerrogativas para este poder del Estado, con la finalidad de exponer cómo el juzgador debe entender la norma constitucional.

Francisco Bustamante brevemente refiere del debido cumplimiento de la norma constitucional, las siguientes puntualizaciones (Bustamante, 2018):

-Los derechos, principios y garantías constitucionales, son de aplicación directa e inmediata por parte de los servidores públicos. En el caso de estudio, la garantía constitucional, de la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental.

-Se debe determinar si la disposición constitucional, trata de una regla o un principio constitucional. Los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, mientras que las reglas son normas que “solo pueden ser cumplidas o no”, es decir, se debe actuar conforme ella dispone, “ni más ni menos”. (Alexy, 2008). En el caso de la institución centro de análisis,



es una regla constitucional, pues contiene un mandato positivo de cumplimiento por parte del Estado. En todo caso, tanto principio como reglas, son obligatorias y vinculantes

-Los derechos constitucionales puede ser exigidos, promovidos y ejercidos de forma individual y colectiva.

-Los derechos ambientales y de la naturaleza, no requieren de norma jurídica para su implementación, es decir, no pueden ser desconocidos a pesar de que no exista norma infraconstitucional que la desarrolle.

-Tanto los derechos como las garantías ambientales, son irrenunciables, debiendo ser interpretados en consideración a los demás derechos establecidos en la Constitución.

-Los derechos ambientales y de la naturaleza, deben ser desarrollados de forma progresiva, es decir, queda prohibido en la jurisprudencia cualquier acto que menoscabe el goce y la efectividad de los derechos.

Es definitiva, es esencial la actuación activa que el juzgador debe desempeñar respecto los derechos fundamentales, a la par de las reglas, derechos y garantías del debido proceso. Rafael Oyarte cita “El juez, como ser humano, se encuentra sujeto a pasiones, y la norma no puede prescribir lo que es mejor y más justo para todos”¹³⁰ y dice, “por tanto requiere de un juez sabio que la aplique”. (Oyarte, 2016)

3.4.4. Análisis del Caso Rio Vilcabamba

El caso Rio Vilcabamba, es un caso emblemático en la jurisprudencia ecuatoriana, que constituyó el primer antecedente en el que se declaró la vulneración a los derechos de la naturaleza a partir de la Constitución del 2008.

Como narración de los hechos, comparecen el señor Richard Fredrick y la señora Eleanor Geer, ambos ciudadanos extranjeros, y presentan una acción de protección a favor de la Naturaleza, particularmente el Rio Vilcabamba, en contra del Gobierno Provincial de Loja.

¹³⁰ Norberto Bobbio, El futuro de la Democracia, México, Fondo de Cultura Económica. 1992.



Manifiestan los comparecientes, en diciembre del 2010, el GAD provincial de Loja, empieza a depositar en el Rio Vilcabamba gran cantidad de piedra y material de excavación, extraídos del ensanchamiento que se hizo en la carretera Vilcabamba-Quinara, pudiendo además a futuro generarse desastres civiles en el invierno de diciembre del 2010 a abril del 2011.

En primera instancia, se negó la acción de protección por falta de legitimación pasiva en la causa; a fecha 30 de marzo del 2011, la Corte Provincial de Loja - Sala Penal sentenció la vulneración a los derechos de la naturaleza, a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Quizás el aspecto más impactante de dicha sentencia, es el compromiso progresivo que los jueces adoptaron con la Naturaleza, tanto por entenderla como sujeto de derechos, y tener en consideración las características propias del daño ambiental, a la par de garantizar un debido proceso constitucional.

-Menciona la corte provincial: *“Razona esta sala que hasta tanto se demuestre objetivamente que no existe la probabilidad o el peligro cierto de que las tareas que se realicen en una determinada zona produzcan contaminación o conlleven daño ambiental, es deber de los jueces constitucionales propender de inmediato al resguardo y hacer efectiva la tutela judicial de los Derechos de la Naturaleza, efectuando lo que fuera necesario para evitar que sea contaminada o remediar. Nótese que consideramos incluso que en relación al medio ambiente, no se trabaja solo con la certeza de daño “sino que se apunta a la probabilidad””* (Rio Vilcabamba, 2011)

De aquello se puede apreciar la consideración que los jueces constitucionales recogen de aspectos característicos del daño ambiental, como es la falta de certeza del daño, eje del principio de precaución y fundamento de la inversión de la carga probatoria del daño; así como el gravamen del gestor de la actividad de demostrar no solo que tal daño no existe, sino que tampoco existirá a futuro.

Se debe tener en consideración que, para el ensanchamiento de la carretera Vilcabamba-Quinara, no se realizó un estudio de impacto ambiental, por lo que, al no poder demostrar el cumplimiento del mismo, le correspondía al GAD provincial probar que el depósito de



materiales al río no provocó un daño ambiental, o a la vez no superó un cierto umbral de gravedad ambiental, en relación al riesgo permitido, conforme se ha analizado.

-Agrega la corte: “Sería inadmisibile el rechazo de una acción de protección a favor de la Naturaleza por no haberse arrimado prueba, pues en caso de probables, posibles o bien que puedan presumirse ya provocado un daño ambiental por contaminación, deberá acreditar su inexistencia no solo quien este en mejores condiciones de hacerlo sino quien precisamente sostiene irónicamente que tal daño no existe”. (Río Vilcabamba, 2011) (lo subrayado me pertenece)

Considerando el derecho constitucional a la inversión probatoria del daño y en segundo la obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de esta garantía procesal, en efecto, el juez de ninguna manera podrá resolver en contra de la Naturaleza si tal daño no se ha probado como existente, pues este se presume; aquello obedece a la “regla judicial” que la doctrina nos aporta en la teoría de las cargas probatorias, en ese sentido, se argumentó en un epígrafe anterior la posibilidad de presentar una acción extraordinaria de protección ante la decisión judicial que inadmita una demanda de este tipo.

Finalmente, esta sentencia a mi criterio no solo marcó la responsabilidad que los jueces constitucionales asumen al momento de conocer una causa sobre daño ambiental, también marcó el camino procesal constitucional respecto a la prueba del daño, sobresaliente, pues esto implica un cambio de la cultura jurídica tradicional que aún permanece latente en el desarrollo judicial.



CAPITULO IV

CONCLUSIONES



4.1 CONCLUSIONES PRINCIPALES

Las conclusiones establecidas a continuación, resumen los aspectos más importantes que se han observado en este proyecto de investigación, con lo cual se busca realizar un aporte sobre el entendimiento de la inversión de la carga de la prueba sobre el daño ambiental, tanto como institución jurídica, así como su aplicación judicial en el contexto ecuatoriano.

1. Conceptualización de esta institución jurídica.

En el caso ecuatoriano, la inversión de la carga probatoria sobre la inexistencia del daño ambiental, es una garantía constitucional de carácter procesal, que constituye una obligación positiva de cumplimiento por el Estado, y a la vez, un derecho ambiental de las personas.

2. El espíritu del constituyente de Montecristi.

El reconocimiento de esta garantía constitucional, como parte del nuevo paradigma ambiental en la Constitución del 2008, trae varias cuestiones a destacar:

-El aparato constitucional ambiental, es fruto de las propuestas y demandas, presentadas por organizaciones sociales, comunidades indígenas, expertos y colectivos ambientales, que ante, aspectos preocupantes de carácter histórico, económicos, políticos y normativo-institucionales de la deuda ambiental, se replanteó en conjunto una nueva visión para garantizar la sostenibilidad ambiental y la protección de la naturaleza.

-En razón de esta institución jurídica en particular, la intención del constituyente gira en torno a varios aspectos:

- Es constituida como garantía constitucional;
- Es incorporada como innovación jurídica ambiental de carácter procesal, y mecanismo judicial efectivo;
- Sus fundamentos son: a) el principio de precaución; b) evitar el obstáculo de costo de la prueba y la exigencia técnica de probar el daño ambiental; c) el principio pro natura; d) la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo.



3. Los fundamentos de la inversión probatoria del daño en materia ambiental.

Se observó que la teoría de las cargas probatorias, expone que el desplazamiento del *onus probandi* se debe a la identificación de un evidente desequilibrio probatorio entre las partes procesales, por lo cual, tal desequilibrio justifica ese trato diferenciador

En ese sentido, de lo expuesto por el constituyente del 2008 y lo recogido de la doctrina ambiental, se determina que en el caso ecuatoriano, tres son los fundamentos que explican esta inversión, siendo los siguientes:

- La ruptura con los esquemas tradicionales del derecho;
- El principio de precaución;
- Evitar el obstáculo de costo de la prueba de la exigencia técnica de probar el daño ambiental.

Se concluye la exclusión de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo y del principio pro natura, por tratarse de fundamentos de una segunda inversión ambiental (de la culpa del demandado), que nada tiene que ver con la innovación jurídica de invertir el daño ambiental, siendo esta última una institución autónoma.

4. El rol de los sujetos procesales acerca de las dos reglas de las cargas probatorias.

A manera de finalidad, la teoría de las cargas probatorias trae como implicación 2 reglas de suma importancia:

- A) Es una regla dirigida a las partes procesales, pues es un indicador de los hechos que les interesa probar para no verse afectados con una decisión en su contra.

En este punto, es el gestor de la actividad quien asume el gravamen de la prueba sobre el daño ambiental y el interés por demostrar su inexistencia; si bien su actuación es libre y no está obligado a aportar con medios probatorios, además al ser la existencia del daño una presunción relativa, se le admite probar como excluyentes de responsabilidad las siguientes anotaciones:

- Que se ha sujetado estrictamente a los términos de la autorización ambiental;



- Que el daño no estaba previsto en atención al estado de los conocimientos científico-técnicos.

-Del impacto ambiental que no estuvo previamente sometido a una autorización ambiental, demostrar que tales daños no son graves, es decir, no provocaron una verdadera alteración al ambiente.

-Que tales daños, no producirán alteraciones ambientales negativas en el futuro.

Por otro lado, el accionante deberá probar únicamente el nexo causal entre los daños y el sujeto contaminante identificado, es decir, deberá aportar con medios suficientes que presuman una afectación ambiental, no queriendo decir con esto, que se debe probar objetivamente la existencia de un daño, sino la probabilidad de su existencia.

A esta actividad probatoria de las partes, se la debe entender como el conjunto de razones y actividades, que tienen por finalidad el convencimiento del juzgador sobre los hechos, y no únicamente aportar con los medios probatorios.

- B) Es una regla judicial, que le indica al juez cómo debe fallar cuando encuentre demostrada o no la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión.

En consecuencia, el juez decidirá de fondo aún a falta de prueba o certeza sobre los hechos. En todo caso, la falta de acaecimiento sobre la prueba del daño, no será motivo para que el juzgador declare sin lugar una acción presentada, debiendo resolver en contra del demandado declarando la existencia de su responsabilidad, pues el daño considerado en un inicio como una presunción, deja de serlo.

5. La vía constitucional como acción idónea para demandar daños ambientales

Se ha podido observar, que las garantías jurisdiccionales, en particular la acción de protección y las medidas cautelares, resultan muy efectivas a la hora de proponer una acción por daños ambientales y en consecuencia ejecutar la inversión de la carga probatoria del



daño, entendiendo por este, aquel que afecta propiamente a la naturaleza, y no de aquellos daños de los cuales son titulares las personas.

Si bien es cierto, existen otras vías procesales, como las establecidas en el COGEP y el CODA, estas no resultan eficientes y son poco claras a la hora de proteger los derechos de la naturaleza, incluso, por características propias de este tipo de daño ambiental, la ausencia de precautelación oportuna puede generar efectos irreversibles en la naturaleza. Por lo tanto, ante esta ineficiencia de la justicia ordinaria, la acción de protección es subsidiaria pero no residual.

4.2 CONCLUSION FINAL

Al provenir la inversión de la carga de la prueba de la doctrina tradicional del derecho, es indispensable remitirse a los aporte teóricos clásicos para comprender la razón de su existencia, no obstante, al albergarse esta institución jurídica dentro del nuevo marco ambiental (no solo ecuatoriano), para adentrarse a un estudio como el propuesto, se exige en primer momento romper a la vez con estas teorías tradicionales del derecho.

Sucede en especial en esta institución jurídica, se la puede considerar autónoma y con sus propias complejidades; al contrario, al momento de estudiar la doctrina, equívocamente se puede apreciar la manera en que se pretende analizar esta institución a partir de nociones de corte civilista.

De este modo, el papel que les ocupa a los sujetos procesales es dificultoso, pues se debe tener muy en cuenta que por detrás de estas innovaciones, existen cambios sustanciales en la forma de comprender el derecho.

Si bien la norma infraconstitucional que ha ampliado esta institución no la ha perfeccionado, el articulado constitucional sigue siendo la primera fuente del derecho, y suficiente para cumplir con el espíritu del constituyente de Montecristi.



Universidad de Cuenca

Es esperanzador reflexionar, que a partir de estas herramientas se puede realmente conseguir un impacto en la cultura jurídica y en la nueva visión sobre los derechos de la naturaleza,



BIBLIOGRAFÍA

- Abarca, L. (2011). El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo. *Editorial Jurídica del Ecuador. Quito.*
- Abellan, M. G. (2004). *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba.* Marcial Pons.
- Abramovich, V., & Courtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional.* Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Acosta, A. (2010). Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza. *Programa Andino de Derechos Humanos.*
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ampuero, I. H. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. *Revistas de Derecho Coquimbo.*
- Antequera, J. C. (2004). La responsabilidad de la administración por daños al medio ambiente. Medio Ambiente & Derecho. *Revista electrónica de derecho ambiental. No. 11.*
- Arcila, B. (2009). El principio de precaución y su aplicación judicial. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 39, No. 11, p. 283-304.*
- Aroca, J. M. (2012). *La prueba en el proceso civil.* Madrid: Editorial Civitas.
- Avendaño, I. (2016). Cargas probatorias dinámicas en el proyecto del CPC. *LexWeb.*
- Ávila, R. (2010). El derecho de la naturaleza: fundamentos. *Repositorio Institucional UASB.*
- Ávila, R. (2010). Las garantías constitucionales: perspectiva andina. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C, núm. 25, Puebla, México., 77-93.*
- Avila, R. (2012). En defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y los argumentos. *Boletín informativo Spondylus, Quito.*
- Bedón, R. (2010). Aspectos procesales relativos al daño ambiental en el Ecuador. *Ius Humani. Revista de Derecho. Vol. 2 .*
- Berizonce, R. (2013). La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N°43, vol. 13.*
- Bermudez, M. (1997). *El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad.* Colombia: Revista Temas Jurídicos.
- Betham, J. (1959). *Tratado de las pruebas judiciales.*
- Bonilla, D. (2019). El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia.



- Brañes, R. (2001). El acceso a la justicia ambiental en América Latina y la legitimación procesal en los litigios civiles de naturaleza ambiental en los países de la región". *Justicia Ambiental: Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*. Bogotá, P. 325.
- Bustamante, F. (2018). *Justicia Constitucional aplicada a la defensa y protección de los Derechos Ambientales y de la Naturaleza*. Quito: CEDENMA.
- Cabanellas, G. (1982). *Diccionario juridico elemental*. Buenos Aires, Argentina.: Editorial Heliasta.
- Cafferatta, N. (2009). Régimen de responsabilidad objetiva por daño ambiental. *Revista de derecho ambiental*, 82.
- Cafferatta, N. (2010). Los principios y reglas del Derecho ambiental. En PNUMA, *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales*.
- Carbonell, M. (2020). *Control de constitucionalidad Estado de excepción* . Cuenca.
- Carnelutti, F. (1995). *La prueba civil*. Buenos Aires : Arayú.
- Carrillo, Y. (2010). Aproximación a los conceptos de neoconstitucionalismo y derechos fundamentales. *Teoria Juridica y Derechos Sociales "PHRÓNESIS"*.
- Carvajal, P. (2012). Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil . *Revista chilena de derecho*.
- Chacón, M. P. (2013). Daño responsabilidad y reparación ambiental.
- Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo 10 de marzo de 2011).
- Coria, D. (2006). Las garantías constitucionales del proceso penal. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Tomo II, P. 1027.
- Corral, H. (2004). Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. *Editorial Juridica Chile. Santiago de Chile*.
- Correas, O. (1993). La sociología jurídica. Un ensayo de de definición . *Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM*.
- Crespo, R. (2008). La responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversion de la carga de la prueba en la nueva constitución.
- Criollo, J. (2016). *Las garantías constitucionales y la acción extraordinaria de protección en la constitución de la republica del Ecuador*. Cuenca. Ecuador.
- Cruz, E. (2013). Del derecho ambiental a los derechos de la naturaleza: sobre la necesidad del dialogo intercultural. *Jurídicas. No 1, Vol. 11. Manizales: Universidad de Caldas. Bogotá-Colombia* .
- Daños y Perjuicios, Juicio Ordinario No. 31-2002 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia 2002).
- DEE. (2010). Obtenido de <http://etimologias.dechile.net/?probar>



- DEJ. (2020). *Real Academia Española*.
- Dellepiane, A. (2011). *Nueva teoría de la prueba*. Bogota : Editorial Temis .
- Díaz, J. C. (2015). La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. vulneración a la igualdad constitucional .
Entramado.
- Diegués, A. (2000). El mito moderno de la naturaleza intocada, Hombre y Ambiente. *Ediciones Abya Yala* , 53-54.
- Donaires, P. (2014). Aplicación jurisprudencial de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.
Derecho y Cambio social.
- Echandía, H. D. (1981). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis S.A.
- Echeverría, H. (2019). El medio ambiente y la naturaleza en la constitución ecuatoriana. Una aproximación jurisprudencial desde la tutela judicial efectiva. *Centro internacional de investigaciones sobre ambiente y territorio (CIAT)/ Universidad de Los Hemisferios*.
- Echeverría, H., & Suárez, S. (2013). Tutela judicial efectiva en materia ambiental: el caso ecuatoriano. *Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA)*.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razon. Teoría del garantismo penal*.
- Ferrajoli, L. (2000). *Garantías*. Jueces para la democracia, no 38.
- Ferrajoli, L. (2006). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*.
- García, M. (2004). Cargas probatorias dinámicas: ni nuevas, ni Argentinas, ni aplicables. *AZUL. VI Congreso Procesal Garantista*.
- Ghersi, C., Lovece, G., & Weingarten, C. (2004). Daños al ecosistema y al medio ambiente: cuantificación económica del daño ecoambiental.
- Goldman, I., & Cafferatta, N. (2001). Daño Ambiental, problemática de su determinación causal. *Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, Pag. 7*.
- Gómez, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *Indret*.
- Gomis, L. (1996). *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Alicante: Tesis doctoral de la Universidad de Alicante.
- González, A. R. (2006). Tesis Doctoral: El daño ecológicamente puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente. *Universitat de Girona*.
- Gozáni, O. (2014). Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano. *Tomo I. La Ley. Buenos Aires*, P. 314.
- Guaranda, W. (2010). Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador. *Serie Investigación. Vol. 17, N° 1*.



- Gudynas, E. (2011). Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. *Ecología política*.
- Hernandez, P. (2005). Legislación Ambiental. *Corporación Latinoamericana de Desarrollo y Corporación de Gestión y Derecho Ambiental*. Quito, P. 154.
- Kubica, M. (2015). El riesgo y la responsabilidad objetiva. *Tesis Doctoral. Universitat de Girona*.
- León, L. G. (2016). De los derechos ambientales a los derechos de la naturaleza: racionalidades emancipadoras del derecho ambiental y nuevas narrativas constitucionales en Colombia, Ecuador y Bolivia. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*.
- Lesson, C. (1928). *Teoría general de la prueba en el derecho civil*. Madrid: Reus.
- López, C. A. (1996). Sobre la función y objeto de la prueba. *Centro de Estudios Ramón Areces*.
- Maciá, R. (2010). La dualidad del daño patrimonial y el daño moral. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*.
- Martínez, R. (2009). El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*
- Martínez, R. (2019). La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático. Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos. *Edición: Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz*.
- Medinaceli, G. (2013). La aplicación directa de la Constitución. *Corporación Editora Nacional*.
- Mejía, A. (2020). Segunda Jornada de Derecho Ambiental. Responsabilidad Objetiva y Subjetiva caso Delfina Torres.
- Melero, S. (1963). *La prueba procesal*. Madrid: Revista de derecho privado.
- Meneses, C. (2008). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Ius et Praxis*.
- Montaña, J. (2011). *Apuntes de derecho procesal constitucional. Parte especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*. Quiro: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Morón, M. (1993). *Derecho procesal civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Murillo, W. C. (2013). Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano. Apuntes iniciales.
- Ochoa, D. (2019). Caso “Chevron-Texaco” y “daño ecológico puro”. *Revista Aranzadi de derecho ambiental, ISSN 1695-2588, Nº. 43, 2019*.
- Ochoa, D. (2020). *Ponencia El daño ecológico puro: el caso Chevron-Texaco*. Cervantes legal-CATHEDRA.
- Ossorio, M. (2009). Diccionario de Ciencias Jurídicas políticas y sociales. *Editorial Datascan. Guatemala*.



- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Pachano, S. (2010). Ecuador: el nuevo sistema político en funcionamiento. *Revista de ciencia política v. 30 n. 2*.
- Palomo, D. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta? *Ius et Praxis*.
- Parra, D. A. (2015). *Aspectos teóricos para entender el significado del buen vivir, sumak kawsay en la Constitución del Ecuador*. Quito: Repositorio Institucional UASB.
- Peña, J., & E, L. (2012). Estado y movimientos sociales: historia de una dialéctica impostergable. *Revista de Ciencias Sociales*.
- Peña, M. (2013). Daño ambiental y prescripción. *Revista Judicial Costa Rica, N° 109*.
- Perevochtchikova, M. (2013). La evaluación del impacto ambiental y la importancia de los indicadores ambientales. *Gest. polít. pública vol.22 no.2 México*.
- Pérez, A. (2009). Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina. *Sección de Obras de Política y Derecho. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 383*.
- Perez, G. P. (2012). *La carga de la prueba en el proceso laboral*. Lima: Ius et Veritas.
- Peyrano, J. (2004). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal -Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2008). *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Pinheiro, Ana Maria y otro con Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Argentina 10 de diciembre de 1997).
- Pisarello, G. (2001). *Ferrajoli y los derechos fundamentales:¿ qué garantías?* Jueces para la democracia, no 41.
- Pomar, F. G. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret*.
- Prieto, L. (2011). *Ferrajoli y el neoconstitucionalismoprincipalista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias*. Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- Rio Vilcabamba, 11121-2011-0010 (Corte Prinvicial de Justicia de Loja - Sala Penal 30 de marzo de 2011).
- Rivera, F. (2017). Breve estudio descriptivo del fenómeno ambiental en sus dos dimensiones: daño ambiental y daño ecológico. *Págs. 83-103. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v19i25.1823>*.
- Rivera, R. (2011). *La prueba: un análisis racional y práctico*. Marical Pons.
- Rocha, A. (1967). *Derecho Probatorio*. Bogota: Lerner.



- Romero, A. (2018). Distribución de la carga probatoria y cargas probatorias dinámicas (art. 1735 del CC y C. Comercial). *Revista Jurídica Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional* .
- Salazar, P. (2011). Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción . *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.
- Silva, B. A. (2012). Evaluación ambiental: impacto y daño. Un análisis jurídico desde la perspectiva científica. *Universidad de Alicante. Tesis Doctoral*.
- Steve, J. P. (1999). Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental. *Editores Ariel*.
- Suárez, H. E. (2013). Tutela judicial efectiva en materia ambiental: el caso ecuatoriano. *CEDA*.
- Taruffo, M. (2010). *La prueba*. Editorial Metropolitana.
- Trujillo, J. C. (1994). Teoría del Estado en el Ecuador. *Corporación Editora Nacional. Quito*, P. 99.
- Universo, E. (29 de septiembre de 2008). Aprobada nueva Constitución.
- Uribe, S. (2016). La responsabilidad por riesgo. *Revista Ratio Iuris. Medellín* .
- Valentin, G. (2014). La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba . *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*.
- Vargas, A. (2009). *Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba.
- Vázquez, A. (2004). La responsabilidad por daños al ambiente. *Memorias del segundo encuentro internacional de derecho ambiental. Foro consultivo científico y tecnológico.*, Pág. 28.
- Vidal, E., & Franco, J. (2009). Impacto ambiental: una herramienta para el desarrollo sustentable. *México, AGT Editor. No. 363.7 V5*.
- Wathern, P. (1988). An introductory guide to EIA. . *Perspectives on environmental impact assessment: theory and practice. Dordrecht, Reidel Publ.*, pp. 213-232.
- Zaffaroni, E. (2011). *La pachamama y el humano*. Colihue.
- Zaffaroni, E. (2011). La Pachamama y el humano . *Buenos Aires. Ediciones Madres de la Plaza de Mayo*.



NORMATIVA

- Constitución de la república del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 octubre 2009.
- Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.
- Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012.
- Ley de Gestión Ambiental. Registro Oficial Suplemento 418 de 10 de septiembre de 2004.



INDICE DE GRAFICOS Y TABLAS

TABLAS

Tabla 1 :Principios generales de la prueba judicial	25
Tabla 2 : Respuestas a las críticas comunes que niegan a la naturaleza como sujeto de derechos. ...	56
Tabla 3 : Evolución normativa de los derechos de la naturaleza en el Ecuador.	59
Tabla 4 : Principios ambientales consagrados en la Constitución del Ecuador de 2008.	61
Tabla 5 : Criterios del debate constituyente sobre la inversión de la carga probatoria ambiental.	72
Tabla 6 : Criterios del debate constituyente sobre la inversión de la carga probatoria ambiental.	74
Tabla 7 : Tipos de garantías constitucionales según la CRE.	80

GRAFICOS

Gráfico 1 : Descripción de la inversión de la carga probatoria como garantía.	78
Gráfico 2 : El daño ecológico puro como daño colectivo.....	87
Gráfico 3 : Requisitos que configuran la responsabilidad.....	103



ANEXOS

ENTREVISTA 1

Entrevistado: Dr. Felipe Córdova (Juez de la unidad Penal del cantón Cuenca)

Pregunta 1: Con el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza en el Ecuador, ¿usted considera que se ha producido un cambio en la cultura jurídica, y una ruptura con las teorías tradicionales del derecho?

La Constitución del Ecuador es una Constitución innovadora, que ha sido objeto de muchas críticas favorables, no solamente de las Naciones Unidas sino también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que la Constitución de Bolivia, Ecuador, Honduras y Guatemala le dan derechos a la naturaleza, en el sentido de que es un sujeto del derecho, entonces, creemos que la cultura jurídica a través de los años, primero ha evolucionado, y segundo ya hay un reconocimiento respecto a que se debe tratar los delitos que afecten los derechos de la naturaleza como aspectos en materia penal, es decir, si se le reconoce que existiría un delito cuando existe un daño ambiental, esto es una innovación en nuestra Constitución, entonces, las teorías tradicionales o teorías antiguas antes de la vigencia de la Constitución en el año 2008, establecían que la naturaleza no podía tener derechos, sino que se sancionaba otra clase de infracciones, como daños a la flora o a la fauna, pero ahora se reconocen derechos a la naturaleza, y recordemos, el derecho evoluciona y las teorías en materia de derecho evolucionan, por eso es un aspecto positivo que se trata en nuestra Constitución, es decir, la Constitución crea el derecho a la naturaleza, y el derecho penal lo que ha hecho es adoptar o tutelar ese derecho para tratar de protegerlo, y así tratar de que se administre justicia a favor de la naturaleza, en el caso de que exista vulneración a estos derechos.

Pregunta 2: Al ser la inversión de la carga de la prueba sobre la inexistencia del daño, una garantía constitucional e instituida como herramienta de carácter procesal, ¿Qué alcance le otorga la Constitución dentro del proceso judicial, en razón de su efectividad?

Cuando hablamos de aspectos probatorios, esto tiene que estar regulado en una norma procesal, ahora, la Constitución efectivamente le otorga derechos a la naturaleza pero si no está regulado en la norma adjetiva procesal, también entre otras cosas el juez puede acudir tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, en material procesal se reconoce entre otros aspectos lo que se conoce como inversión de la carga de la prueba, esta inversión se da especialmente en aspectos constitucionales si nos remitimos a la LOGJCC, pero también la Constitución establece como garantía respecto al daño ambiental, ahora, una garantía son los procedimientos establecidos en la ley, por eso tiene una similitud con los principios porque estos son mandatos de satisfacción que sirven para eso, la satisfacción de los derechos, entonces si una garantía está establecida en la ley es para garantizar el debido



proceso; si se establece en la doctrina porque si vemos la norma procesal, por ejemplo el COIP no se establece ni como principio ni como garantía la inversión de la carga de la prueba, que si podrá estar tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, entonces la garantía a la inversión de la carga de la prueba es una garantía básica que se debería aplicar dentro de un procedimiento, en especial si es contra los derechos de la naturaleza. Al hablar de efectividad es uno de los principios que se encuentra establecido en la Constitución y también en la doctrina procesal, entonces esta efectividad sobre la carga de la prueba se refiere a que la carga de la prueba tiene ser directica, univoca, concordante respecto al hecho materia de juzgamiento, y creemos que es efectivo este principio procesal que se establece respecto a la inversión de la carga de la prueba, en especial para que el juez pueda tener o pueda realizar un análisis de lo que se presente para emitir una resolución que en derecho corresponde.

Pregunta 3: ¿Qué rol debe desempeñar el juzgador respecto a la inversión de la carga de la prueba, considerando en palabras de Echandía, que la carga de la prueba no es una obligación jurídica?

Como indique, en el aspecto procesal no existe un principio o una garantía, o norma procesal respecto a la inversión de la carga de la prueba, esto lo encontramos en la doctrina o la jurisprudencia, pero también, acordémonos que la doctrina son pensamientos de juristas en donde podemos encontrar varios criterios que se hace referencia a una norma jurídica, entonces partimos de que, el estado de inocencia no se puede probar, yo no tengo que justificar mi estado de inocencia, me tienen que destruir a mí el estado de inocencia, ¿cuál? El que me acusa, me inicia o atribuye una infracción, etc. ; entonces, si bien no sería una obligación, ya se establece una garantía constitucional respecto a los derechos de la naturaleza, y lógicamente, lo que dice Devis Echandia, sería un pensamiento de un jurista, no es algo que está regulado por el legislador en una norma procesal, por eso es que conforme lo dispone las reglas del Código Orgánico de la Función Judicial especialmente para los jueces, ¿Cuáles son nuestras fuentes de derecho? La doctrina, la jurisprudencia, para una mejor administración de justicia, entonces, podría o no podrían aportar prueba respecto a la acusación que se les ha formulado, no podría ser una obligación, pero entendemos que el sujeto acusador, si es un delito, Fiscalía General del Estado tendría la carga probatoria, y si es que existe ya un indicio sobre el daño a la naturaleza, debería la persona defenderse ¿Cómo? Lógicamente con prueba; entonces, lícitamente podrían o no aportar con medios probatorios, pero, si nos encontramos en materia penal, el juicio es acusatorio, oral y adversarial, y como es adversarial, cada uno tiene su tesis, y cada uno debe justificar la misma con prueba, la prueba es lo único que al juez le puede dar certeza sobre un hecho y sobre una participación.

Realizado.- 26 de Agosto del 2020, Cuenca – Ecuador



ENTREVISTA 2

Entrevistado: PhD. Sebastián López

Pregunta 1: Con el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza en el Ecuador, ¿usted considera que se ha producido un cambio en la cultura jurídica, y una ruptura con las teorías tradicionales del derecho?

Al menos en términos formales sí, con esto quiero decir que al menos en el diseño normativo parecería que nos aproximamos a un cambio respecto a la consideración tradicional de la división de la carga probatoria, ciertamente aquellas afectaciones a la naturaleza, naturalmente aquel que alegue una afectación al medio ambiente recae efectivamente sobre el gestor de quien es imputado con dicha actividad, en contra de la naturaleza, esto supone un giro desde una consideración procesal, pero no creo que materialmente los jueces hayan llegado a tener una conciencia clara, respecto de cuáles son las ideas o principios que subyacen a esta inversión de la carga probatoria, diferente a la consideración civilista o tradicional

Pregunta 2: Al ser la inversión de la carga de la prueba sobre la inexistencia del daño, una garantía constitucional e instituida como herramienta de carácter procesal, ¿Qué alcance le otorga la Constitución dentro del proceso judicial, en razón de su efectividad?

La Constitución es norma suprema, recuérdese que las normas procesales generalmente son desarrolladas en la normativa infraconstitucional, sin embargo, ya encontramos una referencia de carácter constitucional respecto de los daños ambientales, esto debería ser como una guía respecto de la normativa infraconstitucional, pero, aun cuando creo que existe un giro importante de abandonar esta concepción tradicional, lo cual supone incorporar una nueva concepción de los elementos probatorios, de los bienes jurídicos protegidos de las partes procesales en conflicto, materialmente tengo la sensación de que los operadores de justicia y las partes no han llegado a un conocimiento integral respecto de lo que supone este principio en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano; la Constitución del 2008, es una Constitución en que su parte dogmática amplía su conjunto de garantías, amplía su conjunto de derechos fundamentales, pero, esencialmente aun cuando la Constitución es norma de aplicación directa e inmediata, y así debería ser considerado, el legislador no ha tendido a desarrollar de manera ni efectiva, ni los operadores de justicia han asimilado esta institución de carácter procesal que encuentro una referencia directa en la Constitución, para una aplicación práctica y efectiva; una cosa es la Constitución formal y otra cosa es la Constitución material, considerando lo formal como el tramado de artículos, pero una cosa es la Constitución en el papel y otra cosa es la Constitución en la práctica, creo que esto, ni el principio precautorio que subyace a esta institución de carácter procesal y hoy la inversión de la carga de la prueba no es bien entendido, no se ha logrado aprender este concepto dentro del novedoso constitucionalismo ecuatoriano.



Pregunta 3: ¿Cuál debería ser entonces el rol que debe desempeñar el juez, considerando que la doctrina manifiesta que el juez constitucional debe tener un protagonismo más activo dentro del proceso?

Yo diría que ciertamente la Constitución del año 2008, hace una apuesta fuerte en favor de una opción judicialista, esto lo he desarrollado en otros escritos y demás, que quiero decir con esto, que el giro en favor de los jueces como los garantes del pacto constitucional es importante a partir del texto constitucional del 2008, pero me parece nuevamente en una lectura coherente con lo que he venido diciendo, el juez se ha quedado un poco en el texto de la Constitución formal, mi sensación directa es esa, y sobre todo a pesar de que el juez es garante del pacto constitucional, esencialmente en la Constitución del año 2008, me parece ser que no existen incentivos en el diseño institucional que se orienten hacia un fortalecimiento de los jueces, es decir, aquel juez que es proclive a la tutela de los derechos no es un juez bien visto digamos, mucho se habla hoy en día el tema de la creación del derecho judicial y eso es fuerte dentro de un sistema jurídico o dentro de un sistema de fuente tradicional, la ley sigue siendo la fuente jurídica por excelencia, y a pesar de que sea la ley la fuente jurídica por excelencia me parece ser que no hemos captado cual es el mensaje de la voluntad constituyente originaria del año 2008, es decir, pasar de un legicentrismo, en donde todo giraba en torno a la ley, hacia un principio de constitucionalidad, remplazando al principio de legalidad por el principio de constitucionalidad; todavía hay muchísimo trabajo por hacer, ciertamente es una Constitución joven, pero ya tenemos alguna experiencia respecto de cómo es que no ha logrado impregnarse el pacto constitucional y la voluntad constituyente, respecto de este poder que deberían adquirir los jueces en la protección y tutela de los derechos fundamentales, una cosa es la Constitución formal y otra la material, y me parece ser que efectivamente los jueces no se han apropiado de los derechos y hay todavía una brecha que resta por cubrir en torno a la aplicación práctica de la Constitución.

Pregunta 4: Al ser esta institución jurídica una garantía constitucional, reconocida así por el constituyente de Montecristi, ¿de qué tipo sería esta garantía?

La Constitución tiene lo que se llama, unas garantías jurisdiccionales, unas normativas, unas de políticas públicas, digamos institucionalizadas, pero también esta podría ser una garantía de carácter constitucional, no se olvide que los derechos tienen una doble faz, el derecho cumple una función de garantía al mismo tiempo, en estricto sentido no es una garantía jurisdiccional, tampoco normativa ni de política pública, pero es una garantía de carácter procesal, me parece ser que esto pasa por una construcción jurisprudencial fuerte, recuerde que una de las misiones fundamentales de la Corte Constitucional actual es desarrollar el contenido de los derechos fundamentales, la Constitución dice que el contenido de los derechos se desarrolla de manera progresiva, a través de las normas, aquí pongo énfasis, a través de la jurisprudencia, y a través de las políticas públicas, me parece ser que la Corte



Universidad de Cuenca

Constitucional tiene una tarea trascendental respecto de desarrollar el contenido de ciertos derechos y garantías constitucionales, y entre esos, podría desarrollarse el contenido mismo de lo que supone esta parte procesal del texto constitucional, que es la carga de la prueba en materia ambiental, creo que alguna jurisprudencia importa hay, pero falta por construir algunos ejes o líneas de lo que supone la carga probatoria en materia ambiental, creo que es una construcción importante que debe ser trazada desde la Corte Constitucional, y amplificada a la justicia ordinaria

Realizado.- 27 de Agosto del 2020, Cuenca – Ecuador